

1^a SERIE SPECIALE

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

Anno 153° - Numero 33

GAZZETTA  UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 22 agosto 2012

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
PIAZZA G. VERDI, 1 - 00198 ROMA

AVVISO AL PUBBLICO

Si comunica che il punto vendita Gazzetta Ufficiale sito in via Principe Umberto, 4 è stato trasferito nella nuova sede di Piazza G. Verdi, 1 - 00198 Roma

CORTE COSTITUZIONALE





S O M M A R I O

ATTI DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

- N. 98. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 22 giugno 2012 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

Istruzione - Norme della Regione Lombardia per la valorizzazione dell'autonomia delle istituzioni scolastiche - Possibilità che, in via sperimentale, nell'ambito delle norme generali o di specifici accordi con lo Stato, le istituzioni scolastiche statali organizzino concorsi differenziati a seconda del ciclo di studio, per il reclutamento diretto del personale docente con incarico annuale - Ricorso del Governo - Denunciato contrasto con la legislazione statale in materia di reclutamento del personale docente statale - Violazione di principi fondamentali in materia di istruzione - Incidenza sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali - Violazione della competenza statale esclusiva in materia di determinazione delle norme generali sull'istruzione e di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici.

- Legge della Regione Lombardia 18 aprile 2004, n. 7, art. 8 [aggiuntivo dei commi 2-bis, 2-ter, 2-quater e 2-quinquies all'art. 3 della legge regionale 6 agosto 2007, n. 19].
- Costituzione, art. 117, commi secondo, lett. g), m) ed n), e terzo; decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, art. 138, lett. b); decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, artt. 399, 400 e 401; legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, commi 1, 2 e 3; decreto del Ministro della pubblica istruzione 13 giugno 2007, n. 131, art. 1.

Pag. 1

- N. 99. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 26 giugno 2012 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

Consiglio regionale - Norme della Regione Puglia - Modifiche statutarie - Riduzione del numero dei consiglieri regionali da "settanta" a "sessanta" - Ricorso del Governo - Denunciato contrasto con la norma statale secondo cui il numero massimo dei consiglieri regionali deve essere uguale o inferiore a "cinquanta" per le Regioni, come nella specie, con popolazione fino a sei milioni di abitanti - Violazione dei principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica.

- Legge [statutaria] della Regione Puglia, approvata dal Consiglio regionale, in seconda lettura, con deliberazione 11 maggio 2012, n. 86.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, art. 14, comma 1, lett. a)

Pag. 3

- N. 140. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia del 5 aprile 2012

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Irrazionalità - Ingiustificato deterioramento dei lavoratori dipendenti rispetto a quelli autonomi - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Natura regressiva del tributo con riferimento



all'indennità speciale, in quanto incidente in minore misura sui magistrati con retribuzione complessiva più elevata ed in misura maggiore sui magistrati con retribuzione complessiva inferiore - Lesione del principio di proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 22.
- Costituzione, artt. 3, 36 e 53. Pag. 5

N. 141. Ordinanza del Tribunale di Sanremo del 26 gennaio 2012

Lavoro e occupazione - Appalto di opere o di servizi - Corresponsione dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti ai lavoratori - Obbligo del committente imprenditore o datore di lavoro in solido con l'appaltatore - Denunciata introduzione di un regime di responsabilità solidale privo di limiti quantitativi per il committente - Esorbitanza dall'oggetto della delega conferita con legge n. 30 del 2003 - Violazione del principio direttivo che circoscrive la responsabilità del committente nei limiti di cui all'art. 1676 cod. civ.

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, art. 29, comma 2.
- Costituzione, art. 76, in relazione alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, [art. 1, comma 2,], lett. p), n. 3..... Pag. 9

N. 142. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo del 10 aprile 2012

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Dipendenti delle amministrazioni pubbliche - Trattamento economico - Prevista riduzione, per i trattamenti economici superiori a 90.000 euro lordi e a 150.000, rispettivamente del 5 per cento e del 10 per cento dei predetti importi - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata - Irrazionalità - Ingiustificato deterioro trattamento dei lavoratori dipendenti pubblici rispetto a quelli privati ed autonomi - Violazione del principio di retribuzione proporzionata ed adeguata - Violazione dei principi di solidarietà sociale, politica ed economica - Lesione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Violazione del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 2; decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, art. 2, comma 1.
- Costituzione, artt. 2, 3, 23, 36, 53, 97, 101, 102, 104, 107 e 108.

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione che non siano erogati né recuperabili gli acconti degli anni 2011, 2012 e 2013 ed il conguaglio del triennio 2010-2012; che per il triennio 2013-2015 l'acconto spettante per l'anno 2014 sia pari alla misura già prevista per l'anno 2010 ed il conguaglio per l'anno 2015 venga determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014 - Previsione, altresì, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata - Irrazionalità - Ingiustificato deterioro trattamento dei lavoratori dipendenti pubblici rispetto a quelli privati ed autonomi - Violazione del principio di retribuzione proporzionata ed adeguata - Violazione dei principi di solidarietà sociale, politica ed economica - Lesione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione



- **Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Violazione del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura.**
- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 22.
 - Costituzione, artt. 2, 3, 23, 36, 53, 97, 101, 102, 104, 107 e 108..... Pag. 10
- N. 143. Ordinanza del Tribunale di Roma del 2 maggio 2012
- Istruzione pubblica - Copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultano effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo - Conseguente successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato per il perseguimento da parte dell'Amministrazione datore di lavoro di uno scopo (il contenimento della spesa pubblica) non riconducibile ad una "finalità di politica sociale di uno Stato membro" secondo l'accezione desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - Violazione di obblighi internazionali derivanti dal diritto comunitario.**
- Legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, comma 1.
 - Costituzione, art. 117, primo comma, in relazione alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999..... Pag. 14
- N. 144. Ordinanza del Tribunale di Roma del 2 maggio 2012
- Istruzione pubblica - Copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultano effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo - Conseguente successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato per il perseguimento da parte dell'Amministrazione datore di lavoro di uno scopo (il contenimento della spesa pubblica) non riconducibile ad una "finalità di politica sociale di uno Stato membro" secondo l'accezione desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - Violazione di obblighi internazionali derivanti dal diritto comunitario.**
- Legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, commi 1 e 11.
 - Costituzione, art. 117, primo comma, in relazione alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999..... Pag. 22
- N. 145. Ordinanza del Tribunale di Torino del 22 maggio 2012
- Reati e pene - Circostanze del reato - Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti - Divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata - Violazione del principio di uguaglianza, per la parità di trattamento di situazioni di diversa gravità - Contrasto con i principi di offensività e di proporzionalità della pena.**
- Codice penale, art. 69, comma quarto, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.
 - Costituzione, artt. 3, 25, comma secondo, e 27, comma secondo.
- Reati e pene - Circostanze del reato - Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti - Divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope) sull'aggravante della recidiva reiterata - Violazione del principio di uguaglianza, per la parità di trattamento di situazioni di diversa gravità - Contrasto con i principi di offensività e di proporzionalità della pena.**
- Codice penale, art. 69, comma quarto, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.
 - Costituzione, artt. 3, 25, comma secondo, e 27, comma secondo..... Pag. 30



N. 146. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte del 3 aprile 2012

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Irrazionalità - Ingiustificato deterioramento dei lavoratori dipendenti rispetto a quelli autonomi - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Natura regressiva del tributo con riferimento all'indennità speciale, in quanto incidente in minore misura sui magistrati con retribuzione complessiva più elevata ed in misura maggiore sui magistrati con retribuzione complessiva inferiore - Lesione del principio di solidarietà sociale.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 2.
- Costituzione, artt. 2, 3 e 53. Pag. 34

N. 147. Ordinanza del Tribunale superiore delle acque pubbliche del 15 maggio 2012

Energia - Norme della Provincia autonoma di Bolzano in materia di utenze di acqua pubblica - Determinazione dei canoni di concessione di derivazioni per uso idroelettrico - Introduzione da parte del legislatore provinciale di una tariffa di tipo progressivo, articolata in importi crescenti in relazione agli scaglioni di potenza nominale riconosciuta o concessa - Aumento, dal 1° luglio 2004, del canone relativo alle potenze maggiori di 3.000 kW, da Euro 15,00 ad Euro 24,00 al kW - Violazione dei principi comunitari di certezza del diritto e di legittimo affidamento - Contrasto con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale (unicità del canone per ogni tipo di fruizione, proporzionalità all'unità di misura, aggiornamento triennale con provvedimento amministrativo) - Compressione della libertà di iniziativa economica - Adozione di legge-provvedimento in assenza dei presupposti, con lesione dei principi di ragionevolezza e non arbitrarietà nonché del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi - Esorbitanza dalla potestà legislativa delle Province autonome - Contrasto con il divieto di ostacoli al libero commercio tra Regioni - Violazione di principi generali dell'ordinamento comunitario - Violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e della concorrenza - Manifesta irragionevolezza sotto più profili, eccesso di potere legislativo, ingiustificate disparità di trattamento - Questione di legittimità costituzionale riproposta in esito alla restituzione degli atti per *ius superveniens* disposta dalla Corte costituzionale con la ordinanza n. 178 del 2011.

- Legge della Provincia autonoma di Bolzano 8 aprile 2004, n. 1, art. 29; legge della Provincia autonoma di Bolzano 29 agosto 2000, n. 13, art. 3, commi 1 e 2, modificativi dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 9 [recte: 29] marzo 1983, n. 10.
- Costituzione, artt. 3, 23, 24, 41, 97, 113, 117, commi primo, secondo, lett. e) ed s), e terzo, e 120; Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), artt. 5, 9 e 13; d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235, artt. 1 e 1-bis. Pag. 39

N. 148. Ordinanza del Tribunale di Roma del 9 maggio 2012

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Personale docente, amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola (A.T.A.) - Previsione che gli anni 2010, 2011 e 2012 non sono utili ai fini della maturazione delle posizioni stipendiali e dei relativi incrementi economici previsti dalle disposizioni contrattuali vigenti - Lesione del principio di solidarietà sociale - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo del deterioramento del personale scolastico rispetto agli altri dipendenti pubblici contrattualizzati



- **Violazione del principio di progressività dell'imposizione tributaria e di capacità contributiva - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata**
 - **Violazione del principio di autonomia negoziale nell'ambito della contrattazione collettiva - Lesione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.**

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 23.
- Costituzione, artt. 2, 3, 35, 39, 42, 53, e 97.

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, come individuate dall'ISTAT - Previsione che il computo dei trattamenti di fine servizio si effettua secondo le regole di cui all'art. 2120 del c.c., con applicazione dell'aliquota del 6,91 per cento - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo del deterioro trattamento dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati - Lesione del principio della retribuzione (anche differita) proporzionata ed adeguata.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 12, comma 10.
- Costituzione, artt. 3 e 36.

Pag. 57

N. 149. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 2 maggio 2012

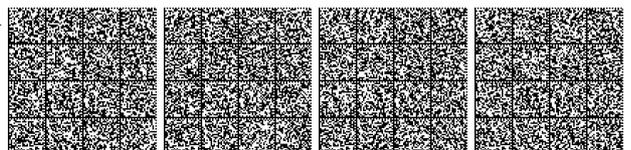
Procedimento civile - Disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Obbligatorietà del procedimento di mediazione per le controversie nelle materie elencate dall'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, configurazione del preventivo esperimento di esso come condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, necessità che l'improcedibilità sia eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza - Lesione della tutela giudiziale dei diritti - Esorbitanza dalle previsioni della legge delega n. 69 del 2009 e della direttiva comunitaria n. 2008/52/CE - Contrasto con specifici principi direttivi in tema di mediazione.

- Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, [comma 1,] primo, secondo e terzo periodo.
- Costituzione, artt. 24 e 77, in relazione all'art. 60, lett. c) e n), della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Procedimento civile - Disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Prevista abilitazione degli enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza a costituire gli organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione - Lesione della tutela giudiziale dei diritti - Esorbitanza dalle previsioni della legge delega n. 69 del 2009 e della direttiva comunitaria n. 2008/52/CE - Contrasto con specifici principi direttivi in tema di mediazione.

- Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, art. 16, comma 1.
- Costituzione, artt. 24 e 77, in relazione all'art. 60, lett. c) e n), della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Pag. 62





ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

n. 98

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 22 giugno 2012
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Istruzione - Norme della Regione Lombardia per la valorizzazione dell'autonomia delle istituzioni scolastiche - Possibilità che, in via sperimentale, nell'ambito delle norme generali o di specifici accordi con lo Stato, le istituzioni scolastiche statali organizzino concorsi differenziati a seconda del ciclo di studio, per il reclutamento diretto del personale docente con incarico annuale - Ricorso del Governo - Denunciato contrasto con la legislazione statale in materia di reclutamento del personale docente statale - Violazione di principi fondamentali in materia di istruzione - Incidenza sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali - Violazione della competenza statale esclusiva in materia di determinazione delle norme generali sull'istruzione e di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici.

- Legge della Regione Lombardia 18 aprile 2004, n. 7, art. 8 [aggiuntivo dei commi 2-bis, 2-ter, 2-quater e 2-quinquies all'art. 3 della legge regionale 6 agosto 2007, n. 19].
- Costituzione, art. 117, commi secondo, lett. g), m) ed n), e terzo; decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, art. 138, lett. b); decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, artt. 399, 400 e 401; legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, commi 1, 2 e 3; decreto del Ministro della pubblica istruzione 13 giugno 2007, n. 131, art. 1.

Ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato, nei confronti della Regione Lombardia, in persona del suo Presidente per la dichiarazione della illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge regionale 18 aprile 2012, n. 7, recante: «Misure per la crescita, lo sviluppo e l'occupazione» (B.U.R. 20 aprile 2012, n. 16 Supplemento).

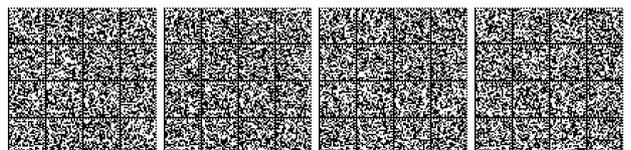
L'art. 8 della legge della Regione Lombardia n. 7 del 18 aprile 2012, recante «Misure per la crescita, lo sviluppo e l'occupazione», modifica l'art. 3 della legge regionale n. 19/2007 (reclutamento del personale docente da parte delle istituzioni scolastiche), prevedendo, al comma 1, che, «Al fine di realizzare l'incrocio diretto tra domanda delle istituzioni scolastiche autonome e l'offerta professionale dei docenti, a titolo sperimentale, nell'ambito delle norme generali o di specifici accordi con lo Stato, per un triennio a partire dall'anno scolastico successivo alla stipula, le istituzioni scolastiche statali possono organizzare concorsi differenziati a seconda del ciclo di studio, per reclutare il personale docente con incarico annuale necessario a svolgere le attività didattiche annuali e di favorire la continuità didattica».

Tale disposizione, che consente, seppure in via sperimentale, alle istituzioni scolastiche di procedere all'organizzazione di concorsi e al reclutamento diretto del personale docente a seguito di accordi tra lo Stato e la Regione, ovvero «nell'ambito» di non meglio definite «norme generali», eccede dalle competenze regionali. Essa, infatti, stabilendo, peraltro con formulazione poco chiara, che il reclutamento diretto dei docenti sia effettuato da parte delle istituzioni scolastiche anche in assenza di accordo tra lo Stato e la Regione, purché nel rispetto delle norme generali vigenti, presenta vari profili d'incostituzionalità in quanto le norme generali in materia di istruzione, riservate alla competenza statale, non consentono il metodo di reclutamento del personale docente statale ipotizzato dal legislatore regionale.

In particolare, la disposizione in esame contrasta con le seguenti norme della legislazione statale in materia di reclutamento del personale docente statale:

con l'art. dell'art. 138, lett. b) del d.lgs. n. 112 del 1998, secondo il quale la determinazione delle dotazioni organiche della rete scolastica è di competenza esclusiva dello Stato (come confermato da codesta Ecc.ma Corte costituzionale con sentenza n. 200 del 2009, punto 34 delle motivazioni);

con gli artt. 399, 400, 401 del d.lgs. n. 297 del 1994 (T.U. delle disposizioni legislative vigenti in materia d'istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, come modificato dalla legge 3 maggio 1999, n. 124), secondo i quali l'assunzione del personale docente avviene mediante concorsi per titoli ed esami (le cui prove sono dettagliatamente descritte nel citato art. 400), riservando annualmente il 50 per cento dei posti ai vincitori delle procedure concorsuali ed il rimanente 50 per cento ai docenti idonei al concorso collocati in posizione utile nelle graduatorie



permanenti, oggi ad esaurimento; queste ultime graduatorie sono soggette ad aggiornamento ogni due anni, in base ai titoli culturali e di servizio nel frattempo maturati dai docenti e consentono l'attribuzione degli incarichi al docente con migliore formazione scolastica in base al principio del merito (sent. C. Cost. n. 41 del 2011). I concorsi per l'assunzione degli insegnanti sono indetti dal Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e sono banditi e svolti dagli uffici scolastici regionali quali articolazioni periferiche del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, che li ha costituiti, ai sensi dell'art. 75, comma 3, del D.L.vo n. 300 del 1999, come uffici di livello dirigenziale generale ed autonomi centri di responsabilità amministrativa;

con l'art. 4, commi 1, 2 e 3, della l. n. 124 del 1999 e con l'art. 1 del D.M. n. 131 del 2007, secondo i quali nei casi in cui non sia possibile assegnare alle cattedre e ai posti disponibili personale di ruolo si provvede con supplenze annuali o temporanee, utilizzando le graduatorie ad esaurimento sopra menzionate.

Ciò premesso, la disposizione regionale in esame, che introduce unilateralmente, in assenza della previa intesa con lo Stato, un metodo di reclutamento dei docenti statali diverso e ulteriore rispetto a quello stabilito dalle leggi nazionali, incorre nei seguenti vizi di incostituzionalità:

a) contrasta con i principi fondamentali in materia d'istruzione, violando in tal modo l'art. 117, terzo comma, Cost.;

b) incide sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti dalla legislazione statale su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m) Cost. La materia del reclutamento del personale docente rientra, infatti, nell'assetto organizzativo della scuola, che codesta Ecc.ma Corte costituzionale ascrive alla categoria dei livelli minimi delle prestazioni concernenti i diritti civili che devono essere garantiti uniformemente sull'intero territorio nazionale (sentenza n. 279 del 2005);

c) viola l'art. 117, comma 2, lettera n.), Cost., riguardante le norme generali sull'istruzione. Secondo quanto affermato da codesta Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2009, le norme sul reclutamento del personale docente definiscono «la struttura portante del sistema nazionale dell'istruzione e richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale)...». Si legge ancora nella citata pronuncia che «il sistema generale dell'istruzione, per sua stessa natura, riveste carattere nazionale, non essendo ipotizzabile che esso si fondi su un'autonoma iniziativa legislativa delle Regioni... con inevitabili differenziazioni che in nessun caso potrebbero essere giustificabili sul piano della stessa logica. Si tratta, dunque, di conciliare, da un lato, basilari esigenze di «uniformità» di disciplina della materia su tutto il territorio nazionale, e, dall'altro, esigenze autonomistiche che, sul piano locale-territoriale, possono trovare soddisfazione mediante l'esercizio di scelte programmatiche e gestionali rilevanti soltanto nell'ambito del territorio di ciascuna Regione». Viene quindi precisato che solo con legge dello Stato, approvata con le modalità previste dall'art. 116 Cost., su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost., possono essere attribuite alle Regioni a statuto ordinario ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti, tra l'altro, le «norme generali sull'istruzione»;

d) viola altresì l'art. 117, secondo comma, lett. g) sull'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici, in quanto il reclutamento dei docenti rientra nella più ampia materia dell'accesso al pubblico impiego, che è di competenza esclusiva dello Stato secondo quanto chiarito da Ecc.ma Corte costituzionale con la citata sentenza n. 279 del 2005 sulla figura del tutor e dei suoi incarichi, che è fattispecie analoga al reclutamento.

P.Q.M.

Si conclude perché la disposizione regionale impugnata sia dichiarata costituzionalmente illegittima.

Si producono:

estratto della delibera del Consiglio dei Ministri in data 15 giugno 2012;

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

Roma, 18 giugno 2012

L'Avvocato dello Stato: D'AVANZO



N. 99

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 26 giugno 2012
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Consiglio regionale - Norme della Regione Puglia - Modifiche statutarie - Riduzione del numero dei consiglieri regionali da “settanta” a “sessanta” - Ricorso del Governo - Denunciato contrasto con la norma statale secondo cui il numero massimo dei consiglieri regionali deve essere uguale o inferiore a “cinquanta” per le Regioni, come nella specie, con popolazione fino a sei milioni di abitanti - Violazione dei principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica.

- Legge [statutaria] della Regione Puglia, approvata dal Consiglio regionale, in seconda lettura, con deliberazione 11 maggio 2012, n. 86.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, art. 14, comma 1, lett. a).

Ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato C.F. 80224030587, Pec ags_m2@mailcert.avvocaturastato.it, presso i cui uffici è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12, contro Regione Puglia, in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, per la declaratoria di illegittimità costituzionale, e conseguente annullamento della Legge Regionale Puglia pubblicata nel B.U.R. n. 73 del 21 maggio 2012, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 12 maggio 2004, n. 7 (Statuto della Regione Puglia)» approvata dal Consiglio Regionale, in prima lettura con deliberazione n. 74 del 24 gennaio 2012 e confermata, in seconda lettura con deliberazione n. 86 dell’11 maggio 2012 per contrasto con l’art. 117, comma 3, della Costituzione e con l’art. 14, comma 1, lettera a) del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) e ciò a seguito ed in forza della delibera di impugnativa assunta dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 15 giugno 2012.

1. Nel Bollettino Ufficiale n. 73 del 21 maggio 2012 della Regione Puglia è stata pubblicata la Legge Regionale «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 12 maggio 2004, n. 7 (Statuto della Regione Puglia): seconda lettura (art. 123 della Costituzione della Repubblica italiana)».

Con tale provvedimento legislativo, composto da un unico articolo, la Regione Puglia ha così disposto:

«Art. 1 — 1. Alla legge regionale 12 maggio 2004, n. 7 (Statuto della Regione Puglia), sono apportate le seguenti modifiche e integrazioni:

a) al comma 1 dell’art. 24 (Composizione, modalità di elezione e scioglimento del Consiglio regionale) la parola «settanta» è sostituita dalla seguente: «sessanta»;

b) al comma 2 dell’art. 33 (Prima seduta del Consiglio regionale) le parole: «dieci consiglieri» sono sostituite dalle seguenti: «otto consiglieri»;

c) al comma 1 dell’art. 34 (Convenzione del Consiglio regionale) le parole: «dieci consiglieri» sono sostituite dalle seguenti «otto consiglieri»;

d) il comma 5 dell’art. 4 (Giunta regionale) è sostituito dal seguente: «5. Possono essere nominati componenti della Giunta regionale esclusivamente i Consiglieri regionali eletti.»;

e) dopo il comma 5 dell’art. 43 è inserito il seguente:

«5-bis. In deroga al comma 5, il Presidente della Giunta regionale può nominare assessori, in un numero non superiore a un quarto dei componenti della Giunta, i cittadini in possesso dei requisiti di eleggibilità e compatibilità per la carica di Consigliere regionale.».

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano a partire dalla X legislatura».

2. In particolare, l’art. 1, comma 1, lettera a), che modifica l’art. 24, comma 1, dello Statuto riduce il numero dei consiglieri regionali eletti da «settanta» a «sessanta». Tale modifica, pur prevedendo una riduzione sostanziale del numero dei componenti del Consiglio regionale, non è conforme al disposto dell’art. 14, comma 1, lettera a) del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizza-



zione finanziaria e per lo sviluppo), il quale prevede che, per il conseguimento degli obiettivi stabiliti nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica, le Regioni debbano adeguare, nell'ambito della propria autonomia statutaria e legislativa, i rispettivi ordinamenti alla previsione che il numero massimo dei consiglieri regionali, ad esclusione del Presidente della Giunta regionale, sia uguale o inferiore a 50 per le regioni con popolazione fino a sei milioni di abitanti.

Considerato che la Regione Puglia, in base alle rilevazioni statistiche (fonte: sito www.comuni-italiani.it) risulta avere 4.091.259 abitanti, la previsione di un numero massimo di 60 consiglieri regionali contrasta con la citata norma statale e con il principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, comma 3, della Costituzione.

Il vincolo del rispetto dei principi statali di coordinamento della finanza pubblica connessi ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, è vincolante per le Regioni, al fine di soddisfare esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

A nulla varrebbe, in senso contrario, sostenere la riserva di potestà organizzativa in favore di ciascuna regione: i limiti dell'autonomia organizzativa, infatti, non possono essere dilatati fino al punto della non osservanza delle norme statali in materia di coordinamento della finanza pubblica.

3. Come è noto, il legislatore statale può, con una disciplina di principio, legittimamente «imporre agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti» (da ultimo, sentenze n. 139 del 2012 e n. 182 del 2011).

Questi vincoli possono considerarsi rispettosi dell'autonomia delle Regioni e degli enti locali quando stabiliscono un «limite complessivo, che lascia agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa» (sentenza n. 182 del 2011, nonché sentenze n. 297 del 2009, n. 289 del 2008 e n. 169 del 2007).

La legge della Regione Puglia impugnata si è discostata da detti principi perché non ha rispettato il vincolo dei principi statali di coordinamento della finanza pubblica connessi ad obiettivi nazionali.

Dispone l'art. 4 comma 1, lettera a) del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011, che il numero massimo dei consiglieri regionali, ad esclusione del Presidente della Giunta regionale, deve essere uguale o inferiore a «cinquanta» per le regioni con popolazione fino a sei milioni di abitanti: la legge regionale impugnata ha ridotto il numero dei consiglieri regionali eletti soltanto da «settanta» a «sessanta»: ponendosi in contrasto con l'art. 117, comma 3, della Costituzione.

P. Q. M.

Chiede che la Corte ecc.ma voglia dichiarare costituzionalmente illegittima la Legge Regionale Puglia indicata in epigrafe, per contrasto con gli artt. 117, comma 3, della Costituzione e con l'art. 14, comma 1, lettera a) del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo).

Si depositeranno, con l'originale notificato del presente ricorso:

1) estratto della deliberazione del C.d.M. del 15 giugno 2012, con la richiamata relazione del Dipartimento per gli Affari Regionali;

2) copia della legge impugnata.

Roma, 20 giugno 2012

L'Avvocato dello Stato: MANGIA



N. 140

Ordinanza del 5 aprile 2012 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia sul ricorso proposto da Aliffi Francesco ed altri 41 contro Ministero della giustizia, Ministero dell'economia e delle finanze e Presidenza del Consiglio dei ministri

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Irrazionalità - Ingiustificato deterioro trattamento dei lavoratori dipendenti rispetto a quelli autonomi - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Natura regressiva del tributo con riferimento all'indennità speciale, in quanto incidente in minore misura sui magistrati con retribuzione complessiva più elevata ed in misura maggiore sui magistrati con retribuzione complessiva inferiore - Lesione del principio di proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 22.
- Costituzione, artt. 3, 36 e 53.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 674 del 2011, proposto da:

Francesco Aliffi, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Cuniberti, Michele Maggio, Vittorio Angiolini, con domicilio eletto presso Michele Maggio in Lecce, via Ludovico Ariosto n. 51; Cosimo Almiento, Maria Grazia Anastasia, Rodolfo Boselli, Mario Buffà, Mario Cigna, Donatella De Giorgi, Francesco De Giorgi, Marcello Dell'Anna, Gabriella Del Mastro, Marco Dinapoli, Giuseppe Disabato, Grazia Errede, Antonio Francesco Esposito, Lucia Esposito, Gianluca Fiorella, Gianmarco Galiano, Francesco Giardino, Francesco Giliberti, Consiglia Invitto, Lucia Isceri, Laura Liguori, Pietro Lisi, Alessia Magliola, Giuseppe Marseglia, Stefano Marzo, Riccardo Mele, Stefania Maria Mininni, Massimo Orlando, Fausta Palazzo, Simona Panzera, Anna Rita Pasca, Maurizio Petrelli, Simona Rizzo, Giovanni Surdo, Vittorio Testi, Domenico Toni, Sergio Mario Tosi, Cinzia Vergine, Raffaele Viglione, Angelo Zizzari, Virginia Zuppetta, rappresentati e difesi dagli avv. Vittorio Angiolini, Marco Cuniberti, Michele Maggio, con domicilio eletto presso Michele Maggio in Lecce, via Ludovico Ariosto n. 51, contro Ministero della giustizia, Ministero dell'economia e delle finanze, Presidenza del Consiglio dei ministri, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata in Lecce, via F.Rubichi 23; per il riconoscimento, previa idonea cautela, e con riserva di motivi aggiunti, del diritto dei ricorrenti al trattamento retributivo spettante senza tener conto delle decurtazioni di cui al comma 22 dell'art. 9 del d.l. 31 marzo 2010, n. 78, come conv. con modif. in legge 30 luglio 2010, n. 122; nonché, per la condanna delle Amministrazioni resistenti al pagamento delle somme corrispondenti, con ogni accessorio di legge;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della giustizia e di Ministero dell'economia e delle finanze e di Presidenza del Consiglio dei ministri;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2011 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori Maggior Michele, anche in sostituzione di Angiolini Vittorio e Cuniberti Marco, Gustapane Giovanni;

I ricorrenti agiscono nella veste di magistrati ordinari con varie qualifiche e sono accomunati dal fatto di prestare servizio in un ambito territoriale facente capo al distretto di Corte di Appello di Lecce.

Gli interessati premettono di essere assoggettati alle misure applicative delle disposizioni contenute nel comma 22 dell'art. 9 del decreto-legge 31 marzo 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122, che si risolvono nella erogazione di un trattamento economico deterioro nei loro riguardi.



Essi si sono rivolti al Tar al fine di conseguire il riconoscimento del diritto alla retribuzione senza tener conto delle decurtazioni di cui al comma 22 dell'art. 9 sopra citato, nonché per veder condannata l'amministrazione resistente a conseguenti pagamenti, con ogni accessorio di legge.

I magistrati in argomento dubitano, peraltro, della legittimità costituzionale delle norme ora richiamate, ritenute in contrasto con alcuni parametri puntualmente evocati dalle difese, e chiedono che il Collegio si faccia carico di sollevare l'incidente di costituzionalità delle disposizioni.

Le amministrazioni intimare si sono costituite in giudizio a mezzo della Avvocatura dello Stato, la quale ha motivatamente argomentato nel senso del respingimento del ricorso.

Il Collegio osserva che le norme giuridiche delle quali si sospetta la incostituzionalità prevedono quanto segue:

da un lato, il comma 21 dell'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 - specificamente destinato a introdurre la disciplina del «Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico», stabilisce che «I meccanismi di adeguamento retributivo per il personale non contrattualizzato di cui all'art. 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come previsti dall'articolo 24 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, non si applicano per gli anni 2011, 2012 e 2013 ancorché a titolo di acconto, e non danno comunque luogo a successivi recuperi. Per le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, che fruiscono di un meccanismo di progressione automatica degli stipendi, gli anni 2011, 2012 e 2013 non sono utili ai fini della maturazione delle classi e degli scatti di stipendio previsti dai rispettivi ordinamenti. Per il personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni le progressioni di carriera comunque denominate eventualmente disposte negli anni 2011, 2012 e 2013 hanno effetto, per i predetti anni, ai fini esclusivamente giuridici. Per il personale contrattualizzato le progressioni di carriera comunque denominate ed i passaggi tra le aree eventualmente disposte negli anni 2011, 2012 e 2013 hanno effetto, per i predetti anni, ai fini esclusivamente giuridici.».

Il successivo comma 22 dell'art. 9 sopra citato prevede che «Per il personale di cui alla legge n. 27/1981 non sono erogati, senza possibilità di recupero, gli acconti degli anni 2011, 2012 e 2013 ed il conguaglio del triennio 2010-2012; per tale personale, per il triennio 2013-2015 l'acconto spettante per l'anno 2014 è pari alla misura già prevista per l'anno 2010 e il conguaglio per l'anno 2015 viene determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014.

Per il predetto personale l'indennità speciale di cui all'articolo 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, spettante negli anni 2011, 2012 e 2013, è ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013. Tale riduzione non opera a fini previdenziali. Nei confronti del predetto personale non si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 21, secondo e terzo periodo.».

Effettuata la ricognizione del dato normativo da esaminare, il Collegio ritiene che effettivamente l'intelaiatura normativa che ne deriva in punto di trattamento economico dei magistrati si presti ad alcune perplessità che si traducono in altrettanti sospetti di illegittimità costituzionale da porre al vaglio del Giudice delle Leggi.

Occorre premettere che le misure previste dal primo periodo del comma 21 per il personale contrattualizzato corrispondono sostanzialmente a quelle contemplate dal primo periodo del successivo comma per il personale di magistratura ed equiparato e che l'incisione del trattamento economico comportata dalle stesse trova la sua ragion d'essere nello specifico sistema di adeguamento economico alla dinamica dell'inflazione previsto per il personale non contrattualizzato; a tale incisione, inoltre, corrisponde l'incisione recata per il personale contrattualizzato dall'art. 1, primo comma.

Non è, infine, da assumere come termine di riferimento la disciplina dell'impiego privato per la disomogeneità dei rapporti di lavoro con il datore privato e quello pubblico.

La questione di legittimità costituzionale della normativa prima ricordata è non manifestamente infondata e va affidata alla Corte costituzionale per quanto qui di seguito si espone.

Il punto nevralgico della controversia concerne, in particolare, il previsto meccanismo di decurtazione dell'indennità speciale spettante ai magistrati la quale, atteggiandosi alla stregua di voce aggiuntiva del trattamento stipendiale erogato alla categoria, subisce una crescente riduzione in termini percentuali con riguardo al triennio 2011, 2012, 2013.

Ritiene, in proposito, il Giudicante che l'introduzione, nel panorama ordinamentale, di una misura di questo tipo — sebbene sotto l'egida del contenimento delle spese in materia di pubblico impiego — si pone in aperto contrasto con i canoni della ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, della adeguatezza della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato ex art. 36, e, infine, della esigenza sottostante all'art. 53 della Cost., in forza del quale il prelievo fiscale è necessariamente preordinato a colpire sintomi di arricchimento del contribuente, giammai potendo incidere su una voce dello stipendio di un magistrato, nata e tuttora perdurante per soddisfare ben altre finalità.

Passando alla disamina dei singoli profili di illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 9, comma 22 del d.l. sopra richiamato occorre, in primo luogo, vagliarne la compatibilità con l'art. 3 della Costituzione.



Il precetto appena ricordato, nella sua indispensabile funzione di clausola generale posta a presidio della uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, senza alcuna distinzione legata a motivi di ordine politico, economico, sociale e, meno che meno, derivante dalla funzione ricoperta in seno alla collettività, deve essere correttamente decifrato.

Esso costituisce un argine nei riguardi di qualunque provvedimento legislativo connotato da aspetti di irragionevolezza.

La norma agisce infatti da monito nei confronti del legislatore ordinario.

Quest'ultimo non può dettare una disciplina che collochi sullo stesso piano situazioni disomogenee, così come deve evitare disparità di disciplina nei riguardi di cittadini che versino in situazioni obiettivamente assimilabili.

Ora, la previsione secondo la quale tutto il personale di magistratura è assoggettato ad una progressiva decurtazione della indennità speciale per un triennio costituisce singolare misura di penalizzazione economica adottata nei confronti di una categoria — quella dei magistrati, appunto — rispetto a categorie di dipendenti dello Stato alla prima equiparabili, quantomeno dal punto di vista del trattamento stipendiale (si pensi ai dirigenti delle amministrazioni statali, nei cui riguardi non constano analoghe misure atte a ridimensionare singole voci del trattamento stipendiale).

Né pare senza significato il fatto che la progressiva decurtazione della indennità speciale di cui si discute sia stata introdotta senza tener conto della oggettiva diversità di trattamento economico di partenza dei magistrati incisi, e cioè del diverso stipendio goduto da un magistrato con qualifica di tribunale, rispetto a quello erogato ad un collega munito della qualifica di consigliere di cassazione.

Sotto tale ultimo profilo, la disposizione che si commenta sembra introdurre, ad avviso del remittente, una disparità di trattamento interna alla categoria, con ripercussioni che incidono in misura sensibile sulla aliquota dei magistrati più giovani.

Questi ultimi, per il fatto di godere di uno stipendio notevolmente inferiore ai colleghi di maggiore anzianità sono più esposti al peso di una decurtazione destinata a essere spalmata indistintamente su tutto il personale di magistratura, a prescindere dalla retribuzione in godimento.

Non può poi dimenticarsi che la decurtazione della indennità speciale, così come disciplinata dalla norma della cui legittimità si dubita, proprio per la sua genesi di misura atta al contenimento della spesa in tema di pubblico impiego, rintraccia la sua cornice di riferimento nell'art. 53 della Costituzione repubblicana.

La norma in questione stabilisce, com'è noto, che «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva».

Il precetto costituzionale in discorso costituisce un caposaldo della potestà impositiva dello Stato, la cui misura ed il cui peso devono essere ragguagliati alla capacità contributiva del singolo cittadino.

Ma non c'è dubbio che se la capacità contributiva del singolo cittadino rappresenta il parametro in base al quale occorre dosarne la compartecipazione alle spese pubbliche, il concetto che il Costituente ha messo a disposizione del legislatore ordinario poggia sulla nozione di sintomo di arricchimento.

In altri termini, ciò che può essere colpito in sede di prelievo fiscale è ogni sintomo di reale arricchimento del contribuente, perché solo così l'art. 53 della Costituzione rappresenta il pendant logico e giuridico della regola di uguaglianza portata dall'art. 3 della Carta fondamentale.

La introduzione di una progressiva decurtazione dell'indennità speciale nei riguardi dei magistrati si risolve, in questa chiave di lettura che si intende offrire, in una autentica misura di prelievo fiscale che opera non su un elemento di ricchezza acquisita dal singolo magistrato, ma su una voce del trattamento stipendiale destinata a svolgere, come si è già anticipato, una ben diversa funzione.

Ed è proprio su questa funzione che è indispensabile spendere alcune finali considerazioni.

L'indennità speciale contemplata dalla legge n. 27 del 1981 nasce, come ricordato dalla stessa difesa Erariale, al fine di alleviare gli oneri speciali che il magistrato sopporta nell'esercizio della propria attività, in ragione e a motivo della necessità di curare un costante aggiornamento professionale.

Anche in tal caso, va detto che, contrariamente alla prospettiva alquanto semplicistica coltivata dalla Avvocatura dello Stato, non si tratta di un peso economico destinato ad una riduzione nell'epoca delle banche dati, indispensabile essendo non solo l'abbonamento ad una serie di riviste on line, solitamente somministrato dalle amministrazioni di appartenenza, (capaci, peraltro, di fornire una prima ricognizione delle più significative novità intervenute nei singoli segmenti dell'ordinamento) quanto piuttosto di non perdere di vista il contatto con plurime fonti di sapere giuridico (in specie, opere di carattere manualistico dal costo assai elevato, riviste cartacee, quaderni di giurisprudenza territoriale) al fine di contare su strumenti adeguati di preparazione atti a dare sempre una immagine dignitosa della funzione.



Né può mai ritenersi che l'indennità speciale costituisca elemento sintomatico di ricchezza sul quale possa dispiegarsi un'azione impositiva dello Stato trattandosi, per quanto si è osservato, di componente dello stipendio volta a tenere indenne il magistrato dalle notevoli spese sopportate nell'esercizio della propria attività, per garantire una risposta di giustizia sempre adeguata all'incalzante ritmo della produzione normativa e alla conseguente problematicità dei quesiti che il giudice è chiamato risolvere.

Se questa è la genesi della indennità speciale, occorre anche porre in risalto la ulteriore funzione di meccanismo stipendiale atto a garantire al singolo magistrato una retribuzione che sia complessivamente adeguata al sacrificio imposto in termini di professionalità crescente e preparazione tecnico giuridica perdurante nel tempo, così da soddisfare il precetto di cui all'art. 36 della Costituzione.

Ma proprio detto ultimo parametro sembra messo in crisi dalla norma della cui legittimità si dubita una volta preso atto che con essa si registra una almeno temporanea sospensione di operatività del canone di adeguatezza della retribuzione nel quale si inverte, peraltro, anche il principio della dignità della funzione giurisdizionale, che proprio nella adeguatezza della retribuzione trova importante presidio.

La rilevanza della questione sussiste considerando che:

la norma dell'art. 9, comma 22 del d.l. n. 78/2010, quale risultante dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione, è di immediata applicazione e la domanda di riconoscimento del diritto al mantenimento del trattamento economico precedente non può essere esaminata senza il preventivo scrutinio di costituzionalità delle norme legislative censurate;

le parti ricorrenti hanno già subito nel 2011 la decurtazione della indennità speciale giudiziaria e continuano a subire una decurtazione in termini percentuali più significativi per l'anno in corso.

Alla luce dei predetti rilievi, va sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 22 del d.l. n. 78/2010, quale risultante dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione, nella parte in cui si dispone:

«che l'indennità speciale di cui all'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, spettante negli anni 2011, 2012, 2013 è ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013, con riduzione non operate a fini previdenziali».

Visto l'art. 23 della legge Cost. n. 87/53;

Riservata ogni altra decisione all'esito del giudizio innanzi alla Corte costituzionale, alla quale va rimessa la soluzione dell'incidente di costituzionalità;

P. Q. M.

Dichiara rilevante per la decisione dell'impugnativa e dell'incidente cautelare proposti con il ricorso n. 674 del 2011 e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 22 del d.l. n. 78/2010, quale risultante dalle modifiche introdotte con la legge di conversione (legge n. 122 del 2010) nella parte in cui si prevede che, per il personale di cui alla legge n. 27/81:

«l'indennità speciale di cui all'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, spettante negli anni 2011, 2012, 2013 è ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013, con riduzione non operate a fini previdenziali», nei termini e per le ragioni esposte in motivazione, per contrasto con gli artt. 3, 36 e 53 della Costituzione;

Sospende il giudizio in corso;

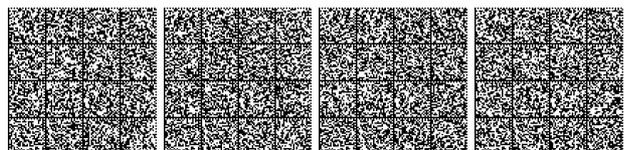
Ordina che la presente ordinanza sia notificata, a cura della Segreteria del Tribunale Amministrativo, a tutte le parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e che sia comunicata al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente della Camera dei deputati;

Dispone la immediata trasmissione degli atti, a cura della stessa segreteria, alla Corte costituzionale.

Così deciso in Lecce nella Camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2011.

Il Presidente: CAVALLARI

L'estensore: DIBELLO



N. 141

Ordinanza del 26 gennaio 2012 emessa dal Tribunale di Sanremo nel procedimento civile promosso da Aicardi Gianfranco ed altri 12 contro Pietro Mazzoni Ambiente Spa e Trenitalia Spa

Lavoro e occupazione - Appalto di opere o di servizi - Corresponsione dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti ai lavoratori - Obbligo del committente imprenditore o datore di lavoro in solido con l'appaltatore - Denunciata introduzione di un regime di responsabilità solidale privo di limiti quantitativi per il committente - Esorbitanza dall'oggetto della delega conferita con legge n. 30 del 2003 - Violazione del principio direttivo che circoscrive la responsabilità del committente nei limiti di cui all'art. 1676 cod. civ.

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, art. 29, comma 2.
- Costituzione, art. 76, in relazione alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, [art. 1, comma 2,], lett. p), n. 3.

IL TRIBUNALE

Il Giudice del lavoro a scioglimento della riserva ed esaminati gli atti ed i documenti di causa;

O S S E R V A

Questo Giudicante dubita della legittimità costituzionale dell'art. 29 comma 2 d.lgs. n. 276/2003, con limitato riferimento al profilo, eccepito da parte resistente, consistente nella violazione dell'art. 76 Cost.

Invero, la norma citata è stata adottata dal Governo sulla scorta della delega conferitagli all'uopo dalla legge n. 30 del 14 febbraio 2003 che, per quanto rileva in questa sede, al punto p) n. 3 aveva stabilito «la previsione di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'articolo 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo di azienda».

Orbene, a fronte di un criterio direttivo indicato in modo così specifico, il legislatore delegato ha inteso emanare, in esecuzione appunto della predetta delega, una norma dalla portata *ictu oculi* eccessivamente ampia, stabilendo che «in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti», senza ulteriori precisazioni.

Appare, quindi, piuttosto evidente la violazione delle prescrizioni contenute nella delega, che, come già rilevato, ha inteso far riferimento non solo ad un'ipotesi di inadempimento connesso alla cessione di un ramo di azienda, ma, soprattutto, ha circoscritto quantitativamente, sia pure *per relationem*, la responsabilità patrimoniale del committente all'ammontare del suo debito residuo nei confronti dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 1676 c.c.

La norma delegata, in ragione dell'ampiezza del suo ambito applicativo, risulta chiaramente esorbitante rispetto alla delega conferita, introducendo, in modo del tutto irragionevole, un regime di responsabilità solidale a carico del committente completamente privo di limite circa il *quantum* e comportando addirittura, *in parte qua*, l'abrogazione del fondamentale principio fissato al riguardo dal citato art. 1676, ribadito dal legislatore delegante.

Per contro, risulta manifestamente infondata l'ulteriore questione, prospettata sempre dalla soc. resistente, relativa ad una presunta violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Invero, la ridetta norma introduce a carico del committente, in buona sostanza, una sorta di obbligo di garanzia *ex lege*, ponendolo nella medesima situazione giuridica di qualsiasi altro condebitore solidale, senza quindi alcuna disparità di trattamento ovvero irragionevolezza di sorta. Inoltre, il soggetto interessato potrà compiutamente spiegare il proprio diritto di difesa in giudizio, facendo valere tutte le eccezioni consentite al condebitore solidale (*cf.* art. 1300 ss. c.c.) ed agendo, se del caso, in via di regresso all'esito del pagamento.

Per quanto concerne la rilevanza della questione ai fini del decidere, occorre evidenziare che parte ricorrente ha convenuto in giudizio la Trenitalia S.p.a. proprio sulla scorta della norma sospettata di incostituzionalità e che quest'ultima soc. (unico soggetto nei cui confronti il processo è stato riassunto in seguito all'interruzione dichiarata all'udienza del 13 aprile 2011) ha particolarmente eccepito (producendo all'uopo apposito prospetto sintetico) che i titoli esecutivi notificatili quale debitrice solidale della Pietro Mazzoni Ambiente S.p.a. ormai ammontano ad un importo nettamente



superiore all'entità del suo debito nei confronti della soc. appaltatrice - fr. punto n. 3.9 della memoria difensiva depositata in data 3 dicembre 2010.

Alla luce di tale impostazione difensiva, è chiaro che una eventuale caducazione del ridetto art. 29 comma 2, od anche soltanto una dichiarazione di illegittimità dello stesso laddove non prevede la limitazione di responsabilità del committente al quantum dallo stesso dovuto all'appaltatore, influirebbe, quanto meno in astratto, in modo determinante sull'esito della controversia, facendo venir meno il supporto giuridico delle domande proposte dai lavoratori.

In definitiva, va disposta la trasmissione degli atti del Giudice delle Leggi, affinché valuti la legittimità costituzionale, per la ragioni esposte in epigrafe, dell'art. 29 comma 2 d.lgs. n. 276/2003 in relazione all'art. 76 Cost.

La ritenuta probabile illegittimità della norma su cui (esclusivamente) i ricorrenti hanno fondato le proprie pretese nei confronti della Trenitalia S.p.a. induce il Tribunale ad escludere che, allo stato, si sia raggiunta la prova, in qualsivoglia misura, dei diritti di credito rispettivamente azionati: consegue il rigetto dell'istanza avanzata ai sensi dell'art. 423 c.p.c.

P. Q. M.

Visti gli artt. 649 c.p.c., 23 l. n. 87/1953 e riservata ogni statuizione circa la richiesta di chiamata in causa proposta dalla Trenitalia S.p.a.;

- a) rigetta l'istanza avanzata da parte ricorrente ai sensi dell'art. 423 comma 2 c.p.c.;*
- b) dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;*
- c) sospende il processo;*
- d) manda alla cancelleria di notificare la presente ordinanza alle parti ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché di comunicarla ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.*

Sanremo, addì 21 gennaio 2012

Il giudice del lavoro: DE MARTINO

12C0265

N. 142

Ordinanza del 10 aprile 2012 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - Sez. di Pescara - sul ricorso proposto da Di Florio Giampiero ed altri contro Ministero della giustizia, Ministero dell'economia e delle finanze e Presidenza del Consiglio dei ministri

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Dipendenti delle amministrazioni pubbliche - Trattamento economico - Prevista riduzione, per i trattamenti economici superiori a 90.000 euro lordi e a 150.000, rispettivamente del 5 per cento e del 10 per cento dei predetti importi - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata - Irrazionalità - Ingiustificato deterioramento dei lavoratori dipendenti pubblici rispetto a quelli privati ed autonomi - Violazione del principio di retribuzione proporzionata ed adeguata - Violazione dei principi di solidarietà sociale, politica ed economica - Lesione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Violazione del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 2; decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, art. 2, comma 1.
- Costituzione, artt. 2, 3, 23, 36, 53, 97, 101, 102, 104, 107 e 108.



- Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione che non siano erogati né recuperabili gli acconti degli anni 2011, 2012 e 2013 ed il conguaglio del triennio 2010-2012; che per il triennio 2013-2015 l'acconto spettante per l'anno 2014 sia pari alla misura già prevista per l'anno 2010 ed il conguaglio per l'anno 2015 venga determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014 - Previsione, altresì, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata - Irrazionalità - Ingiustificato deterioro trattamento dei lavoratori dipendenti pubblici rispetto a quelli privati ed autonomi - Violazione del principio di retribuzione proporzionata ed adeguata - Violazione dei principi di solidarietà sociale, politica ed economica - Lesione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Violazione del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura.**
- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 22.
 - Costituzione, artt. 2, 3, 23, 36, 53, 97, 101, 102, 104, 107 e 108.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 73 del 2012, proposto da Giampiero Di Florio, Anna Lucia Campo, Rosangela Di Stefano, Maria Domenica Ponziani, Cristina Tedeschini, Alberto Tachini Bellisarii, Valentina D'Agostino, Giuseppe Bellelli, Lucio Luciotti, Paolo Pompa, Mirvana Di Serio, Anna Rita Mantini, Rita De Donato, Maria Michela Di Fine, Nicola Valletta, Salvatore Campiochiaro, Luca De Ninis, Carmine Maffei, Barbara Del Bono, Franco Di Pietro, Ruggiero Dicuonzo, Angelo Mariano Bozza, Francesco Salvatore Filocamo, Paola De Nisco, Angelo Zaccagnini, Stefania Ursoleo, Marco Bortone, Rossana Villani, Giuseppe Antonio Cassano, Rosaria Vecchi, Silvia Santoro, Giuseppe Falasca, Pietro Mennini, rappresentati e difesi dagli avv. Vittorio Angiolini, Marco Cuniberti, Luca Formilan e Valerio Speciale, domiciliatario in Pescara, via dei Marrucini n. 21;

Contro Ministero della Giustizia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distr.le de L'Aquila;

per il riconoscimento del diritto dei ricorrenti al trattamento retributivo loro spettante senza le decurtazioni di cui all'art. 9, comma 2, D.L. n. 78/31.03.2010, conv. in L. n. 122/30.07.2010, successivamente confermate dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 138/13.08.2011, come modificato dalla legge di conv. n. 148/14.09.2011, nonché per la condanna delle Amministrazioni resistenti al pagamento delle corrispondenti somme trattenute, con gli accessori di legge.

Visti il ricorso, gli atti di costituzione dei Ministeri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, le memorie, i relativi allegati e gli atti della causa;

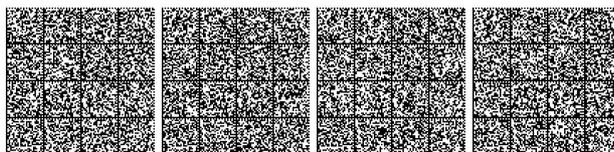
Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2012 il cons. Dino Nazzaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

i ricorrenti, magistrati ordinari in servizio presso gli Uffici giudiziari delle provincie di Chieti e Pescara, censurano le decurtazioni stipendiali stabilite con le leggi indicate in epigrafe, secondo le modalità ivi previste per il periodo 1° gennaio 2011/ 31 dicembre 2013; le stesse sono giustificate dal legislatore con richiamo all'eccezionalità della situazione economica internazionale, alla necessità della finanza pubblica e di dover contrastare la evasione fiscale.

La regola è generalizzata per i dipendenti pubblici con trattamenti economici superiori ad € 90.000,00 lordi annui (5% per la parte eccedente fino ad € 150.000,00 , 10% la ulteriore somma eccedente gli € 150.000,00) ed avrebbe come scopo la stabilizzazione finanziaria ed il rilancio della competitività economica, attraverso il contenimento della spesa pubblica.

La misura colpisce i soli dipendenti pubblici, tra cui i magistrati, anche col blocco di ogni meccanismo di adeguamento retributivo e di progressione stipendiale, con esclusione del settore privato e dei lavoratori autonomi, i quali sono esentati dal concorso economico straordinario, pur beneficiando della spesa pubblica generale.

La discriminazione é ritenuta irragionevole e lo stesso legislatore aveva divisato di superare tale ingiusta sperequazione con l'istituzione di un "contributo di solidarietà" *erga omnes*.



La preventivata abolizione della decurtazione, di cui al citato art. 9, comma 2, prevista dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 38/2011, non ha trovato l'avallo parlamentare, con conferma della normativa preesistente, addizionata di un contributo di solidarietà del 3% per la parte eccedente i redditi superiori agli € 300.000,00; la circostanza, invero, evidenzia ancor più la discriminazione per i dipendenti pubblici, sia per l'aliquota, non uniforme, sia per il livello base del reddito considerato.

La misura ha i connotati del "prelievo forzoso" e si risolve in una "tassazione aggiunta" per i dipendenti pubblici.

L'Avvocatura dello Stato, poste delle eccezioni preliminari di tipo formale e non preclusive dell'esame di merito, ricorda che non vi è alcun provvedimento da sospendere e che il danno economico sarebbe riparabile. Sul piano concreto richiama la situazione eccezionale e contingente, nonché la discrezionalità legislativa.

Alla camera di consiglio del 22 marzo 2012, stante la richiesta tutela cautelare, la causa è stata assunta in decisione a tali fini.

Il Tribunale, valutate le ragioni di diritto, ritiene prioritario l'esame delle sollevate eccezioni di costituzionalità, atteso che le previsioni normative trovano immediata e diretta applicazione, per il triennio 2011- 2013, a carico dei ricorrenti; in merito è già stata sollevata analoga questione con ordinanza n. 701/2011.

La normativa richiamata (art. 9, comma 2, D. L. n. 78/2010, conv. in L. n. 122/2010 e confermata dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 138/2001, conv in legge n. 148/2011), stante il suo automatico carattere cogente, pone una lesione patrimoniale non mediata da alcun provvedimento dell'Amministrazione, sospensibile e/o annullabile in quanto tale, venendo a dare esclusiva e decisiva rilevanza alla sollevata questione di legittimità costituzionale, in quanto la caducazione, anche parziale, dei citati articoli, determinerebbe l'accoglimento del gravame, possibile nella stessa sede cautelare, con statuizione della piena tutela giurisdizionale.

Le censure concernono l'art. 9, comma 2, D.L. n. 78/2010, quale convertito in legge n. 122/2010, e vanno estese anche all'art. 2, comma 1, D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011, che riafferma in maniera testuale ed autonoma, le stesse precedenti disposizioni le quali "continuano ad applicarsi nei termini ivi previsti", recependone integralmente il contenuto.

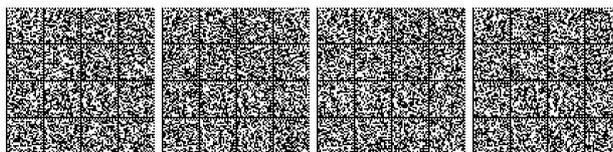
Vengono in rilievo, per la loro violazione, gli artt. 2, 3, 23, 36, 53, 97, 101, 102, 104, 107 e 108 della costituzione.

Le misure economiche stabilite *ex lege* si sostanziano in una "prestazione economica imposta" in via duratura (triennio), attuata mediante decurtazioni stipendiali mensili gravanti solo sui dipendenti pubblici, lasciando indenni sia i lavoratori privati, sia quelli autonomi che, pur beneficiando di una pari fascia retributiva, non solo sono esentati ma possono liberamente incrementare ulteriormente il proprio reddito. Ciò nonostante la *ratio legis* che è nella necessità di un concorso generalizzato al contenimento delle spese pubbliche, che inevitabilmente richiama il principio di solidarietà economica e della capacità contributiva individuale dei cittadini; le ragioni di equità sociale, infatti, possono far comprendere la scelta selettiva di livelli retributivi medio-alti, resta, però, inspiegabile la limitazione, della sfera soggettiva dei destinatari, ai dipendenti pubblici che, quali percettori di redditi fissi, notoriamente non sfuggono ad alcuna tassazione, stante la piena conoscenza degli introiti stipendiali ed il pagamento fiscale contestuale alla liquidazione mensile.

La diversa denominazione del prelievo e l'eccezionalità della situazione, per nulla di breve durata, non muta la natura del sacrificio patrimoniale, che rappresenta, per le finanze pubbliche, sempre un'entrata pecuniaria, utilizzata per finalità generali; il punto ineludibile è la parità di trattamento e la non ragionevolezza di gravose soluzioni unidirezionali e plurime su una stessa categoria (decurtazioni immediate e blocco degli adeguamenti retributivi e della normale progressione economica nel triennio) che, invero, vengono illogicamente collegate anche alla lotta all'evasione fiscale, certamente non imputabile ai percettori di un reddito fisso, tassato alla fonte.

La delicatezza della situazione economico-finanziaria nazionale ed europea può giustificare politiche di riequilibrio, ma l'intervento normativo deve rispettare i canoni di cui agli artt. 2, 3 e 53 cost, che non ammettono soluzioni arbitrarie e sbilanciate, specie se non sono circoscritte ai periodi di breve durata ed addossano l'intero sacrificio ai soli dipendenti pubblici, il cui diverso livello di retribuzione distingue la particolare qualificazione delle funzioni svolte.

Il legislatore ha imposto sacrifici economici che si risolvono in una *reformatio in peius* dell'intero trattamento economico dei dipendenti pubblici investiti di maggiori impegni e responsabilità, facendone una speciale categoria di cittadini che avrebbero una capacità contributiva oltre ogni logica equitativa, tanto è vero che lo stesso legislatore, in sede di elaborazione del D.L. n. 138/2011, ha avvertito la discriminazione perpetrata, proponendo, senza esito, la soluzione del "contributo di solidarietà" per la generalità dei contribuenti.



Volendo considerare la funzione pubblica dei ricorrenti, non può non ricordarsi come la componente economica è una costante necessaria, tesa a garantire la posizione costituzionale dell'ordine giudiziario, cui deve essere assicurata ogni forma di indipendenza, anche economica, Per ottenere autonomia, imparzialità e responsabilità nello svolgimento della funzione giurisdizionale. Tale aspetto, essenziale e connaturale all'attività del magistrato, involge, oltre all'art. 97 cost. (buon andamento degli Uffici giudiziari), gli artt. 101, 102, 104, 107, 108 cost., tutti posti a garanzia dell'istituzione e del singolo organo, sottoposto esclusivamente alla legge e chiamato ad assicurare la piena legalità, in epoca di dilagante devianza, con indipendenza da ogni possibile forma di pressione esterna.

Il magistrato, invero, viene a subire, oltre alla decurtazione (art. 9, comma 2), la privazione, senza possibilità di recupero, degli acconti economici degli anni 2011/2013, nonché del conguaglio 2010/2012; la indennità speciale (art. 3 legge n. 27/1981) viene ridotta del 15 % per l'anno 2011, del 25 % per l'anno 2012 e del 32% per l'anno 2013 (art. 9, comma 22°), rappresentando misure economiche riduttive ulteriori ed uniche nell'ambito dello stesso pubblico impiego.

La complessità ed incisività dell'intervento normativo non può non involgere l'art. 36 cost., considerato che la normativa citata viene a porre una proporzionalità a ritroso, che si risolve in una diminuzione patrimoniale, cui consegue un'aumentata capacità contributiva, 40/ attraverso le ulteriori trattenute sull'imponibile già tassato nella sua progressività, nonché in un misconoscimento della delicatezza della funzione svolta.

Il principio di proporzionalità non può essere aggirato dalla retorica linguistica di un generico prelievo forzoso che nella sua effettività si sostanzia in una diminuzione retributiva costituzionalmente sbilanciata; in realtà si è in presenza di un contributo eccezionale e straordinario che penalizza una ristretta categoria di soggetti sia per la sua durata, sia per l'entità delle trattenute. È da chiedersi: le misure adottate, estese, con la dovuta gradualità, a tutta la platea dei contribuenti, non sarebbero state più produttive, di minore incidenza e di più breve durata?

Pacatoque animo, va ricordato che ogni situazione di eccezionalità economico-finanziaria deve trovare soluzione nell'ambito dei principi sovrani di ragionevolezza, generalità, gradualità e certezza giuridica; di qui la non manifesta infondatezza dell'eccezione di costituzionalità dell'art. 9, commi 2 e 22, del D.L. n. 78/2010 (legge n. 122/2010), nonché dell'art. 2, comma 1, D.L. n. 138/2011 (legge n. 148/2011); essa, invero, si pone rilevante ed attuale, ai fini di ogni tipo di decisione, circa la domanda in punto di integrità del trattamento retributivo dei ricorrenti, che è possibile solo all'esito del giudizio di costituzionalità.

Visto l'art. 23 legge n. 87/1953 e riservata ogni decisione, si solleva l'eccezione di costituzionalità come da motivazione, con rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

P.Q.M.

Dichiara la proposta questione di costituzionalità non manifestamente infondata, rilevante ed attuale, nei termini prospettati;

Sospende il presente giudizio;

Ordina la notificazione, da parte della Segreteria del Tribunale, dell'ordinanza a tutte le parti in causa, alla Presidenza del Consiglio, al Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei deputati;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti, da parte della Segreteria del Tribunale, alla Corte costituzionale.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2012.

Il Presidente: ZUBALLI

L'estensore: NAZZARO



N. 143

Ordinanza del 2 maggio 2012 emessa dal Tribunale di Roma nei procedimenti civili riuniti promossi da Napolitano Carla e Perrella Salvatore Vittorio contro Ministero dell'istruzione, università e ricerca

Istruzione pubblica - Copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultano effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo - Conseguente successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato per il perseguimento da parte dell'Amministrazione datore di lavoro di uno scopo (il contenimento della spesa pubblica) non riconducibile ad una "finalità di politica sociale di uno Stato membro" secondo l'accezione desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - Violazione di obblighi internazionali derivanti dal diritto comunitario.

- Legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, comma 1.
- Costituzione, art. 117, primo comma, in relazione alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura integrale all'udienza del 2 maggio 2012, la seguente ordinanza nelle cause riunite in materia di lavoro, iscritte ai nn. 38419/10, 38440/10, 38449/10 e 38450/10, vertenti tra Napolitano Carla e Perrella Salvatore Vittorio, elettivamente domiciliati in Palma Campania, Via Querce n. 149, presso lo studio dell'avv. Domenico Balbi, che li rappresenta e difende per procura a margine dei ricorsi introduttivi ricorrenti e Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato in Roma, Via Luigi Pianciani 32 presso l'Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, in giudizio tramite proprio funzionario (costituito nei soli giudizi 38440/10, 38449/10 e 38450/10) resistente.

1. Con ricorso ex art. 409 c.p.c., depositato il 25 novembre 2010 (n. 38419/10), Carla Napolitano adiva questo Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, esponendo:

che ella, quale docente di scuola secondaria di II grado (classe di concorso Tecnica dei servizi ed esercitazioni pratiche di sala bar C510), aveva prestato attività, in favore del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in virtù di plurimi contratti a termine per i seguenti periodi: 1) dal 16 febbraio 2005 al 30.6.2005 presso l'IP-SAR di Castel San Pietro Terme (BO); 2) dal 6 settembre 2005 al 30 giugno 2006 presso il medesimo plesso scolastico; 3) dal 1° settembre 2006 al 30 giugno 2007 presso il medesimo plesso scolastico; 4) dal 10 gennaio 2008 al 31 agosto 2008 presso l'ISISS di Roma Via Domizia Lucilla; 5) dal 25 settembre 2008 al 31 agosto 2009 presso l'ISISS di Civitavecchia; 6) dal 1° ottobre 2009 al 31 agosto 2010 presso l'IP-SAR di Velletri [supplenze sino al termine delle attività didattiche le prime tre, poi supplenze annuali];

che le assunzioni così disposte in successione avevano avuto la funzione di sopperire ad esigenze non transitorie bensì strutturali e permanenti e che nei relativi contratti non erano state indicate le esigenze e le ragioni che avrebbero giustificato l'apposizione del termine;

che il ricorso sistematico alle assunzioni a termine, necessario per la copertura di una rilevante quota dei posti in organico, era illecito essendo in contrasto con i principi posti dalla direttiva europea 1999/70/CE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia ed attuata nell'ordinamento italiano mediante il d.lgs. n. 368/01.

Ciò esposto, la ricorrente, sulla base di articolate considerazioni in diritto, domandava accertarsi l'illegittimità delle clausole di apposizione del termine contenute nei contratti suddetti e condannarsi l'Amministrazione, in via principale, a convertire il rapporto in uno a tempo indeterminato a far data dalla stipula del primo contratto nonché a corrisponderle le conseguenti differenze retributive, ovvero, in subordine, a risarcirle il danno cagionato in misura proporzionata ed efficacemente dissuasiva.

Instaurato ritualmente il contraddittorio, l'Amministrazione scolastica restava contumace.

2. Con ricorso coevo, contestualmente depositato (n. 38450/10), Napolitano, richiamata l'esistenza dei medesimi contratti come sopra caratterizzati, osservava che il suo trattamento economico, al pari di quello di tutto il personale precario, era rimasto sempre quello del livello iniziale e che ciò costituiva una violazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, sancito dalla medesima direttiva europea.



Conseguentemente, la ricorrente, previa specifica argomentazione in diritto, domandava accertarsi il suo diritto alla progressione professionale retributiva e condannarsi l'Amministrazione a corrisponderle le differenze stipendiali maturate in ragione dell'anzianità di servizio.

Nel giudizio così instaurato si costituiva in giudizio, ex art. 417-bis c.p.c., l'Amministrazione, controdeducendo in diritto ed instando per la reiezione della domanda.

3. Identiche domande, identicamente argomentate, erano proposte dal docente Salvatore Vittorio Perrella, con ricorsi coevi e contestualmente depositati (nn. 38440/10 e 38449/10).

Perrella esponeva, in punto di fatto, di aver insegnato, sempre in virtù di contratti a termine e per la stessa classe di concorso C510, nei seguenti periodi: 1) dal 1.9.2003 al 31.8.2004 presso l'IPSAR di Montesarchio (BN); 2) dal 15.9.2005 al 31.8.2005 presso il medesimo plesso scolastico e presso l'IPSAR di Fiumicino; 3) dal 27.9.2005 al 31.8.2006 presso quest'ultimo plesso scolastico; 4) dal 15.9.2006 al 31.8.2007 presso quest'ultimo plesso scolastico; 5) dall'11.9.2007 al 31.8.2008 presso quest'ultimo plesso scolastico; 6) dal 29.9.2008 al 31.8.2009 presso quest'ultimo plesso scolastico; 7) dal 21.9.2009 al 31.8.2010 presso l'IPSAR di Velletri [tutte supplenze annuali].

L'amministrazione si costituiva in resistenza in entrambi i giudizi.

4. All'udienza dell'8 novembre 2011, le cause erano riunite per connessione soggettiva ed oggettiva

All'udienza odierna, all'esito della discussione, il giudice pronunciava e dava lettura della presente ordinanza di promovimento di questione di legittimità costituzionale.

1. La disciplina legislativa delle assunzioni a tempo determinato nel settore (pubblico) della scuola si rinviene tuttora nell'art. 4 legge n. 124/99, che recita testualmente:

«1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.

4-5. (...)

6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico [approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297], come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge [graduatorie poi divenute ad esaurimento per effetto dell'art. 1 comma 605 lett. c) legge n. 296/06].

7-10. (...)

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'articolo 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto "Scuola" pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'articolo 554 del testo unico.

(...)» .

Di recente, il legislatore è intervenuto su tale corpo normativo, aggiungendovi - con l'art. 1, comma 1, D.L. 134/09, conv. in L. 167/09 - il comma 14-bis, per affermare espressamente:

«14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni».

Il citato art. 1, comma 605, lett. c), L. 296/06 contempla, tra l'altro, distinti piani triennali per l'assunzione a tempo indeterminato, per gli anni 2007-2009, di personale, docente e non docente, nei rispettivi contingenti di 150.000



e 20.000 unità, da verificare annualmente nella loro fattibilità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente.

Il medesimo art. 1 D.L. 134/09 cit., come sopra convertito, prevede ancora, al comma seguente:

“2. Tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n.124, e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n.297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009 o che abbia conseguito nel medesimo anno scolastico, attraverso le graduatorie di istituto, una supplenza di almeno centottanta giorni, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo”.

Ancor più recentemente, il legislatore ha emanato le disposizioni contenute nell'art. 9 D.L. 70/11, conv. in legge n. 106/11, su cui, per la parte rilevante, si dirà *infra sub 3*.

2. Nel nostro ordinamento il d.lgs. 368/01, come integrato dalla L. 247/07, rappresenta viceversa un apparato di regole che - per dare specifica attuazione alla direttiva europea 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (su cui *infra*) - mira ad evitare l'abusivo ricorso al contratto a termine. Tra tali regole quella (art. 5) che impone la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato nel caso in cui una nuova assunzione sia effettuata, senza soluzione di continuità, al termine di un primo rapporto, e quella che fissa nel termine massimo di trentasei mesi il periodo durante il quale il medesimo lavoratore possa essere impiegato in virtù di contratti a termine.

La disciplina del contratto a termine, posta dal d.lgs. 368/2001, deve ritenersi di massima applicabile anche ai rapporti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

L'art. 36 d.lgs. n. 165/01 infatti, al comma 1, ribadisce, sotto il profilo delle esigenze di personale, il principio già enunciato dal d.lgs. n. 368/01, secondo cui, di norma, il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato. Al successivo comma 2 esso indica, più restrittivamente anzi che per il settore privato, le circostanze in cui può farsi ricorso ad assunzioni a termine (“Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possano avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti!).

Esiste - peraltro - l'importante differenza secondo cui, in caso di violazione delle norme imperative in materia, non è possibile la conversione in un rapporto di impiego pubblico, secondo quanto espressamente prevede l'art. 36 cit., comma 5 (nel testo da ultimo risultante per effetto delle modifiche apportate dal D.L. 78/09 conv. in L. 102/09); fermo il risarcimento del danno.

Il legislatore ha quindi fatto espresso riferimento alla disciplina privatistica la quale, salvo le singole disposizioni speciali per il pubblico impiego sopra evidenziate, costituisce la normativa generale per tutti i lavoratori, a prescindere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro.

3. Se così è in linea di massima, il sistema scolastico pubblico sfugge a tale assimilazione.

L'art. 70 comma 8 d.lgs. 165/01 (“Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni” afferma bensì, in linea generale, che le disposizioni generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche valgono anche per il personale della scuola, ma stabilisce espressamente che per tale settore continuano ad aver vigore le norme speciali sul reclutamento, che derogano ampiamente alla norma posta dal precedente art. 36, recante la disciplina speciale in materia di rapporti di lavoro “flessibili” nel pubblico impiego, e a fortiori derogano all'impianto del d.lgs. 368/01.

Nei termini sopra ricostruiti, il sistema di reclutamento del personale scolastico risulta in sé compiuto, specifico e doppiamente speciale, sia rispetto al sistema delle assunzioni alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni diverse



dalla scuola pubblica, sia rispetto alla normativa comune sui contratti a termine (altrimenti applicabili in via di principio a tutti i lavoratori, e quindi, residualmente, anche ai lavoratori pubblici).

La disciplina di settore riguardante la scuola pubblica ha dunque natura chiusa e speciale, non presenta “lacune” logico-normative bisognose di essere colmate e non tollera “integrazioni” per via ermeneutica da parte di fonti più generali.

Tale conclusione, che poteva essere attinta anche antecedentemente alla sua emanazione, è ora definitivamente avallata - a mo' d'interpretazione autentica - dall'art. 9 D.L. 70/11 conv. in L. 106/11, cui si faceva sopra riferimento, che, col comma 18, ha aggiunto, all'art. 10 del d.lgs. n. 368/01, un comma 4-bis del seguente tenore:

“4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto”.

Lo stesso art. 9 D.L. 70/11 cit. prevede, per quel che qui rileva, al comma 17, l'adozione di un “piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato, di personale docente, educativo ed ATA, per gli anni 2011-2013, sulla base dei posti vacanti e disponibili in ciascun anno, delle relative cessazioni del predetto personale” e degli effetti del processo di rimodulazione delle dotazioni organiche previsto dall'articolo 64 D.L. 112/08 conv. in L. 133/08; ciò con l'obiettivo di garantire continuità nella erogazione del servizio scolastico ed educativo e conferire il maggiore possibile grado di certezza nella pianificazione degli organici della scuola, nel rispetto degli obiettivi programmati di finanza pubblica e salvo il criterio di invarianza finanziaria.

Che si sia di fronte ad un intervento legislativo d'interpretazione autentica, ancorché non espressa con la relativa formula sacramentale, appare indubitabile. La volontà del legislatore non è, palesemente, quella d'innovare l'assetto previgente delle assunzioni nella scuola pubblica, ma quello di operare - a fronte di oscillazioni giurisprudenziali sul punto - una ricognizione “autoritativa” della materia.

4. Le disposizioni di settore sopra citate, prevalenti sulla disciplina comune, non contengono prescrizioni effettive, volte a circoscrivere le ragioni poste a sostegno della clausola di apposizione del termine, né a limitare le proroghe e le assunzioni successive.

In base alla normativa speciale sulla scuola, pertanto, è lecito, ed anzi doveroso per le autorità scolastiche, sulla base delle graduatorie - al fine di coprire posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico (supplenze annuali o su organico di diritto), ovvero posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico o su organico di fatto), o ancora posti scoperti per ogni altra contingente ragione (supplenze meramente temporanee) - assumere un medesimo lavoratore, siccome collocato in una determinata posizione in graduatoria, ripetutamente da un anno all'altro, senza soluzione di continuità, senza l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine, per il solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, ossia in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi.

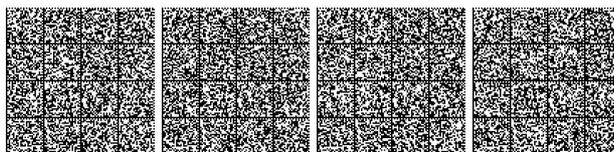
In tal modo un lavoratore potrebbe, senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore, trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale “supplente annuale” o quale “supplente temporaneo”.

Ciò è tanto vero che il legislatore del 2009 e del 2011 si è prefisso l'obiettivo di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, ben consapevole che esiste un rilevantissimo numero di personale scolastico precario impiegato tuttavia, continuativamente e di fatto, da molto tempo, e dunque sostanzialmente necessario per soddisfare esigenze stabili e consolidate dell'Amministrazione.

Per il settore (pubblico) della scuola non vale pertanto - in base al diritto interno - alcuna delle norme limitative dettate al fine di dare attuazione alla citata direttiva europea del 1999.

5. Tale conclusione non è ammissibile proprio alla luce del diritto dell'Unione europea, che fissa puntuali condizioni affinché siano tutelati gli interessi ed i diritti dei lavoratori a termine.

5.1 L'accordo quadro CES, UNICE e CEEP 28.6.1999 sul lavoro a tempo determinato, cui ha dato attuazione la Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28.6.1999, stabilisce il principio che gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire ed a sanzionare l'abuso nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.



Come risulta dalla clausola 1, lett. *b*), dell'accordo quadro medesimo, suo obiettivo essenziale è, infatti, proprio quello di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

La clausola 5, punto 1, a tal fine stabilisce: "Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri [...] dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze di settori e/ o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: *a*) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; *b*) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; *c*) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti".

5.2 È da dire, subito, che l'applicabilità della direttiva europea a tutti i lavoratori indistintamente, pubblici e privati, è affermata senza equivoci dalla Corte di Giustizia medesima (sentenza 4.7.2006, causa C-212/04, Adeneler).

5.3 In ordine alle misure previste sub *b*) e *c*) della clausola 5, (durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, numero dei loro rinnovi) appare evidente l'assenza della loro previsione nella disciplina interna relativa al reclutamento del personale scolastico a tempo determinato (*cf.*: Tribunale Trento, sezione lavoro, ordinanza 27.9.2011, di rimessione di analoga questione di legittimità costituzionale).

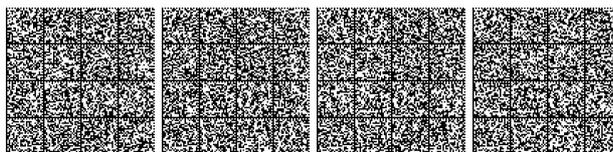
5.4 In ordine alla misura prevista sub *a*) della clausola 5 (esistenza di "ragioni obiettive" che giustifichino il rinnovo dei rapporti a tempo determinato successivi), la Corte di giustizia ha precisato (sentenza Adeneler cit.; sentenza 23.4.2009, in cause riunite C-378/07 e 380/07, Angelidaki ed altri) che " (...) La nozione di «ragioni oggettive» dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in un simile contesto particolare, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione". "Dette circostanze" - prosegue la Corte di Lussemburgo - "possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (...) Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, non soddisferebbe i criteri precisati al punto precedente (...)».

Ora appare evidente, quanto meno per le supplenze annuali disposte in esecuzione dell'art. 4 comma 1 legge n. 124/1999 [che in questo giudizio riguardano entrambi i ricorrenti], che dette supplenze vengano conferite per far fronte a stabili vacanze di organico, determinate dal fatto che il numero delle unità del personale in ruolo è inferiore a quello dei posti previsti nell'organico medesimo. Qualora venisse apprestata una dotazione di personale effettivamente corrispondente alle posizioni in organico, le variazioni in aumento della domanda di prestazioni lavorative sul territorio, dovute alle annuali modificazioni della popolazione scolastica, potrebbero essere fronteggiate con un ricorso a forme contrattuali flessibili meramente residuale (Trib. Trento 27.9.2011, cit.).

E' innegabile che ciò comporterebbe un possibile aggravio per la spesa pubblica, tenuto conto del rischio di possibili variazioni in diminuzione di quello stesso fabbisogno di lavoratori (per calo demografico degli studenti, o comunque per ridimensionamento, anche rispetto solo a talune aree del territorio nazionale, a qualsiasi ragione dovuto, delle iscrizioni o, all'opposto, dell'offerta formativa) e del conseguente sovradimensionamento (oneroso) dell'organico.

Alla scelta del legislatore - di consentire all'Amministrazione scolastica di procedere alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento effettivamente vacanti e disponibili mediante il conferimento di supplenze anche annuali, anziché attraverso assunzioni in ruolo a tempo indeterminato - è sottesa dunque, unicamente, la necessità di contenere la spesa pubblica (onde scongiurare a priori la possibilità di docenti di ruolo "sopranumerari", ossia in esubero rispetto alle effettive esigenze del servizio scolastico).

Certamente la razionalizzazione, il controllo e la riduzione della spesa pubblica costituiscono interessi generali collegati ai principi costituzionali di rispetto degli equilibri di bilancio e di buon andamento dell'azione amministrativa (ex artt. 81 e 97 Cost.). E, tuttavia, siffatte esigenze di natura economica, proprio per la loro tendenziale generalità, non caratterizzano in modo particolare il servizio scolastico, che richiede di essere gestito secondo criteri di economicità ed efficienza -mediante un'efficace e tempestiva programmazione del fabbisogno scolastico, un'accorta gestione del turt-over di personale, un pronto ricorso alle procedure di mobilità, tutti meccanismi in grado di contenere gli oneri e garantire oculatezza di gestione -, alla pari di ogni altro servizio pubblico; e le indubbie peculiarità del settore scolastico non appaiono tali da giustificare la totale obliterazione dei principi della legislazione europea in materia di contratti a tempo determinato.



Tanto più se si considera che l'applicazione di questi ultimi principi inevitabilmente si riflette, aumentandolo, sul costo del lavoro, ricadente su qualunque datore (incluso, come visto, quello pubblico) destinatario della normativa restrittiva; e come tale limitato, a tutela dei maggiori valori della dignità e libertà del lavoro, nella sua autonomia negoziale in ordine alla conformazione della durata dei rapporti e pertanto chiamato a sopportare i connessi prevedibili oneri aggiuntivi.

Né l'interesse di contenimento di quel costo, di "risparmio", è di per sé riconducibile a quella finalità di politica sociale, il cui perseguimento solo consente, secondo la Corte di giustizia, l'utilizzo di contratti a tempo determinato in successione.

L'impegno preso dal legislatore, nel 2009 e nel 2011, d'implementare le assunzioni di ruolo, mediante piani triennali da adottare "all'esito di specifica sessione negoziale", non sembra tale da giustificare - in via transitoria - la disapplicazione della direttiva, giacché trattasi di vincolo meramente programmatico, la cui attuazione è resa incerta dall'espressa clausola di compatibilità con i saldi di finanza pubblica, e che comunque non assicura, in tempi ragionevolmente prevedibili, la riconduzione del precariato scolastico entro la cornice imposta dalla direttiva europea.

5.5 Da ultimo occorre, sul punto, ricordare che l'accordo quadro, al n. 10 del "considerando", facendo salva la possibilità che ciascuno Stato tenga conto di "circostanze relative a particolari settori ed occupazioni", lascia - è vero - margini per discipline ragionevolmente derogatorie rispetto ai suoi stessi principi, se giustificate da effettive peculiarità. Alle quali sembra richiamarsi il legislatore italiano con i più recenti interventi legislativi, lì dove il peculiare assetto derogatorio viene appunto fondato sulla necessità di "garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo".

La Corte di Giustizia UE, nella sentenza 7.9.2006, causa C-53/04, Marrosu, ha tuttavia precisato che la citata clausola 5, punto 1, impone - comunque - agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico almeno una delle misure elencate nel detto punto 1, lett. a)-c), qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti, volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La stessa sentenza aggiunge che la facoltà di tenere in considerazione le particolari anzidette esigenze può, viceversa, legittimare, nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali, reazioni sanzionatorie adeguatamente modulate e distinte per settori attività e/ categorie di lavoratori, senza pregiudizio per la loro efficacia, come appresso si dirà.

5.6 In conclusione, l'indiscriminato e reiterato rinnovo di contratti a tempo determinato risulta, in subiecta materia, certamente difforme dal diritto europeo. Palese appare il contrasto tra quest'ultimo e la nostra disciplina interna del reclutamento del personale scolastico a tempo determinato.

6. Il contrasto tra tale normativa europea e la legislazione italiana sul lavoro precario nella scuola pubblica non può essere risolto - re melius perpensa - mediante la disapplicazione della fonte interna incompatibile, nella misura che appaia indispensabile per risolvere l'antinomia.

I rapporti tra le fonti dell'Unione europea e le fonti interne sono da tempo ordinati dalla giurisprudenza costituzionale grazie ad una lettura dell'art. 11 Cost. capace di dare un significato concreto alle "aperture" sovranazionali che la norma consente al legislatore ordinario. Sin dalla sentenza n. 170 del 1984 la Corte Costituzionale ha adottato la teoria della separazione/ coordinamento di due ordinamenti che rimangono formalmente distinti, giungendo, sia pure sulla base di diversi fondamenti teorici, alle medesime conclusioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla supremazia del diritto dell'Unione europea sul diritto interno ed al suo corollario della efficacia diretta delle fonti UE direttamente applicabili.

È dunque del tutto incontrovertito che, in presenza di disposizioni interne irrimediabilmente incompatibili con fonti dell'Unione dotate di diretta efficacia, che si tratti di diritto scritto (disposizioni del Trattato, regolamenti, Carta dei diritti fondamentali) o di fonti non scritte (principi generali del diritto), è compito del giudice (nonché, a monte, dell'amministrazione), procedere alla disapplicazione (o non applicazione) delle prime al fine di dare applicazione all'unica norma che regola la fattispecie, quella dell'Unione.

Quanto alle direttive, esse, pur concepite dai redattori del Trattato come una sorta di "legge-quadro", per definizione in debito di un compiuto intervento di dettaglio da parte degli Stati membri, contengono sovente una disciplina (quantomeno parzialmente) dettagliata di determinate materie. Tale prassi (legittimata dalla Corte di Giustizia UE: *cf.* sentenza 23.11.1977, causa 38/77, Enka) è dovuta all'esigenza di evitare che l'armonizzazione delle discipline nazionali, sede elettiva per il ricorso alle direttive medesime da parte del legislatore europeo, possa essere resa inefficace a causa dell'eccessiva latitudine dell'intervento attuativo riconosciuto agli Stati membri, in particolare qualora detta attività si sia indirizzata verso la disciplina di fenomeni giuridici tipicamente privatistici: di conseguenza, pur se destinate formalmente agli Stati membri, le direttive includono disposizioni che nella sostanza disciplinano, anche in maniera esclusiva, rapporti interindividuali (come, tipicamente, nella materia del lavoro).



Se il testo del Trattato non attribuisce alle direttive la qualifica di atti “direttamente applicabili”, riservata dall’art. 288 TFUE ai regolamenti, è un dato consolidato che le prime siano in grado di produrre “effetti diretti”, potendo essere invocate in giudizio dai privati “per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti di uno Stato” (sentenza Corte di Giustizia 19.1.1982, causa 8/81, Becker c.d. effetti verticali).

Ciò avviene, però, nel rispetto, ineludibile, di due condizioni: è necessario, da un lato, che le disposizioni contenute in una direttiva risultino, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise; dall’altro, che lo Stato membro in questione non abbia adottato, entro il termine indicato dalla direttiva stessa, le necessarie disposizioni di attuazione, ovvero che detta attività si sia svolta in maniera non corretta (*cf.*, ex pluribus, la sentenza Corte di Giustizia 5.10.2004, cause riunite da C-397/01 a C403/01, Pfeiffer, in cui si legge che “risulta da una costante giurisprudenza della Corte che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva sia che l’abbia recepita in modo non corretto”).

Le disposizioni di una direttiva hanno dunque, nella ricostruzione operata dalla Corte di giustizia, la capacità di operare come precetto normativo che, in mancanza di (corrette) norme interne di attuazione, si pone come regola della singola fattispecie. La circostanza che detto rimedio sia inteso come “reazione” ad un inadempimento da parte dello Stato membro non esclude che la direttiva operi come fonte autonoma di diritto, la quale - situandosi in un livello, nella gerarchia delle fonti, superiore alle norme interne - prevale, all’occorrenza, su norme interne incompatibili, anche di rango legislativo. Ciò avviene, è il caso di precisarlo, anche qualora le direttive siano invocate in giudizio in rapporti di contenuto privatistico, purché sempre nei confronti di un ente pur indirettamente riconducibile alla definizione di “Stato” accolta in questo contesto dalla Corte di giustizia (ad esempio, un’impresa pubblica: *cf.* sentenza 12.7.1990, causa C188/89, Foster).

La Corte di giustizia ha invece ripetutamente escluso (*cf.* sentenze 26.9.1996, causa C-168/95, Arcaro; 7.1.2004, causa C-201/02, Wells) che le direttive, nonostante il loro carattere di “completezza”, siano capaci di produrre effetti diretti “orizzontali” (ossia nei rapporti tra privati), né che siano invocabili dal potere pubblico nei confronti del privato (c.d. “effetti verticali inversi”); soccorrendo tuttavia in tali casi - di direttive non autoapplicative, o rilevanti in rapporti non direttamente verticali, ma pur sempre, per definizione, incidenti nel sistema “integrato” delle fonti, in quanto contenenti norme che godono di una posizione di primauté rispetto a quelle nazionali - il rimedio dell’interpretazione conforme (sentenza Pfeiffer citata) ovvero quello, residuale, della responsabilità patrimoniale dello Stato inadempiente (sentenza 25.2.1999, causa C-131/97, Carbonara) .

Orbene, nella fattispecie di causa non ricorrono i requisiti perché la direttiva europea in discorso spieghi effetti diretti. La Corte di giustizia ha infatti statuito (sentenze 15.4.2008, causa C-268/2006, Impact; Angelidaki e altri, cit.) che la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale in quanto, ai sensi di tale disposizione, rientra nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere, al fine di prevenire l’utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o, ancora, a norme equivalenti in vigore, purché essi tengano conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori; nel contempo non è possibile determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù di suddetta clausola.

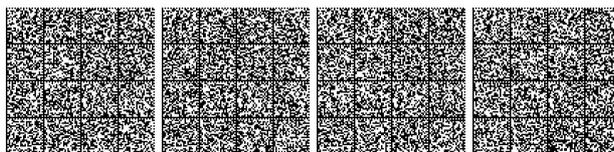
7. Si è dunque a cospetto di un contrasto tra la normativa interna e una fonte europea priva di effetto diretto.

La Corte di giustizia insegna che il contrasto va composto, se possibile, in via interpretativa.

Il giudice nazionale, nell’applicare il diritto interno, “deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultima (...)” (sentenze 10.4.1984, causa C14/83, Von Colson Kamann; 13.11.1990, causa C-106/89, Marleasing; 14.7.1994, causa C-91/92, Faccini Dori; 23.2.1999, causa C-63/97, BMW; Pfeiffer ed altri, citata).

“Il principio di interpretazione conforme richiede (...) che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest’ultima” (Pfeiffer e altri, Adeneler ed altri, citate).

Tuttavia “l’obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell’interpretazione e nell’applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale” (sentenze 8.10.1987, causa C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen; 16.6.2005, causa C-105/03, Pupino; Adeneler e altri, citata; Impact, citata).



Nella specie, il contrasto non è rimediabile in via ermeneutica, stante il carattere chiuso e in sé esaustivo della normativa di settore da cui origina, e l'inequivoca volontà legislativa - da ultimo ribadita con l'art. 9 D.L. 70/11 conv. in L. 106/11 - di mettere siffatta normativa al riparo da ogni "contaminazione" con regole e principi di genesi o derivazione europea.

8. Se così è, la disciplina vincolante per il giudice resta quella interna, salvo il potere/dovere del medesimo di provocare su di essa il controllo della Corte costituzionale.

È pacifico infatti, nella giurisprudenza di quest'ultima, che le direttive comunitarie fungano da norme interposte, atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della legislazione interna, nazionale e regionale, al precepto di cui all'art. 117 primo comma Cost. (secondo cui "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario...").

La violazione della direttiva 1999/70/CE, alla cui illustrazione è dedicata la narrativa che precede, ridonda pertanto in vizio di legittimità costituzionale della fonte interna.

Quest'ultima va identificata, precisamente, nell'art. 4 comma 1 L. 124/99, nella parte in cui la disposizione consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi.

In questi termini deve sollevarsi, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale.

9. Trattasi di questione rilevante per l'esito del processo in corso, giacché entrambi i ricorrenti risultano assunti con contratti in successione (e tali devono reputarsi anche i contratti che si ripetono nel tempo con intervalli ridotti: *cf.* ordinanza Corte di Giustizia 12.6.2008, causa C- 364/07, Vassilakis), stipulati anche ai sensi dell'art. 4 comma 1 L. 124/99, per una durata complessiva di oltre trentasei mesi, e ciò in difetto di specifiche, valide ed applicabili indicazioni su durata massima dei contratti o rapporti e numero dei loro rinnovi ed in assenza di ragioni giustificatrici obiettive (che non possono risolversi in esigenze permanenti del datore di lavoro, in fabbisogni tendenzialmente immutabili o dalla durata non preventivabile).

Tali assunzioni, allo stato conformi al diritto interno, muterebbero la loro qualificazione nel caso d'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, essendo l'intervento del giudice delle leggi qui indispensabile perché il settore (pubblico) scolastico italiano possa trovarsi a rispettare il principio ispiratore, espresso al n. 6 del "considerando" dell'accordo quadro, secondo cui "i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento".

È il caso di anticipare che, secondo quanto sopra accennato, l'illegittima apposizione del termine non potrebbe comportare, nel nostro ordinamento, la costituzione con una pubblica amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato, ostandovi il disposto dell'art. 36 D. Lgs. 165/01 (e, segnatamente per il settore scolastico, dell'art. 4, comma 14-bis, L. 124/99).

Tuttavia, la pronuncia di accoglimento della Corte Costituzionale schiuderebbe le porte alla domanda di risarcimento dei danni, proposta da entrambi i ricorrenti in via subordinata rispetto alla richiesta conversione (e comunque logicamente pregiudiziale, rispetto alla domanda di mero allineamento stipendiale contenuta nel secondo dei ricorsi da ciascuno di essi proposto).

Con la citata sentenza Adeneler, la Corte di Giustizia UE ha del resto chiarito che la sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato non è l'unico possibile mezzo di tutela che uno Stato membro può approntare per assicurare il raggiungimento degli obiettivi posti dalla direttiva; che è pur necessaria l'adozione di misure dirette a prevenire e contrastare l'utilizzazione abusiva di contratti a termine in successione; che ciascuno Stato può dunque escludere l'effetto della conversione, purché adotti misure concrete, proporzionate ed effettive, volte a contrastare il fenomeno dell'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.

Misure che, dunque, ben possono risolversi - lo si indica qui sin d'ora, al solo scopo di consentire alla Corte adita un'esaustiva delibazione in punto di rilevanza - nel risarcimento dei danni previsto dall'art. 36 d.lgs. 165/01, modulato in modo che al lavoratore della scuola, che sia stato illegittimamente assunto a termine e che non possa vedere accertata la natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, sia riconosciuto un quantum che insieme rappresenti adeguato ristoro del danno costituito dalla impossibilità di fruire di un'occupazione stabile alle dipendenze della pubblica amministrazione, possibilità invece attribuita ai dipendenti di aziende private assunti a termine illegittimamente, e contemporaneamente costituisca una valida misura dissuasiva contro l'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.



P.Q.M.

Non definitivamente pronunciando:

dichiara rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale, che d'ufficio solleva, dell'art. 4 comma 1 legge n. 124/99, nella parte in cui la disposizione consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, e ciò per contrasto con l'art. 117 primo comma Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP su lavoro a tempo determinato, alla quale ha dato attuazione la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999;

dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

sospende il processo in corso;

dispone che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza, pronunciata e letta in udienza, sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma il 2 maggio 2012

Il Giudice: CENTOFANTI

12C0267

N. 144

Ordinanza del 2 maggio 2012 emessa dal Tribunale di Roma nel procedimento civile promosso da Romano Gaetano contro Ministero dell'istruzione, università e ricerca

Istruzione pubblica - Copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultano effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo - Conseguente successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato per il perseguimento da parte dell'Amministrazione datore di lavoro di uno scopo (il contenimento della spesa pubblica) non riconducibile ad una "finalità di politica sociale di uno Stato membro" secondo l'accezione desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia - Violazione di obblighi internazionali derivanti dal diritto comunitario.

- Legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, commi 1 e 11.
- Costituzione, art. 117, primo comma, in relazione alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura integrale all'udienza del 2 maggio 2012, la seguente ordinanza nella causa in materia di lavoro, iscritta al n. 38445/10, vertente tra Romano Gaetano, elettivamente domiciliato in Palma Campania, via Querce 149, presso lo studio dell'avv. Domenico Balbi, che lo rappresenta e difende per procura a margine del ricorso introduttivo ricorrente e Ministero dell'istruzione, università e ricerca, in persona del legale rappresentante pro-tempore, domiciliato in Roma, via Luigi Pianciani 32 presso l'Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, in giudizio tramite proprio funzionario resistente.

Con ricorso ex art. 409 c.p.c., depositato il 25 novembre 2010, Gaetano Romano adiva questo Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, esponendo:

che egli, quale collaboratore scolastico (ruolo *ATA*), aveva prestato attività, in favore del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in virtù di plurimi contratti a termine per i seguenti periodi: 1) dal 20 settembre 2007 al 31 agosto 2008 presso la Direzione didattica statale di Odenzo (TV); 2) dall'8 settembre 2008 al 31 agosto



2009 presso l'Istituto Comprensivo G. Pallavicini di Roma; 3) dal 18 settembre 2009 al 30 giugno 2010 presso l'Istituto Comprensivo La Giustiniana di Roma; 4) dall'11 settembre 2010 al 30 giugno 2011 presso il Liceo Artistico A. Caravillani di Roma (supplenze annuali le prime due, poi supplenze sino al termine delle attività didattiche);

che le assunzioni così disposte in successione avevano avuto la funzione di sopperire ad esigenze non transitorie bensì strutturali e permanenti e che nei relativi contratti non erano state indicate le esigenze e le ragioni che avrebbero giustificato l'apposizione del termine;

che il ricorso sistematico alle assunzioni a termine, necessario per la copertura di una rilevante quota dei posti in organico, era illecito essendo in contrasto con i principi posti dalla direttiva europea 1999/70/CE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia ed attuata nell'ordinamento italiano mediante il d.lgs. 368/01.

Ciò esposto, il ricorrente, sulla base di articolate considerazioni in diritto, domandava accertarsi l'illegittimità delle clausole di apposizione del termine contenute nei contratti suddetti e condannarsi l'Amministrazione, in via principale, a convertire il rapporto in uno a tempo indeterminato a far data dalla stipula del primo contratto nonché a corrispondergli le conseguenti differenze retributive, ovvero, in subordine, a risarcirgli il danno cagionato in misura proporzionata ed efficacemente dissuasiva.

Instaurato ritualmente il contraddittorio, si costituiva in giudizio, ex art. 417-bis c.p.c., l'Amministrazione, controdeducendo in diritto ed instando per la reiezione della domanda.

All'udienza odierna, all'esito della discussione, il giudice pronunciava e dava lettura della presente ordinanza di promovimento di questione di legittimità costituzionale.

1. La disciplina legislativa delle assunzioni a tempo determinato nel settore (pubblico) della scuola si rinviene tuttora nell'art. 4 L. 124/99, che recita testualmente:

«1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.

4-5. (...)

6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico (approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297), come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge (graduatorie poi divenute ad esaurimento per effetto dell'art. 1, comma 605, lett. c, L. 296/06).

7-10. (...)

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'art. 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto "Scuola", pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'art. 554 del testo unico.

(...)

Di recente, il legislatore è intervenuto su tale corpo normativo, aggiungendovi - con l'art. 1, comma 1, D.L. 134/09, conv. in L. 167/09 - il comma 14-bis, per affermare espressamente:

«14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'art. 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni».



Il citato art. 1, comma 605, lett. c), L. 296/06 contempla, tra l'altro, distinti piani triennali per l'assunzione a tempo indeterminato, per gli anni 2007-2009, di personale, docente e non docente, nei rispettivi contingenti di 150.000 e 20.000 unità, da verificare annualmente nella loro fattibilità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale.

Il medesimo art. 1 D.L. 134/09 cit., come sopra convertito, prevede ancora, al comma seguente:

«2. Tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n. 124, e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'art. 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009 o che abbia conseguito nel medesimo anno scolastico, attraverso le graduatorie di istituto, una supplenza di almeno centottanta giorni, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo».

Ancor più recentemente, il legislatore ha emanato le disposizioni contenute nell'art. 9 D.L. 70/11, conv. in L. 106/11, su cui, per la parte rilevante, si dirà *infra* sub 3.

2. Nel nostro ordinamento il d.lgs. 368/01, come integrato dalla L. 247/07, rappresenta viceversa un apparato di regole che - per dare specifica attuazione alla direttiva europea 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (su cui *infra*) - mira ad evitare l'abusivo ricorso al contratto a termine. Tra tali regole quella (art. 5) che impone la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato nel caso in cui una nuova assunzione sia effettuata, senza soluzione di continuità, al termine di un primo rapporto, e quella che fissa nel termine massimo di trentasei mesi il periodo durante il quale il medesimo lavoratore possa essere impiegato in virtù di contratti a termine.

La disciplina del contratto a termine, posta dal d.lgs. 368/2001, deve ritenersi di massima applicabile anche ai rapporti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

L'art. 36 d.lgs. 165/01 infatti, al comma 1, ribadisce, sotto il profilo delle esigenze di personale, il principio già enunciato dal d.lgs. 368/01, secondo cui, di norma, il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato. Al successivo comma 2 esso indica, più restrittivamente anzi che per il settore privato, le circostanze in cui può farsi ricorso ad assunzioni a termine («Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possano avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti»).

Esiste - peraltro - l'importante differenza secondo cui, in caso di violazione delle norme imperative in materia, non è possibile la conversione in un rapporto di impiego pubblico, secondo quanto espressamente prevede l'art. 36 cit., comma 5 (nel testo da ultimo risultante per effetto delle modifiche apportate dal D.L. 78/09 conv. in L. 102/09); fermo il risarcimento del danno.

Il legislatore ha quindi fatto espresso riferimento alla disciplina privatistica la quale, salvo le singole disposizioni speciali per il pubblico impiego sopra evidenziate, costituisce la normativa generale per tutti i lavoratori, a prescindere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro.

3. Se così è in linea di massima, il sistema scolastico pubblico sfugge a tale assimilazione.

L'art. 70 comma 8 d.lgs. 165/01 («Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'art. 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni») afferma bensì, in linea generale, che le disposizioni generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche valgono anche per il personale della scuola, ma stabilisce espressamente che per tale settore continuano ad aver vigore le norme speciali sul reclutamento, che derogano ampiamente alla norma posta dal precedente art. 36, recante la disciplina speciale in materia di rapporti di lavoro "flessibili" nel pubblico impiego, e *a fortiori* derogano all'impianto del d.lgs. 368/01.



Nei termini sopra ricostruiti, il sistema di reclutamento del personale scolastico risulta in sé compiuto, specifico e doppiamente speciale, sia rispetto al sistema delle assunzioni alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni diverse dalla scuola pubblica, sia rispetto alla normativa comune sui contratti a termine (altrimenti applicabili in via di principio a tutti i lavoratori, e quindi, residualmente, anche ai lavoratori pubblici).

La disciplina di settore riguardante la scuola pubblica ha dunque natura chiusa e speciale, non presenta «lacune» logico-normative bisognose di essere colmate e non tollera «integrazioni» per via ermeneutica da parte di fonti più generali.

Tale conclusione, che poteva essere attinta anche antecedentemente alla sua emanazione, è ora definitivamente avallata - a mo' d'interpretazione autentica - dall'art. 9 D.L. 70/11 conv. in L. 106/11, cui si faceva sopra riferimento, che, col comma 18, ha aggiunto, all'art. 10 del d.lgs. 368/01, un comma 4-*bis* del seguente tenore:

«4-*bis*. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'art. 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'art. 4, comma 14-*bis*, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'art. 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'art. 5, comma 4-*bis*, del presente decreto».

Lo stesso art. 9 D.L. 70/11 cit. prevede, per quel che qui rileva, al comma 17, l'adozione di un "piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato, di personale docente, educativo ed ATA, per gli anni 2011-2013, sulla base dei posti vacanti e disponibili in ciascun anno, delle relative cessazioni del predetto personale" e degli effetti del processo di rimodulazione delle dotazioni organiche previsto dall'art. 64 D.L. 112/08 conv. in L. 133/08; ciò con l'obiettivo di garantire continuità nella erogazione del servizio scolastico ed educativo e conferire il maggiore possibile grado di certezza nella pianificazione degli organici della scuola, nel rispetto degli obiettivi programmati di finanza pubblica e salvo il criterio di invarianza finanziaria.

Che si sia di fronte ad un intervento legislativo d'interpretazione autentica, ancorché non espressa con la relativa formula sacramentale, appare indubitabile. La volontà del legislatore non è, palesemente, quella d'innovare l'assetto previgente delle assunzioni nella scuola pubblica, ma quello di operare - a fronte di oscillazioni giurisprudenziali sul punto - una ricognizione "autoritativa" della materia.

4. Le disposizioni di settore sopra citate, prevalenti sulla disciplina comune, non contengono prescrizioni effettive, volte a circoscrivere le ragioni poste a sostegno della clausola di apposizione del termine, né a limitare le proroghe e le assunzioni successive.

In base alla normativa speciale sulla scuola, pertanto, è lecito, ed anzi doveroso per le autorità scolastiche, sulla base delle graduatorie - al fine di coprire posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico (supplenze annuali o su organico di diritto), ovvero posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico o su organico di fatto), o ancora posti scoperti per ogni altra contingente ragione (supplenze meramente temporanee) - assumere un medesimo lavoratore, siccome collocato in una determinata posizione in graduatoria, ripetutamente da un anno all'altro, senza soluzione di continuità, senza l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine, per il solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, ossia in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi.

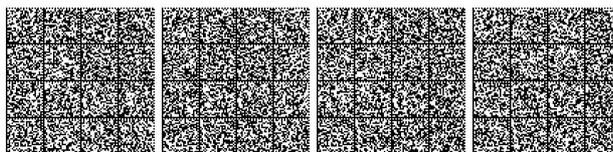
In tal modo un lavoratore potrebbe, senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore, trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale "supplente annuale" o quale "supplente temporaneo".

Ciò è tanto vero che il legislatore del 2009 e del 2011 si è prefisso l'obiettivo di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, ben consapevole che esiste un rilevantissimo numero di personale scolastico precario impiegato tuttavia, continuativamente e di fatto, da molto tempo, e dunque sostanzialmente necessario per soddisfare esigenze stabili e consolidate dell'Amministrazione.

Per il settore (pubblico) della scuola non vale pertanto - in base al diritto interno - alcuna delle norme limitative dettate al fine di dare attuazione alla citata direttiva europea del 1999.

5. Tale conclusione non è ammissibile proprio alla luce del diritto dell'Unione europea, che fissa puntuali condizioni affinché siano tutelati gli interessi ed i diritti dei lavoratori a termine.

5.1 L'accordo quadro CES, UNICE e CEEP 28 giugno 1999 sul lavoro a tempo determinato, cui ha dato attuazione la Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, stabilisce il principio che gli Stati membri dell'Unione euro-



pea sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire ed a sanzionare l'abuso nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Come risulta dalla clausola 1, lett. *b*), dell'accordo quadro medesimo, suo obiettivo essenziale è, infatti, proprio quello di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

La clausola 5, punto 1, a tal fine stabilisce: «Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri [...] dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze di settori e/ o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: *a*) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; *b*) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; *c*) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

5.2 È da dire, subito, che l'applicabilità della direttiva europea a tutti i lavoratori indistintamente, pubblici e privati, è affermata senza equivoci dalla Corte di Giustizia medesima (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler).

5.3 In ordine alle misure previste sub *b*) e *c*) della clausola 5, (durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, numero dei loro rinnovi) appare evidente l'assenza della loro previsione nella disciplina interna relativa al reclutamento del personale scolastico a tempo determinato (*cf.*: Tribunale Trento, sezione lavoro, ordinanza 27 settembre 2011, di rimessione di analoga questione di legittimità costituzionale).

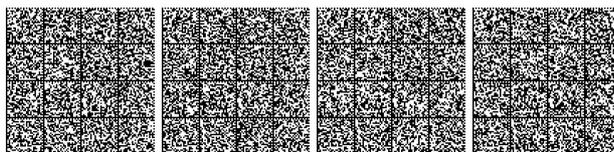
5.4 In ordine alla misura prevista sub *a*) della clausola 5 (esistenza di «ragioni obiettive» che giustificano il rinnovo dei rapporti a tempo determinato successivi), la Corte di giustizia ha precisato (sentenza Adeneler cit.; sentenza 23 aprile 2009, in cause riunite C-378/07 e 380/07, Angelidaki ed altri) che «(...) La nozione di "ragioni oggettive" dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in un simile contesto particolare, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione». «Dette circostanze» - prosegue la Corte di Lussemburgo - «possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (...) Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, non soddisferebbe i criteri precisati al punto precedente (...)».

Ora appare evidente, quanto meno per le supplenze annuali disposte in esecuzione dell'art. 4, comma 1 L. 124/1999 (che in questo giudizio hanno riguardato il ricorrente), che dette supplenze vengano conferite per far fronte a stabili vacanze di organico, determinate dal fatto che il numero delle unità del personale in ruolo è inferiore a quello dei posti previsti nell'organico medesimo. Qualora venisse apprestata una dotazione di personale effettivamente corrispondente alle posizioni in organico, le variazioni in aumento della domanda di prestazioni lavorative sul territorio, dovute alle annuali modificazioni della popolazione scolastica, potrebbero essere fronteggiate con un ricorso a forme contrattuali flessibili meramente residuale (Trib. Trento 27 settembre 2011, cit.).

È innegabile che ciò comporterebbe un possibile aggravio per la spesa pubblica, tenuto conto del rischio di possibili variazioni in diminuzione di quello stesso fabbisogno di lavoratori (per calo demografico degli studenti, o comunque per ridimensionamento, anche rispetto solo a talune aree del territorio nazionale, a qualsiasi ragione dovuto, delle iscrizioni o, all'opposto, dell'offerta formativa) e del conseguente sovradimensionamento (oneroso) dell'organico.

Alla scelta del legislatore - di consentire all'Amministrazione scolastica di procedere alla copertura delle cattedre, dei posti di insegnamento e di quelli ausiliari effettivamente vacanti e disponibili mediante il conferimento di supplenze anche annuali, anziché attraverso assunzioni in ruolo a tempo indeterminato - è sottesa dunque, unicamente, la necessità di contenere la spesa pubblica (onde scongiurare a priori la possibilità di personale di ruolo «soprannumerario», ossia in esubero rispetto alle effettive esigenze del servizio scolastico). Certamente la razionalizzazione, il controllo e la riduzione della spesa pubblica costituiscono interessi generali collegati ai principi costituzionali di rispetto degli equilibri di bilancio e di buon andamento dell'azione amministrativa (ex artt. 81 e 97 Cost.). E, tuttavia, siffatte esigenze di natura economica, proprio per la loro tendenziale generalità, non caratterizzano in modo particolare il servizio scolastico, che richiede di essere gestito secondo criteri di economicità ed efficienza - mediante un'efficace e tempestiva programmazione del fabbisogno scolastico, un'accorta gestione del turn-over di personale, un pronto ricorso alle procedure di mobilità, tutti meccanismi in grado di contenere gli oneri e garantire oculatezza di gestione -, alla pari di ogni altro servizio pubblico; e le indubbie peculiarità del settore scolastico non appaiono tali da giustificare la totale obliterazione dei principi della legislazione europea in materia di contratti a tempo determinato.

Tanto più se si considera che l'applicazione di questi ultimi principi inevitabilmente si riflette, aumentandolo, sul costo del lavoro, ricadente su qualunque datore (incluso, come visto, quello pubblico) destinatario della normativa



restrittiva; e come tale limitato, a tutela dei maggiori valori della dignità e libertà del lavoro, nella sua autonomia negoziale in ordine alla conformazione della durata dei rapporti e pertanto chiamato a sopportare i connessi prevedibili oneri aggiuntivi.

Né l'interesse di contenimento di quel costo, di «risparmio», è di per sé riconducibile a quella finalità di politica sociale, il cui perseguimento solo consente, secondo la Corte di giustizia, l'utilizzo di contratti a tempo determinato in successione.

L'impegno preso dal legislatore, nel 2009 e nel 2011, d'implementare le assunzioni di ruolo, mediante piani triennali da adottare «all'esito di specifica sessione negoziale», non sembra tale da giustificare - in via transitoria - la disapplicazione della direttiva, giacché trattasi di vincolo meramente programmatico, la cui attuazione è resa incerta dall'espressa clausola di compatibilità con i saldi di finanza pubblica e che comunque non assicura, in tempi ragionevolmente prevedibili, la riconduzione del precariato scolastico entro la cornice imposta dalla direttiva europea.

5.5 Da ultimo occorre, sul punto, ricordare che l'accordo quadro, al n. 10 del «considerando», facendo salva la possibilità che ciascuno Stato tenga conto di «circostanze relative a particolari settori ed occupazioni», lascia - è vero - margini per discipline ragionevolmente derogatorie rispetto ai suoi stessi principi, se giustificate da effettive peculiarità. Alle quali sembra richiamarsi il legislatore italiano con i più recenti interventi legislativi, lì dove il peculiare assetto derogatorio viene appunto fondato sulla necessità di «garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo».

La Corte di Giustizia UE, nella sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, Marrosu, ha tuttavia precisato che la citata clausola 5, punto 1, impone - comunque - agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico almeno una delle misure elencate nel detto punto 1, lett. a)-c), qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti, volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La stessa sentenza aggiunge che la facoltà di tenere in considerazione le particolari anzidette esigenze può, viceversa, legittimare, nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali, reazioni sanzionatorie adeguatamente modulate e distinte per settori attività e/categorie di lavoratori, senza pregiudizio per la loro efficacia, come appresso si dirà.

5.6 In conclusione, l'indiscriminato e reiterato rinnovo di contratti a tempo determinato risulta, *in subiecta materia*, certamente difforme dal diritto europeo. Palese appare il contrasto tra quest'ultimo e la nostra disciplina interna del reclutamento del personale scolastico a tempo determinato.

6. Il contrasto tra tale normativa europea e la legislazione italiana sul lavoro precario nella scuola pubblica non può essere risolto - *re melius perpensa* - mediante la disapplicazione della fonte interna incompatibile, nella misura che appaia indispensabile per risolvere l'antinomia.

I rapporti tra le fonti dell'Unione europea e le fonti interne sono da tempo ordinati dalla giurisprudenza costituzionale grazie ad una lettura dell'art. 11 cost. capace di dare un significato concreto alle «aperture» sovranazionali che la norma consente al legislatore ordinario. Sin dalla sentenza n. 170 del 1984 la Corte costituzionale ha adottato la teoria della separazione/coordinamento di due ordinamenti che rimangono formalmente distinti, giungendo, sia pure sulla base di diversi fondamenti teorici, alle medesime conclusioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla supremazia del diritto dell'Unione europea sul diritto interno ed al suo corollario della efficacia diretta delle fonti UE direttamente applicabili.

È dunque del tutto incontroverso che, in presenza di disposizioni interne irrimediabilmente incompatibili con fonti dell'Unione dotate di diretta efficacia, che si tratti di diritto scritto (disposizioni del Trattato, regolamenti, Carta dei diritti fondamentali) o di fonti non scritte (principi generali del diritto), è compito del giudice (nonché, a monte, dell'amministrazione), procedere alla disapplicazione (o non applicazione) delle prime al fine di dare applicazione all'unica norma che regola la fattispecie, quella dell'Unione.

Quanto alle direttive, esse, pur concepite dai redattori del Trattato come una sorta di «legge-quadro», per definizione in debito di un compiuto intervento di dettaglio da parte degli Stati membri, contengono sovente una disciplina (quantomeno parzialmente) dettagliata di determinate materie. Tale prassi (legittimata dalla Corte di Giustizia UE: *cf.* sentenza 23 novembre 1977, causa 38/77, Enka) è dovuta all'esigenza di evitare che l'azione di armonizzazione delle discipline nazionali, sede elettiva per il ricorso alle direttive medesime da parte del legislatore europeo, possa essere resa inefficace a causa dell'eccessiva latitudine dell'intervento attuativo riconosciuto agli Stati membri, in particolare qualora detta attività si sia indirizzata verso la disciplina di fenomeni giuridici tipicamente privatistici: di conseguenza, pur se destinate formalmente agli Stati membri, le direttive includono disposizioni che nella sostanza disciplinano, anche in maniera esclusiva, rapporti interindividuali (come, tipicamente, nella materia del lavoro).



Se il testo del Trattato non attribuisce alle direttive la qualifica di atti «direttamente applicabili», riservata dall'art. 288 TFUE ai regolamenti, è un dato consolidato che le prime siano in grado di produrre «effetti diretti», potendo essere invocate in giudizio dai privati «per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti di uno Stato» (sentenza Corte di Giustizia 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker: c.d. effetti verticali).

Ciò avviene, però, nel rispetto, ineludibile, di due condizioni: è necessario, da un lato, che le disposizioni contenute in una direttiva risultino, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise; dall'altro, che lo Stato membro in questione non abbia adottato, entro il termine indicato dalla direttiva stessa, le necessarie disposizioni di attuazione, ovvero che detta attività si sia svolta in maniera non corretta (*cf.*, *ex pluribus*, la sentenza Corte di Giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer, in cui si legge che «risulta da una costante giurisprudenza della Corte che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva sia che l'abbia recepita in modo non corretto»).

Le disposizioni di una direttiva hanno dunque, nella ricostruzione operata dalla Corte di giustizia, la capacità di operare come precetto normativo che, in mancanza di (corrette) norme interne di attuazione, si pone come regola della singola fattispecie. La circostanza che detto rimedio sia inteso come «reazione» ad un inadempimento da parte dello Stato membro non esclude che la direttiva operi come fonte autonoma di diritto, la quale - situandosi in un livello, nella gerarchia delle fonti, superiore alle norme interne - prevale, all'occorrenza, su norme interne incompatibili, anche di rango legislativo. Ciò avviene, è il caso di precisarlo, anche qualora le direttive siano invocate in giudizio in rapporti di contenuto privatistico, purché sempre nei confronti di un ente pur indirettamente riconducibile alla definizione di «Stato» accolta in questo contesto dalla Corte di giustizia (ad esempio, un'impresa pubblica: *cf.* sentenza 12 luglio 1990, causa C-188/89, Foster).

La Corte di giustizia ha invece ripetutamente escluso (*cf.* sentenze 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells) che le direttive, nonostante il loro carattere di «completezza», siano capaci di produrre effetti diretti «orizzontali» (ossia nei rapporti tra privati), né che siano invocabili dal potere pubblico nei confronti del privato (c.d. «effetti verticali inversi»); soccorrendo tuttavia in tali casi - di direttive non autoapplicative, o rilevanti in rapporti non direttamente verticali, ma pur sempre, per definizione, incidenti nel sistema «integrato» delle fonti, in quanto contenenti norme che godono di una posizione di *primauté* rispetto a quelle nazionali - il rimedio dell'interpretazione conforme (sentenza Pfeiffer citata) ovvero quello, residuale, della responsabilità patrimoniale dello Stato inadempiente (sentenza 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari).

Orbene, nella fattispecie di causa non ricorrono i requisiti perché la direttiva europea in discorso spieghi effetti diretti.

La Corte di giustizia ha infatti statuito (sentenze 15 aprile 2008, causa C-268/2006, Impact; Angelidaki e altri, cit.) che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale in quanto, ai sensi di tale disposizione, rientra nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o, ancora, a norme equivalenti in vigore, purché essi tengano conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori; nel contempo non è possibile determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù di suddetta clausola.

7. Si è dunque a cospetto di un contrasto tra la normativa interna e una fonte europea priva di effetto diretto.

La Corte di giustizia insegna che il contrasto va composto, se possibile, in via interpretativa.

Il giudice nazionale, nell'applicare il diritto interno, «deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (...)» (sentenze 10 aprile 1984, causa C-14/83, Von Colson Kamann; 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing; 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori; 23 febbraio 1999, causa C-63/97, BMW; Pfeiffer ed altri, citata).

«Il principio di interpretazione conforme richiede (...) che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima» (Pfeiffer e altri, Adeneler ed altri, citate).

Tuttavia «l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione



contra legem del diritto nazionale» (sentenze 8 ottobre 1987, causa C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen; 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino; Adeneler e altri, citata; Impact, citata).

Nella specie, il contrasto non è rimediabile in via ermeneutica, stante il carattere chiuso e in sé esaustivo della normativa di settore da cui origina, e l'inequivoca volontà legislativa - da ultimo ribadita con l'art. 9 D.L. 70/11 conv. in L. 106/11 - di mettere siffatta normativa al riparo da ogni «contaminazione» con regole e principi di genesi o derivazione europea.

8. Se così è, la disciplina vincolante per il giudice resta quella interna, salvo il potere/dovere del medesimo di provocare su di essa il controllo della Corte costituzionale.

È pacifico infatti, nella giurisprudenza di quest'ultima, che le direttive comunitarie fungano da norme interposte, atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della legislazione interna, nazionale e regionale, al precepto di cui all'art. 117 primo comma cost. (secondo cui «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.»).

La violazione della direttiva 1999/70/CE, alla cui illustrazione è dedicata la narrativa che precede, ridonda pertanto in vizio di legittimità costituzionale della fonte interna.

Quest'ultima va identificata, precisamente, nell'art. 4 comma 1 e 11 L. 124/99, nella parte in cui la disposizione consente la copertura dei posti riservati al personale ATA, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi.

In questi termini deve sollevarsi, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale.

9. Trattasi di questione rilevante per l'esito del processo in corso, giacché entrambi il ricorrente risulta assunto con contratti in successione (e tali devono reputarsi anche i contratti che si ripetono nel tempo con intervalli ridotti: *cf.* ordinanza Corte di Giustizia 12 giugno 2008, causa C-364/07, Vassilakis), stipulati anche ai sensi dell'art. 4, comma 1 L. 124/99, per una durata complessiva di oltre trentasei mesi, e ciò in difetto di specifiche, valide ed applicabili indicazioni su durata massima dei contratti o rapporti e numero dei loro rinnovi ed in assenza di ragioni giustificatrici obiettive (che non possono risolversi in esigenze permanenti del datore di lavoro, in fabbisogni tendenzialmente immutabili o dalla durata non preventivabile).

Tali assunzioni, allo stato conformi al diritto interno, muterebbero la loro qualificazione nel caso d'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, essendo l'intervento del giudice delle leggi qui indispensabile perché il settore (pubblico) scolastico italiano possa trovarsi a rispettare il principio ispiratore, espresso al n. 6 del «considerando» dell'accordo quadro, secondo cui «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

È il caso di anticipare che, secondo quanto sopra accennato, l'illegittima apposizione del termine non potrebbe comportare, nel nostro ordinamento, la costituzione con una pubblica amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato, ostandovi il disposto dell'art. 36 d.lgs. 165/01 (e, segnatamente per il settore scolastico, dell'art. 4, comma 14-*bis*, L. 124/99).

Tuttavia, la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale schiuderebbe le porte alla domanda di risarcimento dei danni, proposta dal ricorrente in via subordinata rispetto alla richiesta conversione.

Con la citata sentenza Adeneler, la Corte di Giustizia UE ha del resto chiarito che la sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato non è l'unico possibile mezzo di tutela che uno Stato membro può approntare per assicurare il raggiungimento degli obiettivi posti dalla direttiva; che è pur necessaria l'adozione di misure dirette a prevenire e contrastare l'utilizzazione abusiva di contratti a termine in successione; che ciascuno Stato può dunque escludere l'effetto della conversione, purché adotti misure concrete, proporzionate ed effettive, volte a contrastare il fenomeno dell'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.

Misure che, dunque, ben possono risolversi - lo si indica qui sin d'ora, al solo scopo di consentire alla Corte adita un'esaustiva delibazione in punto di rilevanza - nel risarcimento dei danni previsto dall'art. 36 d.lgs. 165/01, modulato in modo che al lavoratore della scuola, che sia stato illegittimamente assunto a termine e che non possa vedere accertata la natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, sia riconosciuto un quantum che insieme rappresenti adeguato ristoro del danno costituito dalla impossibilità di fruire di un'occupazione stabile alle dipendenze della pubblica amministrazione, possibilità invece attribuita ai dipendenti di aziende, private assunti a termine illegittimamente, e contemporaneamente costituisca una valida misura dissuasiva contro l'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.



P. Q. M.

Non definitivamente pronunciando:

dichiara rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale, che d'ufficio solleva, dell'art. 4 comma 1 e 11 L. 124/99, nella parte in cui la disposizione consente la copertura dei posti riservati al personale ATA, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, e ciò per contrasto con l'art. 117, primo comma Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP su lavoro a tempo determinato, alla quale ha dato attuazione la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999;

dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

sospende il processo in corso;

dispone che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza, pronunciata e letta in udienza, sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma il 2 maggio 2012

Il Giudice: CENTOFANTI

12A0268

N. 145

*Ordinanza del 22 maggio 2012 emessa dal Tribunale di Torino
nel procedimento penale a carico di L. B.*

Reati e pene - Circostanze del reato - Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti - Divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata - Violazione del principio di uguaglianza, per la parità di trattamento di situazioni di diversa gravità - Contrasto con i principi di offensività e di proporzionalità della pena.

- Codice penale, art. 69, comma quarto, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.
- Costituzione, artt. 3, 25, comma secondo, e 27, comma secondo.

Reati e pene - Circostanze del reato - Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti - Divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope) sull'aggravante della recidiva reiterata - Violazione del principio di uguaglianza, per la parità di trattamento di situazioni di diversa gravità - Contrasto con i principi di offensività e di proporzionalità della pena.

- Codice penale, art. 69, comma quarto, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.
- Costituzione, artt. 3, 25, comma secondo, e 27, comma secondo.

IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa penale contro L. B., nato il 19 ottobre 1966 a Martinica (Francia), sedicente, attualmente detenuto per questa causa presso la Casa circondariale di Torino, difeso d'ufficio dall'avv. Gabriella Lepore del Foro di Torino, detenuto presente, imputato del reato di cui all'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/90 per avere illegalmente detenuto e ceduto a R. A. gr. 1,6 lordi di eroina, in Torino il 2 maggio 2012, recidivo reiterato specifico infraquinquennale.



Verso le ore 20.00 del 2 maggio 2012 militari della Compagnia Carabinieri di Torino "Oltre Dora" notarono l'odierno imputato salire a bordo di un'autovettura condotta da R. A. e discenderne dopo aver percorso un certo tratto di strada.

Si tratta, come è noto, di una delle più diffuse modalità adottate per il piccolo spaccio, allo scopo di sottrarre alla vista delle forze di polizia il delicato momento dello scambio droga/denaro.

I carabinieri controllarono perciò, in luoghi separati, sia la conducente dell'autovettura che l'imputato. Quest'ultimo, raggiunto dopo un certo tempo, risultò in possesso di un telefono cellulare e dieci euro, mentre la R. consegnò spontaneamente ai militari due ovuli di eroina, contestualmente dichiarando (*cf.* verbale di s.i. in atti) di averli appena acquistati dal L. dopo aver contattato quest'ultimo su un'utenza cellulare.

Di qui l'arresto dell'imputato e la sua successiva presentazione a giudizio direttissimo, che il L. R. ha chiesto di definire con rito abbreviato.

All'odierna udienza le parti hanno concluso la loro discussione come da verbale.

Lo scrivente ritiene necessario, per poter addivenire ad una corretta decisione della causa, il pronunciamento della Corte costituzionale in ordine a uno specifico aspetto del rapporto attualmente vigente fra circostanze attenuanti e recidiva reiterata. La fattispecie concreta oggetto di giudizio presenta infatti le seguenti caratteristiche:

A) l'episodio per cui si procede deve ritenersi attenuato a norma dell'art. 73, comma 5 decreto del Presidente della Repubblica 309/90: si tratta di un caso di "spaccio di strada", concernente un quantitativo minimale di eroina (il peso di grammi 1,6 stimato dai militari operanti, è comprensivo di involucro e sostanza da taglio), venduto a un prezzo assai modesto (settanta euro); le modalità di vendita (sulla pubblica *via*) sono tutto sommato elementari; quanto all'acquirente, egli non è persona vulnerabile, per età o caratteristiche psico-fisiche, bensì una donna di quasi trentotto anni; quanto alla persona dell'agente, infine, si tratta di soggetto senza stabile attività lavorativa, in condizioni di vita individuale sicuramente non facili;

B) Al L. è contestata la recidiva reiterata, essendo egli gravato da quattro condanne irrevocabili per i seguenti reati:

1) violazione della disciplina degli stupefacenti (art. 73, comma 5, decreto del Presidente della Repubblica 309/90) commessa il 13 ottobre 2000: sentenza del Tribunale di Torino in data 12 dicembre 2001 (irrevocabile il 3 maggio 2002): mesi otto di reclusione più multa e doppi benefici di legge;

2) detenzione e cessione illecite di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, decreto del Presidente della Repubblica 309/90) commesse l'8 novembre 2000: sentenza del Tribunale di Torino in data 21 novembre 2000 (irrevocabile il 21 dicembre 2000) con condanna a mesi sei di reclusione più multa;

3) offerta o messa in vendita illecita di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, decreto del Presidente della Repubblica 309/90) commessa il 13 luglio 2001: sentenza del G.I.P. del Tribunale di Torino in data 22 novembre 2001 (irrevocabile il 15 gennaio 2002) con condanna a mesi sei e giorni venti di reclusione più multa;

4) detenzione illecita di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 1-*bis*, decreto del Presidente della Repubblica 309/90) commessa il 13 novembre 2007: sentenza della Corte d'appello di Torino in data 16 luglio 2008 (irrevocabile il 7 luglio 2009) con condanna ad anni due e mesi otto di reclusione più multa.

Si versa dunque in una situazione in cui la disposizione dell'art. 69, comma 4, c.p. impedisce di riconoscere (come questo giudice ritiene invece di dover fare) la prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, decreto del Presidente della Repubblica 309/90 rispetto alla (non escludibile, come meglio si dirà più avanti) recidiva reiterata.

La presente ordinanza torna a proporre, a distanza di qualche anno, dubbi di costituzionalità dell'art. 69, comma 4 c.p. così come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.

Come è noto, dopo l'entrata in vigore della legge 251/05 moltissimi giudici di merito, e la stessa Corte di Cassazione, sollevarono incidenti di costituzionalità dell'art. 69, comma 4, c.p., nel nuovo testo, nella parte in cui esclude, in via generale, la possibilità della prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, lamentandone il contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost. sotto molteplici profili.

Come è parimenti noto, la Corte costituzionale dichiarò sempre inammissibili le questioni sollevate, senza mai pervenire a una decisione di merito, perché tutte le ordinanze di remissione muovevano dal presupposto che, dopo la novella legislativa del 2005, la recidiva reiterata fosse divenuta obbligatoria.

La Corte evidenziò l'erroneità di tale presupposto (sentenza n. 192 del 2007, ordinanze n. 409 del 2007, 33, 90, 193 e 257 del 2008 e infine n. 171 del 2009), additando una diversa interpretazione: l'unica ipotesi di recidiva obbligatoria attualmente esistente è quella di cui al vigente comma 5 dell'art. 99, c.p., mentre quella di cui al comma 4 resta facoltativa, nel senso che il giudice conserva il potere discrezionale di escluderla ovvero di riconoscerla "allorché il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei



precedenti, della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo” (così tutte le pronunce sopra citate). E una volta discrezionalmente esclusa la recidiva, proseguì la Corte, era possibile ritenere che venisse meno il divieto di prevalenza delle attenuanti.

Tale autorevole lettura fu poi condivisa dalla Corte di Cassazione in numerosissime pronunce succedutesi fra il 2007 e il 2009 e culminate nella conforme sentenza a Sezioni unite n. 35738 del 27 maggio 2010.

Questa evoluzione giurisprudenziale sembra aver appianato tutte le difficoltà che si possono incontrare nella prassi. In realtà essa ha aperto la strada a una ridda di decisioni di merito assai diverse su casi sostanzialmente analoghi, decisioni spesso determinate in misura preponderante dalle diverse sensibilità individuali dei giudici di merito: si è così assistito a veri e propri “equilibrismi dialettici” per motivare l’esclusione della recidiva — in situazioni che ragionevolmente non l’avrebbero consentito — pur di evitare l’assurdo dell’inflizione di sei anni di reclusione in ipotesi di cessione di una singola dose di sostanza stupefacente; ipotesi questa in cui — al contrario — altri giudici, preso atto dell’esistenza di condanne pregresse, hanno inflitto sei anni di reclusione (ovvero quattro in sede di giudizio abbreviato, ma non fa differenza) senza chiedersi se ciò fosse rispettoso dei principi di proporzionalità e personalità della pena, e trincerandosi dietro lo schermo della disposizione legislativa.

Un intervento normativo avente lo scopo dichiarato di arginare la discrezionalità del giudice nella quantificazione della pena ha perciò finito col divaricare ancor più le decisioni e con l’esaltare proprio il momento discrezionale.

Il problema, ancora aperto nonostante la sent. 192/2007 della Corte costituzionale, deriva dal fatto che il riconoscere o escludere la recidiva reiterata facoltativa è operazione valutativa radicalmente diversa dal “bilanciare” quella recidiva con concorrenti circostanze attenuanti: esistono situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa, e tuttavia viene sentito come ingiusto negare la prevalenza di determinate attenuanti.

In nessun campo ciò risulta tanto evidente come in materia di sostanze stupefacenti.

È appena il caso di ricordare nozioni di comune esperienza per gli operatori del diritto: la vigente disciplina penale del traffico di stupefacenti è fondamentalmente articolata in due disposizioni — il comma 1 e il comma 5 dell’art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 309/90 — le quali rispecchiano due situazioni enormemente diverse dal punto di vista criminologico: al comma 1 è prevista la condotta del grande trafficante, che dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di sostanze stupefacenti senza mai esporsi in luoghi pubblici; al comma 5 è invece contemplata la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo “sulla strada” la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti.

Tenendo giustamente conto di queste differenze il legislatore ha punito con la pena della reclusione da sei a venti anni (più multa) la condotta del grande trafficante e con la reclusione da uno a sei anni (più multa) la condotta del piccolo spacciatore di strada. Non si sottolineerà mai abbastanza che la seconda condotta viene sanzionata con una pena detentiva che, nel minimo edittale, è pari ad appena un sesto della pena prevista per la prima. Questo assetto normativo, per cui una circostanza attenuante riduce la pena edittale minima da sei a un anno di reclusione, costituisce *un unicum* nel nostro sistema penale, e spiega perché la presente questione di costituzionalità venga proposta con specifica limitazione al rapporto tra l’art. 69 comma 4, c.p. e la disposizione del comma 5 dell’art. 73 T.U. Stupefacenti.

Va poi messo in evidenza che, legiferando in materia di stupefacenti, il legislatore ha fatto ricorso a una tecnica normativa peculiare: mentre in alcuni casi la legge prevede la pena per le ipotesi meno gravi (e più frequenti nella prassi) e aggiunge una serie di circostanze aggravanti per le ipotesi di maggiore allarme sociale (così, tra i tanti esempi possibili, per i delitti di lesioni, furto, truffa, rapina ecc.), in altri casi la legge fissa la pena base per le ipotesi più gravi e prevede poi circostanze attenuanti per adeguare la sanzione ai casi più lievi e frequenti. È questo, tra l’altro, il caso dell’art. 73, comma 5 T.U. Stupefacenti (che si tratti di circostanza attenuante e non ipotesi autonoma di reato è conclusione ormai stabilmente raggiunta dalla giurisprudenza di legittimità).

Nei casi da ultimo citati il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata produce conseguenze sanzionatorie devastanti, perché finisce con l’equiparare *quoad poenam* casi oggettivamente lievi a casi di particolare allarme sociale. Per esemplificare, mentre il soggetto dedito al furto, per quanti furti commetta, subirà, in caso di riconosciute attenuanti equivalenti, una pena detentiva edittale minima sempre pari a sei mesi di reclusione, il piccolo spacciatore recidivo reiterato — ove non venga in concreto esclusa la recidiva — vedrà la pena detentiva edittale minima “schizzare” da uno a sei anni di reclusione.

Torna in gioco, a questo punto, la possibilità di escludere discrezionalmente la recidiva. Tuttavia questa possibilità non sempre è praticabile, e segnatamente, volendo giudicare con onestà intellettuale, non è praticabile nel presente processo. Se è vero, come la Corte costituzionale insegna (e la dottrina e giurisprudenza tradizionalmente confermano), che per escludere la recidiva occorre valorizzare la natura e il tempo di commissione dei precedenti: (così, espressamente, tutte le ordinanze della Consulta sopra richiamate), non si può non vedere che le condanne già riportate dall’imputato (elencate più sopra) attengono tutte e quattro a violazioni della disciplina degli stupefacenti, e per di più commesse in



momenti diversi che coprono un arco temporale che va dal 2000 fino al 2007: solo quattro anni separano l'ultimo dei precedenti dal reato oggi *sub ludice*, e di questi quattro anni almeno due sono stati trascorsi dal L. in carcere (*cf.* cert. penale in atti, punto 4 e relative annotazioni concernenti la fase esecutiva). "Natura e tempo di commissione dei reati" indicano perciò con chiarezza che il reato per cui è processo è espressione della medesima "devianza" già denotata in occasione dei precedenti reati, ed è perciò sicura manifestazione di maggior colpevolezza e pericolosità dell'imputato. Non sarebbe dunque corretto escludere, nella presente vicenda, la recidiva reiterata.

Allo stesso tempo, tuttavia, il reato commesso dal L. è e rimane una modesta violazione sussumibile nel quinto comma dell'art. 73 T.U. Stupefacenti, e non sembra conforme ai principi costituzionali che il riconoscimento della recidiva reiterata imponga al giudice di trascurare integralmente questo dato di realtà.

Le ragioni di "frizione" con la Carta costituzionale sono molteplici, e sono state convincentemente esposte nelle ordinanze di rimessione che tra il 2006 e il 2008 hanno investito la Corte costituzionale del problema. Basterà qui una breve sintesi:

a) Violazione dell'art. 3 Cost.

L'art. 69, comma 4 c.p., nella parte in cui vieta di riconoscere la prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5 T.U. Stupefacenti sulla recidiva, urta contro il principio di eguaglianza perché conduce, in determinati casi, ad applicare pene identiche a violazioni di rilievo penale enormemente diverso: il recidivo reiterato implicato nel grande traffico di stupefacenti (art. 73, comma 1) che ottenga le attenuanti generiche viene punito con la stessa pena prevista per quello stesso recidivo reiterato qualora effettui un banale "spaccio di strada" di infime quantità e gli vengano parimenti riconosciute (oltre all'attenuante di cui all'art. 73, comma 5 T.U. Stupefacenti) le attenuanti generiche. L'enorme differenza oggettiva, naturalistica, criminologica delle due condotte viene completamente obliterata in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del loro autore.

b) Violazione dell'art. 25, comma 2 Cost.

Come è noto, con il suo espresso richiamo al "fatto commesso" l'art. 25, comma 2 della nostra carta costituzionale ha inteso riconoscere rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore, e non solo in quanto manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale. Ne discende la costituzionalizzazione del "principio di offensività", il che implica la necessità di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo.

c) Violazione dell'art. 27 Cost.

Viene in rilievo particolarmente il comma 2, secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". La formulazione della norma, come è noto, richiama e costituzionalizza il principio di proporzionalità della pena (nelle sue due funzioni retributiva e rieducativa), perché una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso da un lato non può correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, dall'altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice: essa gli apparirà solo come brutale e irragionevole vendetta dello stato, suscitatrice di ulteriori istinti antisociali.

Non richiede giustificazione, perché si impone come un dato autoevidente, che l'infrazione di sei anni di reclusione per la cessione di un modestissimo quantitativo di sostanza stupefacente, chiunque ne sia l'autore, non può essere in alcun modo considerata una risposta sanzionatoria proporzionata. Per convincersene è sufficiente vivere l'esperienza quotidiana delle aule di giustizia e osservare l'espressione di incredula disperazione che si dipinge sul volto del condannato alla lettura di certi dispositivi. È sufficiente considerare, ancora e per concludere, che la pena edittale minima per il piccolo spaccio del recidivo reiterato è più grave di quella prevista, ad esempio, per la partecipazione ad associazioni terroristiche o mafiose (artt. 270-*bis* e 416-*bis* c.p.), per la concussione (art. 317 c.p.), per le lesioni dolose con pericolo di vita della vittima (art. 583, comma 1 c.p.), per la rapina aggravata e l'estorsione (artt. 628, 629 c.p.), per la violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) e per l'introduzione illegale di armi da guerra nel territorio dello Stato (art. 1, legge 895/67).

In virtù delle considerazioni che precedono questo giudice chiede un intervento della Corte costituzionale che ponga rimedio all'urgenza sopra evidenziata, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4 c.p. nella parte in cui esclude che le circostanze attenuanti (tutte) possano essere dichiarate prevalenti sulla riconosciuta recidiva reiterata.

In via subordinata si chiede dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4 c.p. nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 del decreto del Presidente della Repubblica 309/90 possa essere dichiarata prevalente sulla riconosciuta recidiva reiterata.



P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Cost., 23 e segg., legge 11 marzo 1953, n. 87;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 69, comma 4 c.p. come sostituito dall'art. 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251 nella parte in cui esclude che le circostanze attenuanti possano essere dichiarate prevalenti sulla recidiva reiterata, per violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost. come esplicitato in motivazione;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4 c.p. come sostituito dall'art. 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251 nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 del decreto del Presidente della Repubblica 309/90 possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata, per violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost. come esplicitato in motivazione;

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;

Sospende il processo sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale;

Manda alla Cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la comunicazione ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Torino, 22 maggio 2012

Il Giudice: GALLO

12C0269

N. 146

Ordinanza del 3 aprile 2012 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte sul ricorso proposto da Alparone Carmela ed altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero della giustizia e Ministero dell'economia e delle finanze.

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Contenimento della spesa in materia di pubblico impiego - Personale di cui alla legge n. 27 del 1981 (magistrati e categorie equiparate) - Previsione, per detto personale, che l'indennità speciale, di cui all'art. 3 della legge n. 27 del 1981, spettante per gli anni 2011, 2012 e 2013 sia ridotta del 15 per cento per l'anno 2011, del 25 per cento per l'anno 2012 e del 32 per cento per l'anno 2013 - Irrazionalità - Ingiustificato deterioramento dei lavoratori dipendenti rispetto a quelli autonomi - Violazione dei principi di generalità e progressività della tassazione e di capacità contributiva, attesa la sostanziale natura tributaria della prestazione patrimoniale imposta - Natura regressiva del tributo con riferimento all'indennità speciale, in quanto incidente in minore misura sui magistrati con retribuzione complessiva più elevata ed in misura maggiore sui magistrati con retribuzione complessiva inferiore - Lesione del principio di solidarietà sociale.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 2.
- Costituzione, artt. 2, 3 e 53.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 225 del 2012, proposto da: Alparone Carmela + altri 114, rappresentati e difesi dagli avv. Carlo Emanuele Gallo, Vittorio Angiolini, Marco Cuniberti e Luca Formilan, con domicilio eletto presso Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

Contro Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Capo del Governo in carica, Ministero della giustizia e Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino presso la quale domiciliavano in corso Stati Uniti n. 45;

per il riconoscimento, previa idonea cautela, e con riserva di motivi aggiunti



del diritto al trattamento retributivo spettante senza tener conto delle decurtazioni previste dall'art. 9, comma 2, del decreto-legge 31 marzo 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, e confermate dall'art. 2, comma 1, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, come modificato in sede di conversione dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, nonché per la condanna delle Amministrazioni resistenti al pagamento delle somme corrispondenti, con ogni accessorio di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero della giustizia e della Presidenza del Consiglio dei ministri;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2012 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

I ricorrenti sono tutti magistrati ordinari, attualmente in servizio presso uffici giudiziari di competenza territoriale di questo Tribunale amministrativo e titolari di un trattamento economico complessivo superiore a 90.000 euro annui, come risulta dai cedolini stipendiali che sono stati prodotti; pertanto sono soggetti alle misure applicative delle disposizioni contenute nel comma 2 dell'art. 9 del decreto-legge 31 marzo 2010 n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122, secondo cui, «in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea, a decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2013 i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, previsti dai rispettivi ordinamenti, delle amministrazioni pubbliche (...), superiori a 90.000 euro lordi annui sono ridotti del 5 per cento per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10 per cento per la parte eccedente 150.000 euro», e «a seguito della predetta riduzione il trattamento economico complessivo non può essere comunque inferiore 90.000 euro lordi annui».

I ricorrenti chiedono il riconoscimento, previa idonea cautela, e con riserva di motivi aggiunti del diritto al trattamento retributivo spettante senza tener conto delle decurtazioni previste dall'art. 9, comma 2, del decreto-legge 31 marzo 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, e confermate dall'art. 2, comma 1, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, come modificato in sede di conversione dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, nonché la condanna delle Amministrazioni resistenti al pagamento delle somme corrispondenti, con ogni accessorio di legge.

Il Ministero della giustizia; il Ministero dell'economia e delle finanze e la Presidenza del Consiglio dei ministri, nel costituirsi in giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Nel corso della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare è stata prospettata alle parti la possibile definizione della controversia con sentenza redatta in forma abbreviata ovvero con ordinanza propedeutica a detta pronuncia, compresa la possibile rimessione alla Corte costituzionale di eventuale questione di costituzionalità come richiesto dalle parti ricorrenti.

Il Collegio Ritiene non manifestamente infondata e rilevante ai fini della decisione del gravame la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito in legge n. 122 del 2010 per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), anche in riferimento al principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.); ingiustificata disparità di trattamento tra pubblici dipendenti ed altre categorie di lavoratori; irragionevolezza ed illogicità manifeste; eccesso e sviamento di potere.

Va Premesso che le disposizioni contenute nel comma 2 dell'art. 9 del decreto-legge 31 marzo 2010 n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122 si applicano a tutti i dipendenti, «anche di qualifica dirigenziale», delle amministrazioni pubbliche «inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di Statistica (ISTAT), ai sensi del comma 3, dell'art. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196»; tra i dipendenti cui la disposizione si applica, come peraltro ha chiarito la stessa Amministrazione, vi sono quindi anche i magistrati ordinari, cui l'art. 9 dedica, poi, l'ulteriore specifica previsione di cui al comma 22.

Il decreto-legge n. 78 del 2010 è stato adottato, come recita il preambolo, in considerazione della «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per il contenimento della spesa pubblica e per il contrasto all'evasione fiscale ai fini della stabilizzazione finanziaria, nonché per il rilancio della competitività economica»: nel quadro di una serie di previsioni finalizzate al contenimento e alla riduzione della spesa pubblica, si colloca appunto l'art. 9, relativo al «contenimento delle spese in materia di pubblico impiego», che impone ai soli dipendenti pubblici sacrifici di considerevole entità, a partire dal blocco di ogni meccanismo di adeguamento retributivo e di progressione stipendiale, fino, appunto, alle decurtazioni di cui all'art. 9, comma 2, per i dipendenti il cui trattamento economico complessivo superi i 90.000 euro.



Nessuna previsione analoga è prevista, invece, per i lavoratori dipendenti del settore privato e per i lavoratori autonomi, il cui reddito, quindi, nel triennio considerato non solo non subirà decurtazioni di sorta, ma anzi potrà addirittura aumentare.

Lamentano i ricorrenti che proprio in considerazione del carattere discriminatorio della misura in esame, a poco più di un anno di distanza dall'emanazione del decreto-legge n. 78 del 2010, e a pochi mesi dall'inizio del periodo di operatività della prescritta decurtazione stipendiale, il Governo si accingeva a porre rimedio a tale sperequazione, con l'abolizione del citato ad. 9, comma 2 del decreto-legge n. 78 del 2010 e la sua sostituzione con il c.d. «contributo di solidarietà», ovvero un prelievo fiscale straordinario applicabile a tutti i redditi, da lavoro dipendente o da lavoro autonomo, e a tutti i lavoratori, dipendenti pubblici, privati, autonomi.

L'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 138 del 13 agosto 2011, infatti, stabiliva che: «in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea, a decorrere dal 2011 e fino al 2013, in deroga all'art. 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, sul reddito complessivo di cui all'art. 8 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, di importo superiore a 90.000 euro lordi annui, è dovuto un contributo di solidarietà del 5 per cento sulla parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10 per cento sulla parte eccedente 150.000 euro. contributo di solidarietà è deducibile dal reddito complessivo, ai sensi dell'art. 10 del citato testo unico n. 917 del 1986».

Il medesimo comma 1 prevedeva poi l'abrogazione, tra l'altro, delle «disposizioni di cui all'art. 9, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122». Il successivo comma 2 demandava infine ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 30 settembre 2011, il compito di determinare le «modalità di attuazione» delle disposizioni di cui sopra, «garantendo l'assenza di oneri per il bilancio dello Stato e assicurando il coordinamento tra le disposizioni di cui al comma 1 e quelle contenute nei soppressi articoli 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, e 18, comma 22-bis, del decreto-legge a 98 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111 del 2011».

L'abolizione della decurtazione prevista, per i soli dipendenti pubblici, dall'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, e la sua sostituzione con il «contributo di solidarietà» incidente, nella medesima misura, su tutti i redditi, pur senza eliminare del tutto le sperequazioni tra pubblici dipendenti ed altre categorie di lavoratori presenti anche in altre parti del testo dell'ad. 9, avrebbe consentito, quanto meno, di rimuovere la disparità di trattamento.

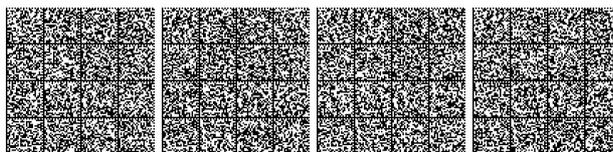
Pur tuttavia nel corso dell'*iter* di approvazione del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 78 del 2010, su proposta del Governo, la formulazione originaria dell'art. 2, comma 1, del decreto legge n. 78 è stata soppressa: le decurtazioni stipendiali previste dall'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010 sono state confermate, e il «contributo di solidarietà» è stato sostanzialmente eliminato.

Il testo dell'art. 2, quale risultante dalle modifiche proposte dal governo ed approvate in sede di conversione, prevede infatti ora, al comma 1, che «le disposizioni di cui agli articoli 9, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e 18, comma 22-bis, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, continuano ad applicarsi nei termini ivi previsti rispettivamente dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2013 e dal 1° agosto 2011 al 31 dicembre 2014».

Il successivo comma 2, sempre «in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea», stabilisce poi che «a decorrere dal 10 gennaio 2011 e fino al 31 dicembre 2013 sul reddito complessivo di cui all'art. 8 del testo unico delle imposte sui redditi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, di importo superiore a 300.000 euro lordi annui, è dovuto un contributo di solidarietà del 3 per cento sulla parte eccedente il predetto importo».

Il «contributo di solidarietà», che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto assorbire le decurtazioni di cui all'art. 9, comma 2, ripristinando la parità di trattamento tra dipendenti pubblici e dipendenti privati e lavoratori autonomi, nel testo poi approvato in sede di conversione si trasforma in un prelievo incidente in misura decisamente minore (il 3%) e solo in presenza di redditi di gran lunga superiori (oltre i 300.000 euro): per tutti i titolari di redditi tra i 90.000 ed i 300.000 euro annui, la discriminazione tra dipendenti pubblici ed altre categorie di lavoratori permane in tutta la sua gravità.

Come rilevano i ricorrenti nel ricorso il Ministro dell'economia, intervenendo alla seduta della V Commissione permanente del Senato del 1° settembre 2011, nell'illustrare l'emendamento del Governo volto alla soppressione del c.d. «contributo di solidarietà», sosteneva che «la prevista soppressione della disposizione del decreto-legge istitutiva del contributo di solidarietà» sarebbe stata compensata dalla «introduzione di ulteriori misure, rispetto a quelle già adottate, di contrasto all'evasione fiscale» (in particolare, la «partecipazione dei Comuni all'attività di accertamento



tributario», nonché alcune modifiche in materia di dichiarazioni dei redditi, di sanzioni e di prescrizione dei reati tributari), e affermava che, «nel complesso, le previsioni di gettito derivanti dalle nuove misure di contrasto all'evasione fiscale sono equivalenti a quelle relative al soppresso contributo di solidarietà».

Le decurtazioni di cui all'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010 colpiscono il trattamento economico di una sola categoria di lavoratori (i pubblici dipendenti) lasciando invece del tutto indenni, a parità di condizioni reddituali, altre categorie di lavoratori (segnatamente, dipendenti del settore privato e autonomi), introducendo una disparità di trattamento che non trova alcuna ragionevole giustificazione.

Nel triennio 2011 - 2013, infatti, i lavoratori dipendenti del settore privato o i lavoratori autonomi il cui reddito supera i 90.000 euro lordi annui, non solo non subiranno alcuna decurtazione del proprio trattamento economico, ma anzi potrebbero addirittura incrementarlo.

Riconosce il Collegio che le misure di cui trattasi, così come altre misure previste dall'art. 9 in materia di trattamento economico dei dipendenti pubblici, si inseriscono in un ambito di misure volte a realizzare obiettivi di contenimento della spesa in materia di pubblico impiego, «in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea».

I ricorrenti espressamente dichiarano in ricorso che «non intendono affatto contestare che anche i magistrati, così come ogni altra categoria di pubblici dipendenti, possano essere chiamati a concorrere al raggiungimento di simili obiettivi».

Rileva il Collegio che in passato, ed in particolare negli ultimi anni, sono state adottate misure che, sempre per finalità di contenimento della spesa, hanno inciso sul trattamento economico dei dipendenti pubblici.

In particolare, già per l'anno 2007, in applicazione dell'art. 1, comma 576, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007), l'adeguamento retributivo previsto dall'art. 24 della legge n. 448 del 1998 è stato corrisposto solo nella misura del 70 %; successivamente, l'art. 69 della legge 6 agosto 2008, n. 133 (di conversione del decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008, recante «disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») ha stabilito, per il c.d. personale «non contrattualizzato», il differimento di 12 mesi della maturazione dell'aumento biennale o della classe di stipendio, nel limite del 2.5 %.

Misure analoghe erano state adottate anche nel decennio precedente: in particolare, il precedente più significativo è rappresentato dalla manovra effettuata nel 1993 con l'art. 7 del decreto-legge n. 384 del 1992, convertito in legge n. 438 del 1992, il quale, al comma 3, stabiliva che «per l'anno 1993 non trovano applicazione le norme che comunque comportano incrementi retributivi in conseguenza sia di automatismi stipendiali, sia dell'attribuzione di trattamenti economici, per progressione automatica di carriera, corrispondenti a quelli di funzioni superiori, ove queste non siano effettivamente esercitate».

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle misure introdotte dal citato art. 7 del decreto-legge n. 384 del 1992, aveva a suo tempo dichiarato infondata la questione (sent. n. 245 del 1997 e ord. n. 299 del 1999): in particolare, nella sentenza n. 245 del 1997 la Corte, nel rigettare una questione di costituzionalità sollevata su tale disposizione, con riferimento all'art. 3 cost., osservava che il decreto-legge n. 384, «emanato in un momento delicato della vita nazionale» e caratterizzato nel suo complesso «dalla finalità di realizzare, con immediatezza, un contenimento della spesa pubblica per il 1993, nel rispetto degli obiettivi fondamentali di politica economica e dei vincoli derivanti dal processo di integrazione europea», si limitava a disporre un «blocco» con evidente «carattere provvedimentale del tutto eccezionale», che «esauriva i suoi effetti nell'anno considerato, limitandosi a impedire erogazioni per esigenze di riequilibrio del bilancio, riconosciute da questa Corte meritevoli di tutela a condizione che le disposizioni adottate non risultino arbitrarie».

Il riferimento al carattere eccezionale e circoscritto nel tempo della misura è stato poi ripreso nella successiva ordinanza n. 299 del 1999, nella quale, richiamata la precedente sentenza del 1997, la Corte ribadiva che norme di tale natura, volte ad imporre «sacrifici anche onerosi» in nome di esigenze di riequilibrio del bilancio, «possono ritenersi non lesive del principio di cui all'art. 3 della Costituzione (...), a condizione che i suddetti sacrifici siano eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso», e che nella specie tali requisiti sarebbero stati rispettati «in quanto il sacrificio imposto ai pubblici dipendenti dal comma 3 del citato art. 7 è stato limitato a un anno».

Ad avviso del Collegio la norma sospetta nella fattispecie di incostituzionalità è diversa da quelle già esaminate dalla Corte costituzionale.

Le misure su cui ha avuto modo di esprimersi la Corte costituzionale non si risolvevano in una decurtazione del trattamento economico dei dipendenti pubblici, ma solamente in una temporanea sospensione dell'operatività dei



meccanismi di adeguamento o di incremento automatico delle retribuzioni: ben diverso è, invece, l'intervento operato con l'art. 9 del decreto-legge n. 78 del 2010 il quale, da un lato ripropone (commi 21 e 22) il medesimo «blocco» dei meccanismi di adeguamento retributivo e di progressione automatica (estendendone gli effetti ad un intero triennio), dall'altro dispone direttamente la decurtazione (nella misura del 5 o del 10%) della retribuzione di quei dipendenti il cui trattamento economico complessivo superi i 90.000 (o i 150.000) euro.

Nelle pronunce ora richiamate la Corte a più riprese sottolinea il carattere temporaneo e del tutto limitato nel tempo (un solo anno) del sacrificio imposto dal decreto-legge n. 384 del 1992, laddove nel caso di cui qui si discute il sacrificio imposto ai dipendenti pubblici (non si limita a «congelare» le retribuzioni, ma ne riduce l'entità) non può certo definirsi «temporaneo» o «transeunte», in quanto protrae i suoi effetti per un intero triennio.

Sussiste, infine, il dubbio di una irragionevole discriminazione operata dalla norma, nel momento in cui un sifatto «sacrificio» viene imposto non già a tutti i contribuenti (a parità di capacità contributiva), ma esclusivamente ai dipendenti pubblici.

L'art. 9 del decreto-legge n. 78 del 2010, non introduce una decurtazione ragguagliata a progressioni stipendiali, anzianità o altri aspetti del rapporto di lavoro, ma di decurtazione ragguagliata esclusivamente all'ammontare del reddito prodotto, che è scollegata dunque da un «risparmio» derivante da riassetto del rapporto impiego e, consistendo in un mero prelievo forzoso di quanto altrimenti spettante, non può trovare ragione legittima nel distinguo tra pubblico e privato.

Ad avviso del Collegio la scelta del legislatore di mantenere in vigore la decurtazione di cui all'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, che colpisce i soli dipendenti pubblici, abbandonando definitivamente l'idea di sostituirla con una forma di prelievo straordinario idoneo ad incidere allo stesso modo su tutti i redditi, non trova alcuna giustificazione sul piano del rispetto dei principi costituzionali di eguaglianza e di capacità contributiva.

La misura in questione dell'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010 quindi, è rimasta invariata anche dopo l'entrata in vigore della legge 14 settembre 2011, n. 148: essa si applica anche ai magistrati ricorrenti. I redditi, da cui eventualmente prelevare in funzione della crisi della finanza pubblica, non possono tra loro differenziarsi solo per la fonte, pubblica o privata, dalla quale sono prodotti.

Al riguardo, occorre richiamare la già citata ordinanza della Corte costituzionale del 14 luglio 1999, n. 299: in tale pronuncia, la Corte, chiamata a pronunciarsi proprio sul punto specifico concernente la disparità di trattamento tra pubblici impiegati (colpiti dal «blocco» dei meccanismi di incremento retributivo) ad altre categorie di lavoratori (esenti da misure analoghe), aveva rigettato la questione sulla base di due decisive considerazioni: la durata, come già si è detto, incomparabilmente più limitata del sacrificio imposto (un solo anno), e il fatto che la misura in questione si inquadrava nell'ambito di una «manovra di contenimento della spesa pubblica» la quale «non ha inciso soltanto sulla condizione e sul patrimonio dei pubblici impiegati, ma anche su quello di altre categorie di lavoratori».

Nel caso in esame, entrambe le premesse in base alle quali la Corte era pervenuta al rigetto della questione appaiono al Collegio insussistenti.

Sussiste la rilevanza della questione di costituzionalità in quanto coinvolge «l'unico motivo di ricorso» del giudizio *a quo*, sempreché il giudizio *a quo* stesso abbia «un petitum separato e distinto dalla questione di costituzionalità sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere» (Corte Cost., sentt. n. 4 del 2000 e n. 38 del 2009).

Nel presente giudizio il petitum consiste nel riconoscimento del diritto dei ricorrenti a percepire la propria retribuzione senza tenere conto delle decurtazioni disposte dal cit. comma 2 dell'art. 9, e ove si ritenga impossibile pervenire diversamente al riconoscimento di tale diritto, la contestazione di illegittimità, da ritualmente sottoporre alla competente Corte costituzionale, del medesimo comma 2 dell'art. 9 del decreto-legge 31 marzo 2010 n. 78, come convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122.

A ciò va aggiunto che nel corso della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare è stata prospettata alle parti la possibile definizione della controversia con sentenza redatta in forma abbreviata ovvero con ordinanza propedeutica a detta pronuncia, compresa la possibile rimessione alla Corte costituzionale di eventuale questione di costituzionalità come richiesto dalle parti ricorrenti.

Visto l'art. 23 della legge costituzionale n. 87/1953;

Riservata ogni altra decisione all'esito del giudizio innanzi alla Corte costituzionale, alla quale va rimessa la soluzione dell'incidente di costituzionalità.



P. Q. M.

Dichiara rilevante per la decisione del ricorso e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito in legge n. 122 del 2010 per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 della Costituzione), anche in riferimento al principio di solidarietà (art. 2 della Costituzione) e del principio di capacità contributiva (art. 53 della Costituzione); ingiustificata disparità di trattamento tra pubblici dipendenti ed altre categorie di lavoratori.

Sospende il giudizio in corso.

Ordina che la presente ordinanza sia notificata, a cura della Segreteria del Tribunale amministrativo, a tutte le parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e che sia comunicata al Presidente del Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei deputati.

Dispone la immediata trasmissione degli atti, a cura della stessa Segreteria, alla Corte costituzionale.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2012.

Il Presidente, estensore: SALAMONE

12C0270

N. 147

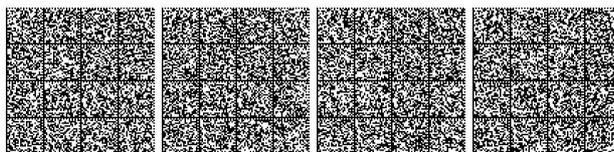
Ordinanza del 15 maggio 2012 emessa dal Tribunale superiore delle acque pubbliche sui ricorsi riuniti proposti da Azienda Energetica spa Etschwerke A.G. contro Provincia autonoma di Bolzano

Energia - Norme della Provincia autonoma di Bolzano in materia di utenze di acqua pubblica - Determinazione dei canoni di concessione di derivazioni per uso idroelettrico - Introduzione da parte del legislatore provinciale di una tariffa di tipo progressivo, articolata in importi crescenti in relazione agli scaglioni di potenza nominale riconosciuta o concessa - Aumento, dal 1° luglio 2004, del canone relativo alle potenze maggiori di 3.000 kW, da Euro 15,00 ad Euro 24,00 al kW - Violazione dei principi comunitari di certezza del diritto e di legittimo affidamento - Contrasto con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale (unicità del canone per ogni tipo di fruizione, proporzionalità all'unità di misura, aggiornamento triennale con provvedimento amministrativo) - Compressione della libertà di iniziativa economica - Adozione di legge-provvedimento in assenza dei presupposti, con lesione dei principi di ragionevolezza e non arbitrarietà nonché del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi - Esorbitanza dalla potestà legislativa delle Province autonome - Contrasto con il divieto di ostacoli al libero commercio tra Regioni - Violazione di principi generali dell'ordinamento comunitario - Violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e della concorrenza - Manifesta irragionevolezza sotto più profili, eccesso di potere legislativo, ingiustificate disparità di trattamento - Questione di legittimità costituzionale riproposta in esito alla restituzione degli atti per *ius superveniens* disposta dalla Corte costituzionale con la ordinanza n. 178 del 2011.

- Legge della Provincia autonoma di Bolzano 8 aprile 2004, n. 1, art. 29; legge della Provincia autonoma di Bolzano 29 agosto 2000, n. 13, art. 3, commi 1 e 2, modificativi dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 9 [recte: 29] marzo 1983, n. 10.
- Costituzione, artt. 3, 23, 24, 41, 97, 113, 117, commi primo, secondo, lett. e) ed s), e terzo, e 120; Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), artt. 5, 9 e 13; d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235, artt. 1 e 1-bis.

IL TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE

Ha pronunciato la seguente ordinanza nelle cause riunite in sede di appello iscritte nel ruolo generale dell'anno 2008 al n. 277 ed al n. 278, vertenti, tra Azienda Energetica S.p.a. - Etschwerke A.G., rappresentata e difesa dagli avv.



ti Damiano Florenzano, Stefano Paltrinieri e Luigi Manzi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, alla via Federico Confalonieri, n. 5, appellante;

Contro Provincia Autonoma di Bolzano, in persona Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Renate von Guggenberg, Stephan Beikircher, Cristina Bernardi e Laura Fadanelli, e dall'av. Michele Costa di Roma, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, alla via Bassano del Grappa, n. 24, appellata;

Oggetto: appello avverso la sentenza n. 927/08 del T.R.A.P. presso la Corte d'appello di Venezia del 5 giugno 2008, depositata il 30 giugno 2008 (R.G. n. 2/2005) ed appello avverso la sentenza n. 928/08 del T.R.A.P. presso la Corte d'appello di Venezia del 5 giugno 2008, depositata il 30 giugno 2008 (R.G. n. 9/2004) - pagamento canoni concessione di grande derivazione idroelettrica

Viste le seguenti conclusioni dell'appellante:

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, *contrariis reiectis*:

«annullare e/o riformare la sentenza n. 927/08 del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte d'Appello di Venezia; per l'effetto, in integrale accoglimento del presente appello:

previa remissione alla Corte costituzionale degli atti aventi ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge prov. 9 marzo 1983, n. 10, nelle parti introdotte con le modifiche apportate dall'art. 3, commi 1 e 2, legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, e dall'art. 29, legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, nei termini sopra indicati, e comunque nei termini che Codesto Ecc.mo Tribunale vorrà apprezzare, come non manifestamente infondata;

previa sottoposizione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nell'ambito di un giudizio interpretativo pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, il seguente quesito:

“l'art. 29 della legge prov. Bolzano n. 1/04, nella parte in cui determina canoni concessori di derivazione idroelettrica più che doppi rispetto a quelli definiti per tutto il territorio italiano costituisce una tassa ad effetto equivalente ad un dazio doganale ai sensi degli artt. 23 e 25 Trattato CE, ovvero si pone altrimenti in contrasto con il principio di libera circolazione delle merci ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 14.2, da 23 a 31 del trattato CE, ovvero si pone altrimenti in contrasto con i principi dell'ordinamento comunitario di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento”.

In via principale: accerti, previa disapplicazione dell'art. 29 della legge prov. Bolzano n. 1/2004 e/o art. 1-bis comma 16, del d.P.R. n. 235/77, per contrasto con gli artt. 2, 3, 4, 14.2, da 23 a 31 del Trattato CE, che non è dovuto da AE-EW quanto richiesto in pagamento dalla Provincia Autonoma di Bolzano sulla base del predetto art. 29 della legge prov. Bolzano n. 1/04, a titolo di canone derivazione acque, per la parte che eccede l'importo di Euro 1.006.783,33 e per l'effetto annullare i provvedimenti dell'Ufficio Entrate della Provincia Autonoma di Bolzano n. 6593 per Euro 88.502,64, n. 6593 per Euro 402.864,00, n. 6593 per Euro 22.830,00, n. 6593 per Euro 946.104,00, con domanda di condanna della Provincia Autonoma di Bolzano alla restituzione di quanto indebitamente versato e quindi della somma di Euro 456.952,31, oltre accessori alla data di versamento sino alla restituzione;

In ogni caso: con vittoria di spese, diritti ed onorari, oltre al 12,5% per rimborso forfettizzato spese generali ex art. 14 L.P.F., CAP ed IVA come per legge, del doppio grado di giudizio.»

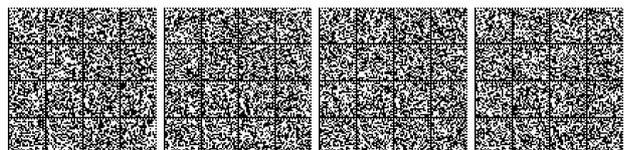
Viste le seguenti conclusioni dell'appellata;

«Ogni contraria e diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, voglia codesto Ecc.mo Tribunale Superiore, in via preliminare, dichiarare inammissibile l'appello di Azienda Energetica S.p.A. - Etschwerk AG avverso la sentenza n. 928/08 del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte d'Appello di Venezia e, nel merito, comunque respingerlo sicché infondato,

previo accertamento e dichiarazione della manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge provinciale 9 marzo 1983, n. 10, nelle parti introdotte con le modifiche apportate dall'art. 3, commi 1 e 2, della legge provinciale 29 agosto 2000, n. 13, e dall'art. 29, della legge provinciale 8 aprile 2004, n. 1, *ex adverso* sollevata,

previo accertamento e dichiarazione della manifesta infondatezza della richiesta di sottoposizione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nell'ambito di un giudizio interpretativo pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, del quesito se l'art. 29 l.p. n. 1/2004, nella parte in cui determina l'ammontare dei canoni concessori di derivazione idroelettrica diversi rispetto a quelli del restante territorio nazionale costituisca o meno una tassa ad effetto equivalente ad un dazio doganale ai sensi degli artt. 23 e 25 Trattato CE, e si ponga o meno in contrasto con il principio di libera circolazione delle merci ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 14.2, da 23 a 31 del Trattato CE, o con i principi dell'ordinamento comunitario di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento,

e, per l'effetto, accertare e dichiarare che, non essendo l'art. 29 l.p. n. 1/2004 e/o l'art. 1-bis, comma 16, d.P.R. n. 235/1977 in contrasto con gli artt. 2, 3, 4, 14.2, da 23 a 31 del Trattato CE, era ed è dovuto da AE-EW quanto chiesto in pagamento dalla Provincia Autonoma di Bolzano sulla base del predetto art. 29 l.p. n. 1/2004, a titolo di



canone derivazione acque, con i provvedimenti dell'Ufficio provinciale Entrate nn. 6593/BA dell'11 aprile 2005 per € 88.502,64, 6593/BA dell'11 aprile 2005 per € 402,864,00, 6593/BA dell'11 aprile 2005 per € 22.380,00 e 6593/BA dell'11 aprile 2005 per € 946.104,00, con conseguente rigetto della domanda di condanna della Provincia autonoma di Bolzano alla restituzione degli importi pagati dall'Azienda Energetica S.p.A. - Etschwerke AG, per la parte eccedente l'importo di Euro 1.006.786,33.

In ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari, oltre al 12,5% per rimborso forfettizzato spese generali, CAP ed IVA del doppio grado di giudizio.»

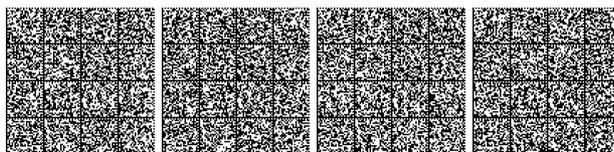
Osserva

F A T T O

1. — Con ricorso notificato l'11 novembre 2004 l'Azienda Energetica S.p.a. - Etschwerke A.G. (AEEW) convenne dinanzi al tribunale regionale delle acque pubbliche di Venezia la Provincia autonoma di Bolzano, esponendo: — che essa produce e distribuisce, quale titolare di quattro impianti, energia elettrica nel territorio dell'Alto Adige; — che opera in regime di concessione e corrisponde alla Provincia di Bolzano, per la derivazione dell'acqua pubblica ad uso idroelettrico, il canone concessorio determinato ai sensi dell'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, attuativa dell'art. 1-*bis*, comma 16, del d.P.R. n. 235/1977 (Norme di attuazione dello statuto regionale in materia di energia), secondo cui le concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, compresi i canoni demaniali di concessione, sono disciplinati dalla legge provinciale nel rispetto dei principi della legislazione statale e degli obblighi comunitari; — che il canone, fissato in € 24,00 per kW, è ingiustamente ed illegittimamente più elevato di quello applicato nel resto del territorio nazionale, pari invece ad € 11,66 a kW; — che questa disciplina provinciale determina un aumento del prezzo dell'energia elettrica da essa prodotta e riduce la competitività dell'azienda sul mercato, ora liberalizzato, dell'energia elettrica ed è quindi contraria al principio comunitario della libera circolazione delle merci e dunque agli artt. 2, 3, 4, 14.2, e da 23 a 31 del Trattato CE; — che il detto canone costituisce di fatto una tassa di effetto equivalente ai dazi all'importazione ed esportazione, dazi vietati dagli artt. 23 e 25 del Trattato CE; — che l'art. 29 legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, e l'art. 1-*bis* d.P.R. n. 235 del 1977 sono incostituzionali, per contrasto con gli artt. 120 e 41 Cost., perché frappongono barriere al libero commercio tra regioni ed intaccano il diritto di libera iniziativa economica; — che le stesse norme determinano un minor utilizzo di fonti di energia rinnovabili e violano il principio di riserva statale in materia di legislazione ambientale, con violazione degli artt. 117, comma 2, lett. *s*), Cost. e 11, comma 4, d.lgs. n. 79/1999; — che la medesima disciplina contrasta anche con l'art. 117, comma 2, lett. *e*), Cost., secondo cui spetta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza; — che in un mercato liberalizzato dell'energia, una disposizione che aumenta in modo tanto elevato il prezzo dell'energia in una sola parte del territorio nazionale produce effetti sulla concorrenza e rientra perciò nella competenza esclusiva statale; — che l'art. 1-*bis*, comma 16, del d.P.R. n. 235/1977, è inapplicabile per il principio di sussidiarietà verticale in quanto la materia è attratta nella competenza legislativa statale, sicché i canoni di derivazione dovrebbero essere determinati, anche nella provincia di Bolzano, ai sensi della legge n. 36/1994, del D.M. n. 90/1997 e del D.M. 24 novembre 2000.

Chiese pertanto, in via pregiudiziale, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, legge prov. n. 1 del 2004, nonché dell'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. Bolzano 29 agosto 2000, n. 13, sotto diversi profili e con riferimento a diversi parametri costituzionali; di sottoporre alla Corte di Giustizia europea l'esame dell'eventuale contrasto di tale disciplina con diversi principi del Trattato UE; nel merito, previa disapplicazione della normativa in questione, di accertare che essa attrice nulla deve alla provincia di Bolzano per la parte eccedente € 1.006.783,30 a titolo di canone per la derivazione d'acqua per l'anno 2004, con condanna della stessa alla restituzione di quanto pagato in eccedenza.

2. — Con successivo ricorso notificato il 12 giugno 2005 l'Azienda Energetica S.p.a. - Etschwerke A.G. (AEEW) convenne dinanzi al tribunale regionale delle acque pubbliche di Venezia la Provincia autonoma di Bolzano, proponendo le medesime considerazioni e le stesse domande di cui al precedente ricorso, in relazione ai canoni di derivazione idroelettrica per l'anno 2005 ed in riferimento all'art. 29, legge prov. n. 1 del 2004.



3. — La Provincia autonoma di Bolzano si costituisce in entrambi i giudizi eccependo il difetto di giurisdizione del giudice adito e contestando nel merito il fondamento della domanda.

4. — Il tribunale regionale delle acque pubbliche di Venezia, con sentenza n. 928/08, emessa il 5 giugno 2008 e depositata il 30 giugno 2008, respinse la domanda relativa ai canoni del 2004, compensando le spese di lite.

Il medesimo tribunale regionale, con sentenza n. 927/08, emessa il 5 giugno 2008 e depositata il 30 giugno 2008, respinse la domanda relativa ai canoni del 2005, compensando le spese di lite.

5. — Con ricorso notificato il 23 ottobre 2008 — ed iscritto al R.G. n. 277/08 — l'AE-EW ha proposto appello avverso la sentenza n. 927/08. Ricorda preliminarmente che essa è interamente partecipata dai comuni di Bolzano e Merano e svolge anche compiti di produzione di energia elettrica; e che ha dovuto contestare le pretese della Provincia di pagamento dei canoni di derivazione idroelettrica per l'anno 2005, i quali erano stati calcolati sulla base dell'art. 29, legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, che aveva innalzato in modo spropositato il canone per lo scaglione di potenza concessa in supero a 3.000 kW, portandolo a C 24,00, ossia ad un importo di circa il doppio della media dei canoni applicati dalle altre regioni ed anche dalla provincia di Trento. Dopo aver ricordato lo sviluppo della legislazione statale, regionale e provinciale in materia di concessioni di derivazione di acque pubbliche e dei relativi canoni, deduce i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge Cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23, legge n. 87/1953 in riferimento alla illegittimità dell'art. 1, legge prov. 9 marzo 1983, n. 10, come modificato dall'art. 3, commi 1 e 2, legge prov. 29 agosto 2000, n. 13 e dall'art. 29, legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, per violazione degli artt. 3, 23, 41, 117 e 120 Cost.; dell'art. 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235; dei principi fondamentali della legislazione statale vigente; dell'art. 117, comma 1, Cost., per violazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario di certezza del diritto e dell'affidamento. In ogni caso incompatibilità con l'ordinamento comunitario dell'art. 1, legge prov. 9 marzo 1983, n. 10, come modificato dall'art. 3, comma 2, legge prov. 29 agosto 2000, n. 13 e dall'art. 29, legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, per violazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario di certezza del diritto e dell'affidamento.

Osserva in particolare che l'art. 29 legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, è in contrasto con gli indicati precetti costituzionali perché, in difetto di alcun presupposto logico, ha modificato in modo esorbitante l'importo del canone per le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, che era stato fissato dal medesimo legislatore pochi anni prima con la legge prov. 29 agosto 2000, n. 13. Infatti, aumentando in modo spropositato gli importi, la legge provinciale ha violato il principio di certezza del diritto e il principio di affidamento, principi generali dell'ordinamento comunitario. Il travolgimento dell'affidamento legittimo costituisce anche violazione dell'art. 41 Cost. La violazione di questi principi costituzionali e comunitari è ancor più evidente considerando che l'art. 29 legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, è stato emanato solo un anno dopo l'approvazione della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, che aveva confermato, all'art. 41, il principio fondamentale vigente, secondo cui i canoni determinati nell'anno 2000 sarebbero stati semplicemente aggiornati, con cadenza biennale, dalla giunta provinciale, tenuto conto soltanto della variazione del costo della vita. La legge provinciale, per di più, ha applicato l'aggiornamento a tutte le concessioni in atto, e non solo a quelle future, rinnovate o prorogate. La legislazione precedente aveva fatto sorgere nei concessionari un legittimo affidamento. Da qui la illegittimità costituzionale di tale disciplina e la sua disapplicabilità.

Osserva poi che l'art. 29 cit. è illegittimo anche perché costituisce una legge provvedimento con la quale il legislatore ha avocato la competenza assegnata alla giunta provinciale, ed ha anche violato i criteri prestabiliti dal medesimo legislatore provinciale nonché i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale vigente, i quali consentono alle regioni di adeguare i canoni alle scadenze previste tenuto conto della variazione del costo della vita. Sono invero illegittime le leggi provvedimento che violano i criteri prestabiliti dal medesimo legislatore. La legge quindi non ha rispettato i principi che governano l'azione amministrativa di cui essa è succedanea.

In ogni caso, la disciplina in questione, espressione di una potestà legislativa concorrente, è in contrasto con i principi fondamentali della legislazione statale vigente. Innanzitutto con il principio secondo cui i canoni sono differenziati solo per tipologia di fruizione. Inoltre la differenziazione introdotta ha elementi di irragionevolezza e contraddittorietà che determinano l'eccesso di potere legislativo, in quanto è incentrata sugli scaglioni della potenza riconosciuta, che non sono riconducibili ad alcuna disciplina esistente. Il canone finisce quindi per essere collegato esclusivamente alla quantità di acqua di cui si consente l'utilizzazione, ma allora non si comprende un criterio di determinazione progressivo, non ancorato ad alcun valore che muti con modalità non proporzionali alla elevazione della potenza concessa. Tale criterio incentiva la proliferazione di piccoli impianti a basso rendimento, complessivamente più impattanti. Da qui la violazione degli artt. 3, 23, 41 e 117, comma 3, Cost.

Osserva poi che la legge provinciale, con l'esorbitante incremento del canone, ha ecceduto dai limiti della propria competenza legislativa in punto di determinazione dei canoni, in quanto ha introdotto una determinazione disancorata dal valore della concessione, e quindi dalla finalità di stabilire un corrispettivo. La provincia infatti non può esercitare



il potere di determinare i canoni come strumento di politica economica o fiscale, con finalità di incidere sul mercato della generazione idroelettrica. Ciò tanto più in quanto la stessa provincia è autorizzata a costituire una impresa pubblica in forma societaria che può svolgere tale attività economica, e quindi assume la veste di operatore del medesimo mercato. È quindi illegittima la disciplina provinciale che, senza un ancoramento alla disciplina di principio statale ed ai valori delle concessioni, ha fissato nuovi canoni disancorati ed esorbitanti rispetto alla media di quelli praticati nelle altre regioni. Del resto i principi fondamentali statali hanno conferito alle regioni poteri di determinazione dei canoni concessori nella forma di poteri di adeguamento periodico, osservando le entità minime ed i criteri precisati;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235; violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 4, 14.2, e 23-31 del Trattato CE; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge Cost. n. 1/1948 e dell'art. 23, legge n. 87/1953 in riferimento alla illegittimità dell'art. 1 legge prov. 9 marzo 1983, n. 10, come modificato dall'art. 3, commi 1 e 2, legge prov. 29 agosto 2000, n. 13 e dall'art. 29 legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, per violazione degli artt. 3, 41 e 120 Cost.

Osserva che la disciplina in esame, aumentando i costi di produzione della energia elettrica, produce effetti restrittivi paragonabili a quelli di un dazio, che limita la circolazione dei prodotti ed osta alla creazione di uno spazio commerciale comune. Infatti la disciplina, attuando un aumento del canone fortemente differenziato, comporta un pregiudizio nei confronti dei produttori idroelettrici operanti nel territorio, che ostacola il libero commercio tra le regioni. La legge è anche assolutamente irragionevole, perché disincentiva la produzione di energia idroelettrica in contrasto col *favor* che permea l'ordinamento in favore delle fonti energetiche rinnovabili;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge Cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 legge n. 87/1953 in riferimento alla illegittimità dell'art. 1 legge prov. 9 marzo 1983, n. 10, come modificato dall'art. 3, commi 1 e 2, legge prov. 29 agosto 2000, n. 13 e dall'art. 29 legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, per violazione degli artt. 3, 23, 41, 117 Cost.; degli artt. 5, 9 e 13 dello Statuto T.-A.A.; degli artt. 1 e 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235; dei principi fondamentali della legislazione statale vigente; dell'art. 117, comma 1, Cost., per violazione degli obblighi internazionali.

Lamenta che la disciplina *de qua* determina un rilevante pregiudizio alla economia della società appellante e priva le comunità locali di riferimento dei comuni di Bolzano e Merano di significative quote di risorse derivanti dalle attività elettriche che lo Statuto le ha riservato. Si ha quindi violazione dello statuto di autonomia che esclude che la provincia possa sfruttare la determinazione del canone come strumento per sottrarre parte del reddito prodotto dal concessionario. L'art. 13 dello statuto difatti riconosce già alle province una cospicua quota di energia prodotta dai concessionari di grandi derivazioni, nella forma di sovracanone che ha finalità solidaristica e funzione diversa da quella del canone. In tal modo lo statuto ha escluso che la provincia possa acquisire parte del valore prodotto dalla concessione con altre modalità. La norma in esame invece ha imposto un nuovo balzello sotto le spoglie di una nuova determinazione del canone.

Osserva poi che la disciplina finisce per abbattersi esclusivamente sugli enti locali concessionari i quali, a differenza delle imprese private, non sono in grado di delocalizzare le produzioni poiché devono istituzionalmente gestire le attività elettriche nel territorio provinciale. Di qui una intollerabile discriminazione tra imprenditori nel medesimo territorio e la violazione dell'art. 1 del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235.

Inoltre, si è introdotta una illogica e intollerabile discriminazione in danno di tutti i concessionari della provincia nei confronti degli operatori che operano al di fuori del territorio provinciale, con violazione degli artt. 41 e 120 Cost.

6. — Con analogo ricorso notificato il 23 ottobre 2008 — ed iscritto nel R.G. col n. 278/08 — l'AE-EW ha proposto appello avverso la sentenza n. 928/08.

Con questo ricorso vengono proposti analoghi motivi e considerazioni ed analoghe domande, in riferimento alla sentenza n. 927/08, relativa ai canoni di derivazione per il 2004.

7. — In entrambe le cause si è costituita la Provincia Autonoma di Bolzano, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto degli appelli.

8. — Con ordinanza collegiale emessa il 7 luglio 2010 il procedimento R.G. n. 278/08 è stato riunito a quello R.G. n. 277/08.

9. — Con altra ordinanza collegiale del 7 luglio 2010 è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 della legge prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2004 e per il triennio 2004-2006 e norme legislative collegate - Legge finanziaria 2004) nonché dell'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. Bolzano 29 agosto 2000, n. 13 (Disposizioni finanziarie in connessione con l'assestamento del bilancio di previsione della provincia di Bolzano per l'anno finanziario 2000 e per il triennio 2000-2002 e norme legislative collegate), che modificano l'art. 1 della legge prov. Bolzano 9 marzo 1983, n. 10 (Ade-



guamento della misura dei canoni per le utenze di acqua pubblica), in riferimento all'art. 117, commi 1 e 3, Cost. (per violazione dei principi generali comunitari e dei principi fondamentali della legislazione statale), all'art. 117, comma 2, lett. e) ed s), Cost. (per violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e dell'ambiente), all'art. 3 Cost. (sotto diversi profili di manifesta irragionevolezza, di ingiustificata disparità di trattamento e di eccesso di potere legislativo), agli artt. 23, 24, 41, 97, 113, 120 Cost., nonché agli artt. 5, 9 e 13 dello Statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige ed agli artt. 1 e 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino Alto Adige in materia di energia).

Il giudizio è stato quindi sospeso e gli atti sono stati trasmessi alla Corte costituzionale.

10. — Con ordinanza n. 178 del 2011, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 15 giugno 2011, la Corte costituzionale ha restituito gli atti a questo Tribunale Superiore per un nuovo esame della rilevanza delle questioni sollevate. Ciò perché, successivamente alla deliberazione dell'ordinanza di rimessione, l'art. 31, comma 1, lett. a), della legge provinciale n. 15 del 2010 ha disposto l'abrogazione dell'art. 1, comma 1, lett. c), della legge provinciale 29 marzo 1983, n. 10, e successive modifiche, cioè della norma direttamente censurata dal rimettente.

11. — Con ricorso del 19 ottobre 2011, depositato il 19 ottobre 2011, l'appellante Azienda Energetica S.p.a. - Etschwerke A.G. (AEEW) ha chiesto la prosecuzione del giudizio.

Il Presidente ha fissato l'udienza collegiale del 25 gennaio 2012 per la discussione.

L'appellata Provincia autonoma di Bolzano ha depositato memoria difensiva.

D I R I T T O

12. — Preliminarmente deve ricordarsi che la questione di legittimità costituzionale può essere eccepita dalle parti o sollevata d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo, indipendentemente da quanto eccepito e deciso nei precedenti gradi di giudizio. In questa sede, quindi, non deve essere esaminata l'esattezza della sentenza impugnata, ma solo valutata la rilevanza e non manifesta infondatezza delle eccezioni d'incostituzionalità proposte con l'atto di appello.

Per la stessa ragione è infondata l'eccezione della appellata Provincia di inammissibilità dell'appello perché proporrrebbe domande ed eccezioni nuove (peraltro non indicate). Le questioni di costituzionalità possono sempre essere eccepite senza limiti e preclusioni, mentre il *petitum* (accertamento della somma dovuta a titolo di canone e restituzione delle somme indebitamente versate) è rimasto identico.

13. — Quest'ultima osservazione mostra anche come sia infondata l'eccezione della Provincia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto del requisito della incidentalità. La domanda dell'appellante è direttamente rivolta a fare accertare quale sia la somma legalmente dovuta a titolo di canone ed alla restituzione degli importi indebitamente versati. Rispetto all'oggetto principale della domanda la questione di incostituzionalità è quindi meramente incidentale.

Le questioni prospettate sono anche sicuramente rilevanti, perché la fondatezza della domanda principale azionata dall'appellante è condizionata dal loro accoglimento e dal conseguente annullamento delle norme provinciali, sicché l'esito del presente giudizio dipende dalla risoluzione delle questioni di costituzionalità.

Non è poi possibile una interpretazione adeguatrice delle disposizioni in esame, perché esse si limitano a determinare l'ammontare del canone di concessione delle grandi derivazioni ad uso idroelettrico e perciò non sono suscettibili di interpretazioni alternative.

14. — In ossequio alla ordinanza della Corte costituzionale n. 178 del 2011, di restituzione degli atti al giudice *a quo*, occorre valutare se le questioni di legittimità costituzionale, già sollevate con l'ordinanza del 7 luglio 2010, sono ancora rilevanti nel giudizio successivamente all'entrata in vigore (il 5 gennaio 2011) dell'art. 31, comma 1, lett. a), della legge prov. 23 dicembre 2010, n. 15, che ha abrogato l'art. 1, comma 1, lett. c), della legge provinciale 29 marzo 1983, n. 10, e successive modifiche.

Rileva il Tribunale che non sembrano esservi dubbi sulla perdurante rilevanza delle suddette questioni di legittimità costituzionale.

Può preliminarmente precisarsi che l'oggetto delle sollevate questioni di legittimità costituzionale non è costituito propriamente dall'art. 1 della legge prov. Bolzano 9 marzo 1983, n. 10, bensì dal testo di questa disposizione come sostituito prima dall'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. Bolzano 29 agosto 2000, n. 13, e poi dall'art. 29 della legge



prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1. Queste ultime due disposizioni, infatti, sono quelle che devono essere applicate nel presente giudizio e solo rispetto ad esse, quindi, è rilevante la questione di legittimità costituzionale.

Va dunque rilevato che la legge prov. n. 15 del 2010 ha, all'art. 5, inserito dopo l'art. 19 della legge prov. 20 luglio 2006, n. 7, un art. 19-*bis*, il cui comma 2 dispone che «I canoni annui relativi alle utenze di acqua pubblica per uso idroelettrico sono rideterminati in 9,65 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta fino a 220 kW, con una quota annua esente di 50,00 euro, in 11,95 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta da 220 kW fino a 3.000 kW e in 27,15 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta oltre 3.000 kW». Di conseguenza, a causa dell'avvenuta emanazione di una nuova norma sulla determinazione dei canoni, la medesima legge prov. n. 15 del 2010 all'art. 31, comma 1, lett. a), ha disposto l'abrogazione dell'art. 1, comma 1, lett. c), della legge prov. n. 10 del 1983, e successive modifiche, che in precedenza fissava l'ammontare dei canoni annui per le concessioni di acque pubbliche per uso idroelettrico.

Il presente giudizio ha ad oggetto i canoni di concessione richiesti e dovuti per gli anni 2004 e 2005. I canoni dovuti dal 1° luglio 2004 al 31 dicembre 2005 sono disciplinati dall'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, che aveva abrogato e sostituito il testo dell'art. 1, commi 1, lett. c), e 2, della legge prov. n. 10 del 1983, n. 10 (stabilendo, al comma 3, che gli aumenti apportati decorrevano dal 1° luglio 2004). I canoni dovuti dal 1° gennaio al 30 giugno 2004 sono invece disciplinati dall'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, che aveva a sua volta in precedenza abrogato e sostituito il testo dell'art. 1, commi 1, lett. c), e 2, della legge prov. n. 10 del 1983, n. 10.

Ora, poiché la nuova determinazione dei canoni per uso idroelettrico posta dall'art. 5 della legge prov. n. 15 del 2010 non ha — in mancanza di qualsiasi indicazione in senso contrario del legislatore provinciale — effetto retroattivo, essa può riguardare solo i canoni dovuti dal 2011 in poi e comunque non può applicarsi nel presente giudizio che ha per oggetto canoni del 2004 e del 2005, per i quali, conformemente ai principi generali in tema di abrogazione di norme, continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti all'epoca in cui è sorto il diritto della Provincia alla riscossione dei canoni, ossia appunto le norme in relazione alle quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, la quale, di conseguenza, continua ad essere rilevante per la risoluzione della presente controversia.

Ad una diversa soluzione potrebbe, in ipotesi, giungersi soltanto qualora si ritenesse che l'art. 31, comma 1, lett. a), della legge prov. n. 15 del 2010 sia totalmente sganciato dal precedente art. 5 (che ha stabilito nuovi ammontari dei canoni per uso idroelettrico) e che il legislatore provinciale, operando in questo modo invece che mediante la sostituzione del vecchio testo come aveva sempre fatto in precedenza, abbia inteso, con l'art. 31, abrogare l'art. 1, comma 1, lett. c), della legge prov. n. 10 del 1983, e successive modifiche, indipendentemente dalla posizione di una disciplina sostitutiva e quindi con effetto retroattivo. Ed invero, solo se si dovesse giungere ad una interpretazione di questo tipo e perciò ritenere che le norme provinciali in tema di determinazione dei canoni di concessione di acque per uso idroelettrico poste dalla legge prov. n. 10 del 1983 e dalle successive modificazioni siano state abrogate retroattivamente e quindi non siano più applicabili alle fattispecie in esame, le proposte questioni di legittimità costituzionale sarebbero divenute irrilevanti perché lo *ius superveniens* avrebbe fatto venire meno, per gli anni in esame, l'obbligo dell'appellante di corrispondere i canoni nella misura richiesta dalla Provincia e l'appello dovrebbe pertanto essere accolto per tale ragione.

Il Tribunale Superiore ritiene peraltro che non possa aderirsi ad una siffatta interpretazione perché (quali che siano stati i motivi che hanno spinto il legislatore provinciale ad adottare questa tecnica) l'obiettivo *ratio legis* porta a ritenere che anche in questo caso si è trattato in sostanza di una sostituzione della previgente disposizione sull'ammontare dei canoni con una nuova disciplina valevole per i canoni futuri. Deve quindi ritenersi che anche l'abrogazione della norma previgente non abbia effetto retroattivo, con la conseguenza che per il passato continuano a dover trovare applicazione le norme all'epoca vigenti.

Deve quindi ribadirsi che l'abrogazione prevista dall'art. 31, comma 1, lett. a), della legge prov. 23 dicembre 2010, n. 15, non ha fatto venir meno nel presente giudizio la rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

L'unica conseguenza di questo ulteriore intervento della Provincia di Bolzano in materia di ammontare di canoni per concessioni di acque pubbliche, anziché mediante i previsti provvedimenti amministrativi, con atti aventi forza di legge provinciale che ricalcano i criteri adottati dalla precedente disciplina, sembra quindi essere la possibilità per la Corte costituzionale di una eventuale applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in riferimento all'art. 19-*bis*, comma 2, della legge prov. 20 luglio 2006, n. 7, come inserito dall'art. 5 della legge prov. 23 dicembre 2010, n. 15.

15. — Venendo all'esame del requisito della non manifesta infondatezza, deve rilevarsi che, com'è ben noto, nel caso in cui le parti prospettino una questione di legittimità costituzionale, il giudice ordinario non deve stabilire se la questione sia fondata o infondata, compito questo spettante esclusivamente alla Corte costituzionale, bensì unicamente se la questione sia o non sia manifestamente infondata. Il giudice deve quindi limitarsi ad una valutazione sommaria



della questione, per accertare se esista, a prima vista, almeno un dubbio plausibile di costituzionalità ed a svolgere un controllo finalizzato soltanto ad escludere le questioni prive di un minimo di serietà e di ponderazione, sollevate solo a fini dilatori.

Come questo Tribunale ha già osservato nella precedente ordinanza del 7 luglio 2010 — che qui viene per la gran parte riportata in ossequio alla giurisprudenza della Corte costituzionale sulla necessità di autosufficienza delle ordinanze di rimessione — nella specie le questioni di legittimità costituzionale prospettate dall'appellante sono, come meglio si dirà, per la gran parte plausibili, certamente non sollevate a fini dilatori e dotate di serietà e ponderazione. Sussiste almeno un serio dubbio d'illegittimità costituzionale, il che è sufficiente ad escludere la manifesta infondatezza delle questioni stesse. Una valutazione maggiormente approfondita da parte di questo Tribunale invaderebbe il campo riservato alla esclusiva spettanza del giudice delle leggi e sottrarrebbe all'interessato il diritto, costituzionalmente garantito, di far giudicare dal giudice competente la legittimità delle norme provinciali che impediscono il riconoscimento del diritto vantato in questa sede.

Poiché, per quanto dianzi osservato, le questioni sono anche sicuramente rilevanti, sussistono, a parere di questo Tribunale, i presupposti perché debbano essere sollevate le seguenti questioni di legittimità costituzionale.

16. — Devono preliminarmente essere esaminati i dedotti profili di contrasto delle norme provinciali in questione con norme e principi comunitari.

Va, in particolare, qui esaminata l'eccezione secondo cui il maggior importo del canone di concessione avrebbe natura di tassa ad effetto equivalente ai dazi all'importazione-esportazione, tassa in quanto tale vietata — con efficacia immediatamente precettiva (Corte Giustizia, sent. 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos, c-26/62) — dagli artt. 23 e 25 del Trattato CE, atteso che il canone di derivazione d'acqua per uso idroelettrico sarebbe stato disposto unilateralmente per legge, *ratione loci* e con effetti assimilabili ad un dazio doganale.

L'eccezione è preliminare perché, dato il carattere immediatamente precettivo della norma comunitaria, il contrasto con quest'ultima determinerebbe la non applicazione della norma provinciale in esame, e quindi la irrilevanza delle eccepite questioni di illegittimità costituzionale.

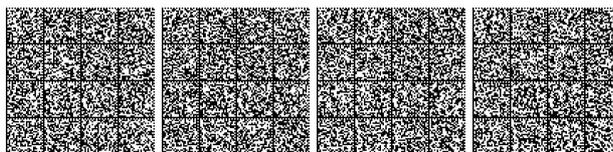
L'eccezione appare però, allo stato, infondata, in quanto il Collegio ritiene di confermare quanto in una precedente occasione sostenuto in relazione alla norma in esame, e cioè che «i canoni di derivazione dell'energia elettrica non rappresentano dazi doganali o misure di effetto equivalente sia perché non hanno carattere fiscale, ma al più, prestazioni imposte. Non essendo applicabili al momento dell'uscita della merce dal territorio comunitario (*cf.* Corte Giustizia CE, 12 giugno 1977, n. 89), non è ravvisabile alcun contrasto con il divieto di imposizione di misure equivalenti ai dazi doganali» (Trib. Sup. Acque, 10 ottobre 2007, n. 165, punto 13.4; v. anche Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 2009, n. 15234).

17. — Per quanto concerne invece gli altri eccepiti contrasti con norme comunitarie, gli stessi non potrebbero portare ad una non applicazione della norma nazionale. Ed infatti non è dedotto un diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario (eventualmente come specificato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia), che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso, bensì una non conformità della norma interna con principi generali dell'ordinamento comunitario. Il Collegio ritiene che allo stato non vi siano i presupposti per disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione dei principi comunitari invocati dall'appellante, sicché i denunciati profili di non conformità si risolvono in una denuncia di illegittimità costituzionale. Nel nostro ordinamento, invero, l'eliminazione di un eventuale contrasto tra la norma interna ed un principio generale dell'ordinamento comunitario (o europeo) spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe ad essere aggirata se si ammettesse una sorta di controllo «diffuso» di «compatibilità comunitaria».

18. — Appare opportuno riassumere brevemente il quadro normativo che viene in rilievo nella presente vicenda, richiamando anche la ricostruzione operata da Corte cost., sent. n. 1 del 2008 e da Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 2009, n. 15234.

Per quanto attiene alla competenza legislativa della Provincia di Bolzano in materia di concessione di acque pubbliche e di determinazione dei relativi canoni, va ricordato che fino alla emanazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59), la competenza in materia di grandi derivazioni idroelettriche situate nel territorio delle regioni a statuto ordinario apparteneva allo Stato, al quale spettavano, a titolo dominicale, i canoni di concessione, quando le grandi derivazioni afferivano al demanio idrico statale.

Detta competenza si esercitava anche in riferimento al territorio delle Province autonome di Trento e di Bolzano, perché l'art. 9, comma 1, n. 9, del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino Alto Adige) eccettuava le grandi derivazioni a scopo idroelettrico dalla



materia dell'utilizzazione delle acque, devoluta alla competenza concorrente della regione a statuto speciale e delle province autonome, prevedendo unicamente un coinvolgimento procedimentale (art. 12), ovvero l'intesa (art. 13, u.c., concernente l'ipotesi alquanto marginale di domanda concorrente dell'Enel e degli enti locali) delle province interessate.

L'art. 71 dello statuto speciale attribuiva, peraltro, alle province interessate i nove decimi del gettito dei canoni riscossi per le grandi derivazioni a scopo idroelettrico relative al proprio territorio, mentre l'art. 4 del d.lgs. 16 marzo 1992, n. 268 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino Alto Adige in materia di finanza regionale e provinciale) chiariva che il predetto art. 71 si riferiva alle concessioni relative al demanio idrico statale, spettando alle province autonome l'intero canone delle concessioni relative al proprio demanio idrico.

L'art. 86 del citato d.lgs. n. 112 del 1998, in attuazione della delega contenuta nella legge 15 marzo 1997, n. 59, ha innovato profondamente la materia, conferendo alle regioni competenti per territorio l'intera gestione del demanio idrico (la cui titolarità restava comunque allo Stato), e il successivo art. 88 ha poi specificato che detta gestione comprende tutte le funzioni amministrative relative alle derivazioni di acqua pubblica, alla ricerca, estrazione e utilizzazione delle acque sotterranee, alla tutela del sistema idrico sotterraneo, nonché alla determinazione dei canoni di concessione e all'introito dei relativi proventi.

Nel conferire tali funzioni, il d.lgs. n. 112 del 1998 ha peraltro fatto temporaneamente salva (art. 29, comma 3) la competenza dello Stato in materia di grandi derivazioni, prevedendo che, fino all'entrata in vigore delle norme di recepimento della direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996 (Direttiva del parlamento europeo e del Consiglio concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica), le concessioni sono rilasciate dallo Stato d'intesa con la Regione interessata ovvero, in caso di mancata intesa nel termine di sessanta giorni, dallo Stato.

Successivamente, con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, è stata data attuazione alla citata direttiva 96/92/CE e si è pertanto realizzata la condizione cui l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 112 del 1998 subordinava il trasferimento delle competenze alle Regioni.

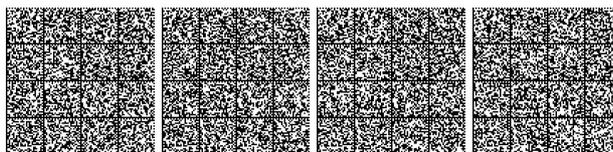
Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 ottobre 2000 (Individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative da trasferire alle regioni ed agli enti locali per l'esercizio delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di demanio idrico), adottato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 59 del 1997, si è infine provveduto a dare definitiva attuazione al disegno prefigurato dal legislatore del 1997, prevedendosi il trasferimento alle regioni, a decorrere dal 1° gennaio 2001, del personale, dei mezzi strumentali e di tutti gli atti relativi agli affari pendenti in materia di derivazioni di acque pubbliche.

19. — Per quanto attiene poi alla specifica posizione della Regione Trentino-Alto Adige, o meglio delle Province autonome di Trento e di Bolzano, mentre l'art. 9, comma 1, n. 9, dello statuto speciale escludeva le grandi derivazioni dalla competenza concorrente delle due province in materia di utilizzazione delle acque pubbliche, il d.lgs. 11 novembre 1999, n. 463 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di demanio idrico, di opere idrauliche e di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, produzione e distribuzione di energia elettrica) ha realizzato l'adeguamento dello statuto speciale al nuovo sistema dettato dal d.lgs. n. 112 del 1998 e dal d.lgs. n. 79 del 1999, conformemente a quanto previsto dall'art. 10 dello stesso d.lgs. n. 112 del 1998.

Il suddetto decreto legislativo, per quanto qui interessa, ha modificato l'art. 8, comma 1, lett. e), del d.P.R. 20 gennaio 1973, n. 115 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige in materia di trasferimento alle province autonome di Trento e di Bolzano dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato e della Regione), trasferendo alle due province il demanio idrico dello Stato. Ha inoltre modificato l'art. 14 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche), concernente l'ambito territoriale di competenza per le concessioni di grande derivazione, eliminando il riferimento allo statuto speciale della Regione. Ed ha infine introdotto nel d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di energia), un art. 1-bis, per il quale a decorrere «dal 1° gennaio 2000 è delegato alle Province autonome di Trento e di Bolzano, per il rispettivo territorio, l'esercizio delle funzioni statali in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico».

Va infine ricordato che, con l'entrata in vigore delle modifiche del Titolo V della Parte II della Costituzione, per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, alle Regioni ordinarie è stata attribuita una competenza legislativa concorrente in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia». L'art. 10 della detta legge costituzionale ha poi espressamente esteso le disposizioni della stessa anche alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite.

Poiché le competenze spettanti in materia di energia alle province autonome di Trento e di Bolzano in base allo statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige sono meno ampie rispetto a quelle riconosciute in tale materia alle regioni ordinarie dall'art. 117, comma 3, Cost., in forza del citato art. 10 della legge Cost. n. 3 del 2001 alle due province



autonome è attribuita una potestà legislativa concorrente nella materia della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» identica a quella delle regioni ad autonomia ordinaria.

Successivamente il d.P.R. 235 del 1977 ha subito alcune modifiche ad opera del d.lgs. 15 aprile 2003, n. 118, e poi del d.lgs. 7 novembre 2006, n. 289 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di demanio idrico, di opere idrauliche e di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, produzione e distribuzione di energia elettrica), il quale ha attribuito alle Province autonome di Trento e di Bolzano l'esercizio delle funzioni già esercitate dallo Stato in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico e la potestà legislativa, nel rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario e degli accordi internazionali, dell'art. 117, comma 2, Cost., nonché dei principi fondamentali delle leggi dello Stato, in materia di disciplina delle grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico.

Ciò del resto era già stato affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 133 del 2005, secondo la quale proprio le modifiche delle norme di attuazione dello Statuto di autonomia per il Trentino Alto Adige di cui al d.lgs. n. 463 del 1999 avevano definitivamente attribuito alle due province autonome la competenza in materia di concessioni di grandi derivazioni di acqua pubblica.

È pacifico pertanto — come esattamente affermato dalla sentenza impugnata e come ammesso da entrambe le parti — che la provincia autonoma di Bolzano ha potestà legislativa concorrente in materia di concessione di grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

20. — Per quanto riguarda in particolare i canoni di concessione va ricordato che l'art. 6 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, distingueva le derivazioni di acqua pubblica in piccole e grandi derivazioni, sulla base di criteri diversi a seconda dell'uso cui l'acqua era destinata. Quanto alle derivazioni per produzione di forza motrice, erano considerate grandi derivazioni quelle con potenza nominale media annua superiore a 220 Kw. Il criterio distintivo fu poi modificato dall'art. 1 della legge 24 gennaio 1977, n. 7, che per le derivazioni per produzione di energia elettrica elevò il limite da Kw 220 a Kw 3.000, limite quest'ultimo poi confermato dal nuovo testo dell'art. 6 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, come sostituito dal d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275. L'art. 3 della legge n. 7 del 1977, introdusse peraltro una nuova sud-distinzione nell'ambito delle piccole derivazioni, stabilendo che le derivazioni per forza motrice di potenza nominale media tra 220 Kw e 3.000 Kw restavano assoggettate agli oneri previsti dagli artt. 52 e 53 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, e succ. modif., nonché dalle leggi n. 959 del 1953 e n. 1254 del 1959, in tema di riserva di energia elettrica, di canoni e di sovracani in favore degli enti locali.

L'art. 35 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, poi, fissava il principio della onerosità della concessione di derivazione di acque pubbliche nonché il principio che le relative utenze sono sottoposte al pagamento di un canone annuo di ammontare diverso a seconda della utilizzazione cui è finalizzata la concessione, distinguendo tra le derivazioni per «acqua potabile o di irrigazione» (per le quali il canone era fissato per ogni modulo, pari a cento litri al minuto secondo) e quelle «per forza motrice» (per le quali era fissato per ogni cavallo nominale di forza motrice). Le derivazioni per uso industriale erano, in mancanza di specifica regolamentazione, equiparate alle derivazioni per uso irriguo o di acqua potabile (v. circ. 18 marzo 1936, n. 11827, Min. LL.PP.).

Più di recente un adeguamento dei canoni fu operato con l'art. 10 del decreto-legge 2 ottobre 1981, n. 546, convertito in legge 1° dicembre 1981, n. 692, il quale fissò l'ammontare (diverso per le diverse utilizzazioni) per ogni modulo per l'uso di irrigazione (o in alcuni casi per ogni ettaro), o per l'uso potabile, igienico, industriale o di piscicoltura, ovvero per ogni chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta per l'uso idroelettrico.

Successivamente, l'art. 18 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), stabilì il principio generale che i canoni «costituiscono il corrispettivo per gli usi delle acque prelevate», e li determinò di nuovo in somme diverse per i diversi usi, e precisamente per ogni modulo di acqua per l'uso di irrigazione, per il consumo umano, per uso industriale, per la piscicoltura e altro, e per ogni chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta per l'uso idroelettrico. Il comma 5 del suddetto art. 18 fissò poi il principio che i successivi aggiornamenti dei canoni sarebbero stati triennali ed agli stessi si sarebbe provveduto con decreti ministeriali tenendo conto del tasso di inflazione programmato. A seguito del trasferimento delle relative funzioni alle regioni avvenuto con l'art. 89 del d.lgs. n. 112/1998, all'aggiornamento triennale si è poi provveduto con decreti regionali.

Può infine per completezza ricordarsi — quanto alla legislazione statale — che l'art. 171 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente) — facendo riferimento alle grandi derivazioni in corso di sanatoria ricadenti nel territorio della Sicilia nelle more del trasferimento a tale regione del patrimonio idrico — ha rideterminato retroattivamente i canoni, a decorrere dal 1° gennaio 2002, differenziandoli di nuovo unicamente in relazione al tipo di utilizzazione e fissandoli in somme diverse, a seconda dei diversi usi, per ogni modulo di acqua o per ettaro (per uso irriguo), per ogni modulo (per uso industriale, piscicoltura, igienico e assimilati, servizi antincendio, autolavaggio e altri usi) e per ogni



chilowatt di potenza nominale assentita, per le concessioni di derivazione ad uso idroelettrico. Per quest'ultimo uso il canone è stato fissato in € 12,00 per chilowatt.

Tale disposizione, come detto, si riferisce espressamente alle grandi derivazioni in corso di sanatoria insistenti nel territorio della regione Sicilia. Tuttavia, questo Tribunale Superiore, con la sent. 2 dicembre 2009, n. 41/2010 (Regione Lombardia c. Acquedotto Industriale soc. coop. a r.l.), ha già rilevato che la disposizione stessa ha comunque confermato per tutte le concessioni i principi fondamentali fino ad allora vigenti in materia di canoni.

Inoltre, l'art. 154, comma 3, del medesimo d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ha stabilito il principio che «Al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, sono stabiliti i criteri generali per la determinazione, da parte delle regioni, dei canoni di concessione per l'utenza di acqua pubblica, tenendo conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa e prevedendo altresì riduzioni del canone nell'ipotesi in cui il concessionario attui un riuso delle acque reimpiegando le acque risultanti a valle del processo produttivo o di una parte dello stesso o, ancora, restituisca le acque di scarico con le medesime caratteristiche qualitative di quelle prelevate. L'aggiornamento dei canoni ha cadenza triennale».

21. — Per quanto riguarda la Provincia autonoma di Bolzano, la legge prov. 29 marzo 1983, n. 10 (Adeguamento della misura dei canoni per le utenze di acqua pubblica), riprodusse i principi e criteri già fissati dall'art. 10 del decreto-legge 2 ottobre 1981, n. 546 (e poi confermati dall'art. 18 della legge 5 gennaio 1994, n. 36), fissando, all'art. 1, il canone in una somma diversa per ogni modulo a seconda dei diversi usi (irriguo, potabile, igienico, industriale, piscicoltura) e per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta per l'uso idroelettrico.

Con l'art. 34 della legge prov. 3 maggio 1999, n. 1, venne introdotto nell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 il comma 13, con cui, conformemente al principio fondamentale fissato dalla legge statale, si stabiliva che «Gli importi dei canoni annui per le singole utenze di acqua pubblica vengono determinati dalla Giunta provinciale ed aggiornati ogni biennio».

Quindi, l'art. 3 della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, sostituì l'art. 3 della legge prov. n. 10 del 1983 ed operò una nuova rideterminazione dei canoni. In particolare il canone era fissato in una somma per ogni litro al secondo, somma differente a seconda che si trattasse di uso potabile, domestico ed antincendio, o di uso irriguo, o di uso industriale, riscaldamento, raffreddamento, impianti di autolavaggio e lavaggio inerti, o per produzione di neve artificiale, o per piscicoltura o uso nelle cooperative agricole o per altri usi. Per l'uso idroelettrico e per uso forza motrice il canone era poi fissato in lire 10.500 per ogni chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta. Con il comma 2, che sostituiva il comma 2 della legge prov. n. 10 del 1983, si stabiliva poi che «A decorrere dal 1° gennaio 2000 il canone annuo per l'uso idroelettrico oltre 3.000 chilowatt è stabilito nella misura di L. 30.000 per ogni chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta». Con il comma 3 (che inseriva nell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 il comma 2-bis), si stabiliva che gli importi dei canoni e sovracanonici di cui al r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, alla legge n. 959/1953 e alla legge n. 925/1980, «possono essere aggiornati annualmente dalla giunta provinciale entro il limite massimo delle variazioni in aumento del costo della vita, secondo l'indice rilevato dall'ISTAT».

Il comma 2-bis citato è stato di nuovo modificato dall'art. 41, comma 1, della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, che ha ribadito il principio che gli importi dei canoni e sovracanonici in questione «possono essere aggiornati ogni biennio dalla giunta provinciale in base alle variazioni del costo della vita secondo gli indici ISTAT, arrotondando i relativi importi per eccesso o per difetto a unità di 10 cent.». Il medesimo comma 2-bis è stato peraltro abrogato dall'art. 36 della legge prov. 28 luglio 2003, n. 12.

Il comma 2 del medesimo art. 41 della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, ha peraltro sostituito il comma 13 dell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 (introdotto dall'art. 34 della legge prov. 3 maggio 1999, n. 1), stabilendo che «Gli importi dei canoni annui e minimi per le singole utenze di acqua pubblica possono essere aggiornati ogni biennio dalla giunta provinciale in base alle variazioni del costo della vita secondo gli indici ISTAT. I relativi importi vengono arrotondati per eccesso o per difetto a unità di 10 cent. ».

Infine, l'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2004 e per il triennio 2004-2006 e norme legislative collegate (legge finanziaria 2004)), ha sostituito la lett. c) del comma 1 dell'art. 1 della legge prov. 29 marzo 1983, n.10, stabilendo che il canone per l'uso idroelettrico è fissato nei seguenti ammontari: «1) fino a 220 kW: 8,00 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta, con una quota annua esente di 50,00 euro; 2) da 220 kW fino a 3.000 kW: 10 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta; 3) oltre 3.000 kW: 24 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta». Il comma 3 ha poi stabilito che questi aumenti decorrono dal 1° luglio 2004.

Si ricorda infine — anche se ciò non rileva nel presente giudizio — che l'art. 31, comma 1, lett. a), della legge prov. 23 dicembre 2010, n. 15, ha abrogato l'art. 1, comma 1, lett. c), della legge provinciale 29 marzo 1983, n. 10, e le



successive modificazioni e che, contemporaneamente, l'art. 5 della stessa legge provinciale ha sostituito la precedente normativa inserendo dopo l'art. 19 della legge prov. 20 luglio 2006, n. 7, un art. 19-*bis*, il cui comma 2 dispone che «I canoni annui relativi alle utenze di acqua pubblica per uso idroelettrico sono rideterminati in 9,65 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta fino a 220 kW, con una quota annua esente di 50,00 euro, in 11,95 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta da 220 kW fino a 3.000 kW e in 27,15 euro per ogni Kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta oltre 3.000 kW». In sostanza vengono riprodotti i medesimi criteri adottati dalle disposizioni del 2004 e del 2000 e si modifica soltanto l'ammontare dei canoni.

22. — L'appellante eccepisce innanzitutto l'illegittimità costituzionale della citata disposizione di cui all'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1 (e di quella di cui all'art. 3 della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13), per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., in quanto, pur trattandosi di materia nella quale la Provincia autonoma ha solo potestà legislativa concorrente, è stata posta una disciplina che contrasta con i principi fondamentali stabiliti nella materia dalla legislazione dello Stato.

Secondo l'appellante, la disciplina provinciale, nella parte in cui ha fissato canoni differenziati, pur riferiti alla medesima fruizione delle acque, è in contrasto con il principio pacifico che governa la disciplina di settore da oltre settant'anni, in base al quale i canoni vengono differenziati solo per la tipologia di fruizione, mentre non sono diversificati tra loro i canoni relativi alla medesima fruizione. La disciplina provinciale, invece, differenzia il canone sulla base degli scaglioni di potenza riconosciuta o concessa, scaglioni che non sono riconducibili ad alcuna disciplina esistente. La diversificazione del canone sulla base degli scaglioni delle potenze, del tutto casualmente individuate dal legislatore regionale, non si fonda poi su alcuna valutazione riferibile alla tipologia delle concessioni e degli impianti, dal momento che tale diversificazione non è collegata né al diverso impatto ambientale, né al diverso rendimento, né ad altra circostanza idonea ad evidenziare il depauperamento delle risorse della collettività. Poiché quindi il canone è in realtà collegato soltanto alla quantità di acqua di cui si consente l'utilizzazione, non si comprende perché è stato fissato un criterio di determinazione del canone non già proporzionale (come previsto dal principio fissato dalla legislazione statale) bensì progressivo, anche se non ancorato ad alcun valore che muti con modalità non proporzionali (ma progressive) alla elevazione della potenza concessa.

23. — Va preliminarmente rilevato che i principi fondamentali della materia in oggetto non sono stati fissati espressamente dalle leggi dello Stato (peraltro risalenti ad epoca anteriore al trasferimento della competenza a regioni e province autonome), sicché essi devono essere individuati in via interpretativa dalla legislazione statale. L'individuazione di tali principi, che può implicare un giudizio di valore, spetta pacificamente alla Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio di fondatezza-non fondatezza della questione di costituzionalità. Il giudice ordinario, quindi, nell'ambito del giudizio di non manifesta infondatezza della questione, deve limitarsi a stabilire se l'esistenza di un dato principio fondamentale — o, comunque, la qualificazione di una determinata norma come principio fondamentale — sia non manifestamente infondata, ossia plausibile.

24. — Ciò posto, questo Tribunale ritiene che sia certamente plausibile — e molto probabilmente esatta — l'individuazione nella legislazione statale, oltre a quello della onerosità della concessione, anche di altri principi fondamentali, ed in particolare: *a)* del principio della differenziazione dei canoni esclusivamente in base alla tipologia della fruizione concessa e della unitarietà dei canoni relativi alla medesima utilizzazione; *b)* il principio della proporzionalità del canone all'effettiva entità dello sfruttamento delle risorse pubbliche che la concessione comporta; *c)* il principio della non previsione di una tariffa progressiva nell'ambito della medesima utilizzazione.

Ed infatti, come si è dianzi ricordato, l'art. 35 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, che costituiva la disposizione fondamentale in tema di canoni di concessione, stabiliva il principio che il canone dovesse essere diverso in relazione alla diversa utilizzazione cui era finalizzata la concessione, stabilendo un metodo di misurazione diverso a seconda delle utilizzazioni: modulo (cento litri al minuto secondo) per uso di acqua potabile, irriguo, industriale; cavallo nominale di forza motrice, per l'uso per forza motrice. Nell'ambito di ogni categoria di fruizione il canone era poi fissato con criterio proporzionale all'unità di misurazione: una certa somma per ogni modulo o per ogni chilowatt di potenza nominale, anche se diversa per le diverse utilizzazioni.

Questi criteri fondamentali sono sempre stati confermati da tutte le successive modifiche intervenute nella legislazione statale. Anche l'art. 18 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, ha individuato altri tipi di utilizzazione ed ha aggiornato i canoni in riferimento alle diverse fruizioni, ma ha ribadito che le unità di misura erano sempre il modulo d'acqua (per l'uso di irrigazione, per il consumo umano, per uso industriale, per la piscicoltura e altro) o il chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta (per l'uso idroelettrico), confermando il principio fondamentale che nell'ambito di ogni tipo di utilizzazione il canone era proporzionale alla unità di misurazione.



E, come si è dianzi visto, il medesimo principio fondamentale relativo ai criteri di differenziazione dei canoni è stato da ultimo ribadito — pur dopo il passaggio alle regioni della relativa competenza — dall'art. 171 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

L'unica differenziazione dei canoni ammessa nell'ambito della medesima categoria ha sempre riguardato esclusivamente la previsione di una riduzione del canone per l'ipotesi che il concessionario attui un riuso dell'acqua ovvero la restituisca con le medesime caratteristiche qualitative.

Questi principi e criteri furono, del resto, recepiti e confermati anche dall'art. 1 della legge prov. Bolzano 29 marzo 1983, n. 10, che fissò l'ammontare del canone per ogni modulo (per i diversi usi irriguo, potabile, igienico, industriale, piscicoltura) o per ogni chilowatt (per l'uso idroelettrico), ma sempre rispettando il principio della unicità del canone per ogni tipo di fruizione e della sua proporzionalità all'unità di misura.

Del resto, anche la citata sentenza di Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 2009, n. 15234, ha affermato che costituisce principio fondamentale nella materia «quello di onerosità della concessione e di proporzionalità dei canoni all'effettiva entità dello sfruttamento delle risorse pubbliche che la concessione comporta e all'utilità economica che il concessionario ne ricava» (punto 7).

25. — Deve anche essere evidenziato che nella legislazione statale la distinzione tra grandi e piccole derivazioni non ha mai avuto nulla a che vedere con la determinazione dell'ammontare del canone, ma ha sempre avuto rilievo esclusivamente per aspetti diversi, principalmente per le modalità ed i criteri di concessione.

Allo stesso modo, anche la distinzione, nell'ambito della categoria delle piccole concessioni ad uso idroelettrico, tra quelle di potenza inferiore a 220 kW e quelle di potenza tra 220 e 3.000 kW (introdotta dall'art. 3 della legge 24 gennaio 1977, n. 7), non ha mai avuto e non ha niente a che vedere con la determinazione dei canoni ma riguarda esclusivamente altri aspetti, soprattutto gli oneri relativi ai sovracani ed alle riserve di energia elettrica a favore degli enti locali.

Può quindi individuarsi un altro principio fondamentale della legislazione statale, ossia quello che sia la distinzione tra grandi e piccole derivazioni sia la distinzione, nell'ambito delle concessioni ad uso idroelettrico, fra quelle di potenza inferiore a 220 kW, fra 220 e 3.000 kW, e superiore a 3.000 kW, sono irrilevanti rispetto alla determinazione del canone e non vengono usate per differenziare i canoni nell'ambito della medesima categoria di utilizzazione.

26. — L'art. 29 della legge prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1 (che ha sostituito la lett. c) del comma 1 dell'art. 1 della legge prov. 29 marzo 1983) ha invece determinato il canone per le concessioni ad uso idroelettrico individuando tre sottocategorie nell'ambito della stessa categoria di utilizzazione e quindi fissando un criterio progressivo e non proporzionale. Il canone è stato infatti stabilito in € 8,00 per Kilowatt per le concessioni inferiori a 220 kW di potenza nominale, in € 10,00 per Kilowatt per quelle da 220 fino a 3.000 kW, ed in € 24,00 per Kilowatt per quelle oltre i 3.000 kW. Analogamente ha fatto l'art. 3 della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13.

Vi è quindi il serio e consistente dubbio che queste disposizioni abbiano violato i suddetti principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale, e precisamente il principio della differenziazione dell'ammontare dei canoni esclusivamente in riferimento alla tipologia della utilizzazione concessa; il principio dell'aumento del canone, all'interno della stessa categoria di fruizione, in misura proporzionale, e non già progressiva, all'effettiva entità dello sfruttamento della risorsa pubblica; il principio che la distinzione tra grandi e piccole derivazioni e la distinzione, nell'ambito di quest'ultime, tra derivazioni con potenza nominale inferiore o superiore a 220 kW è irrilevante rispetto alla determinazione del canone, che è unitario nell'ambito della stessa categoria.

Da qui il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni in questione in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost.

27. — Altro principio fondamentale costantemente espresso dalla legislazione statale è quello secondo cui i canoni non possono essere aumentati indiscriminatamente, bensì aggiornati ogni certo numero di anni con provvedimento amministrativo adottato dalla autorità amministrativa che deve attenersi ad un criterio predeterminato, generalmente costituito dal tasso di inflazione, o dall'aumento del costo della vita, o da simili parametri.

Appare dunque esservi sempre stato nella legislazione statale un principio fondamentale secondo cui il concessionario di una derivazione deve essere messo in condizione, al momento della concessione, di conoscere, sia pure in via approssimativa, quando ed entro che limiti potrà aumentare il canone di concessione e, conseguentemente, un principio fondamentale secondo cui i canoni non possono essere arbitrariamente aumentati senza tener conto dei limiti e dei criteri prefissati.

E difatti, successivamente alla determinazione fatta con l'art. 35 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, i canoni sono stati sempre adeguati con provvedimento amministrativo, salvo l'adeguamento effettuato con l'art. 10 del d.l. 2 ottobre 1981, n. 546, convertito in legge 1° dicembre 1981, n. 692, e quindi con la nuova disciplina posta dall'art. 18 della



legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli). Il comma 5 di detto art. 18, peraltro, enunciò espressamente il principio fondamentale — già desumibile dalla legislazione precedente — che i canoni sarebbero stati aggiornati con cadenza triennale mediante decreti ministeriali «tenendo conto del tasso di inflazione programmato e delle finalità di cui alla presente legge».

Dopo il trasferimento delle relative funzioni alle regioni, avvenuto con l'art. 89 del d.lgs. n. 112/1998, l'aggiornamento triennale è stato effettuato con decreti regionali.

E, come si è già dianzi ricordato, il detto principio fondamentale è stato confermato di recente anche dall'art. 154, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, dopo avere disposto che i criteri generali per la determinazione, da parte delle regioni, dei canoni di concessione per l'utenza di acqua pubblica sono stabiliti con decreto ministeriale, ha ribadito che «L'aggiornamento dei canoni ha cadenza triennale».

A tale principio generale si era uniformata anche la legislazione della Provincia di Bolzano. Infatti, l'art. 34 della legge prov. 3 maggio 1999, n. 1, introdusse nell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 il comma 13, che fissava il principio che «Gli importi dei canoni annui per le singole utenze di acqua pubblica vengono determinati dalla Giunta provinciale ed aggiornati ogni biennio».

Quindi, l'art. 3, comma 3, della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, inserì nell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 il comma 2-bis, col quale si stabiliva che gli importi dei canoni «possono essere aggiornati annualmente dalla giunta provinciale entro il limite massimo delle variazioni in aumento del costo della vita, secondo l'indice rilevato dall'ISTAT». Questo comma 2-bis fu poi modificato dall'art. 41, comma 1, della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, che dettò il principio che gli importi dei canoni «possono essere aggiornati ogni biennio dalla giunta provinciale in base alle variazioni del costo della vita secondo gli indici ISTAT, arrotondando i relativi importi per eccesso o per difetto a unità di 10 cent.».

Il detto comma 2-bis è stato poi abrogato dall'art. 36 della legge prov. 28 luglio 2003, n. 12, ma poco prima il comma 2 dello stesso art. 41 della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, aveva sostituito il comma 13 dell'art. 1 della legge prov. n. 10 del 1983 (introdotto dall'art. 34 della legge prov. 3 maggio 1999, n. 1), stabilendo che «Gli importi dei canoni annui e minimi per le singole utenze di acqua pubblica possono essere aggiornati ogni biennio dalla giunta provinciale in base alle variazioni del costo della vita secondo gli indici ISTAT. I relativi importi vengono arrotondati per eccesso o per difetto a unità di 10 cent.».

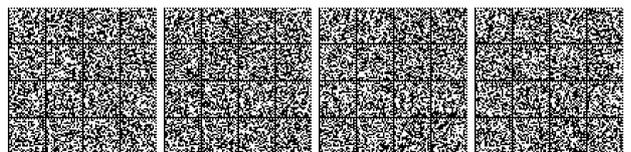
Vi è quindi il serio e consistente dubbio che l'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, e l'art. 3 della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, abbiano violato anche questo altro principio fondamentale della legislazione statale, secondo cui i canoni vengono aggiornati con provvedimento amministrativo e comunque in tempi prestabiliti e secondo criteri ed entro limiti prefissati, in modo che, già al momento della concessione, il concessionario sia in grado di conoscere, sia pure approssimativamente, quando ed entro che limiti il canone potrà aumentare.

Da qui il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni in questione in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost., sotto un diverso profilo.

28. — L'appellante sostiene anche che le norme provinciali appena indicate, nel ribadire il principio della aggiornabilità dei canoni solo a scadenze e con criteri prefissati, avevano anche confermato l'esigenza di una garanzia di stabilità per gli operatori del settore. Sennonché, dopo che la legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1, aveva confermato il più che legittimo affidamento dei concessionari, ribadendo che i canoni sarebbero stati soltanto aggiornati dalla giunta provinciale ogni due anni e tenuto solo conto della variazione del costo della vita, a solo un anno di distanza del tutto inaspettatamente l'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, ha disposto un inopinato ed esorbitante aumento del canone relativo alle potenze medie maggiori di 3.000 kW, portandolo da € 15,00 ad € 24,00 al kW. In tal modo il legislatore provinciale si sarebbe sottratto ai rigorosi meccanismi di adeguamento automatico che egli stesso aveva precisato conformemente ai principi fondamentali della legislazione statale.

L'appellante sottolinea anche che l'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, ha altresì stabilito che gli aumenti da esso previsti decorrono dal 1° luglio 2004 e che tali aumenti si applicano a tutte le concessioni in atto e non solo a quelle future, rinnovate o prorogate.

Eccepsce quindi la violazione del principio di certezza del diritto e del principio dell'affidamento, ossia di principi generali dell'ordinamento comunitario cui il legislatore provinciale, nelle materie in cui è applicabile il diritto comunitario, si deve uniformare ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. Eccepsce inoltre il contrasto con l'art. 41 Cost., in quanto, violando i due suddetti principi generali comunitari, la disposizione in esame determina un pregiudizio nei confronti della libertà di iniziativa economica, nella sua accezione più estesa. Ricorda, a questo proposito, che secondo la giurisprudenza comunitaria «il principio della certezza del diritto esige, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese» (Corte di Giustizia, Sez. II, 17 luglio 2008, C-347/06, punto 69), mentre il principio



della tutela del legittimo affidamento, richiede di «verificare se gli atti dell'autorità amministrativa abbiano ingenerato fondate aspettative in capo ad un operatore economico prudente ed accorto» (Corte di Giustizia, Sez. II, 14 settembre 2004, procedimenti riuniti da C-181/04 a C-183/04, punto 32). Sostiene quindi l'appellante che, nel caso di specie, la determinazione dei canoni nell'anno 2000, congiunta alla prescrizione legislativa pure reiterata nell'anno 2003, circa la sola aggiornabilità a cadenze biennali dei canoni, sulla base dell'incremento del costo della vita, ha certamente integrato un contegno idoneo a far sorgere il legittimo affidamento dei concessionari, che è stato poi compromesso dalla disciplina impugnata.

Ritiene il tribunale che tali eccezioni di legittimità costituzionale siano tutte plausibili e non manifestamente infondate. Sussiste quindi un serio dubbio di incostituzionalità dell'art. 29 (e dell'art. 3) in esame anche in riferimento agli artt. 3, 23, 41 e 117 comma 1, Cost.

29. — Eccepisce poi l'appellante società che il citato art. 29 ed il citato art. 3 appaiono costituzionalmente illegittimi anche perché, integrando, all'evidenza, un intervento del legislatore che ha avocato a sé la competenza già assegnata alla Giunta provinciale — oltre a violare i principi fondamentali della legislazione statale che consentono alle regioni di procedere all'adeguamento dei canoni alle cadenze previste, tenuto conto delle variazioni del costo della vita — hanno anche dato luogo, senza alcuna plausibile ragione, ad una legge provvedimento in violazione dei criteri prestabiliti dallo stesso legislatore provinciale. L'appellante, rileva che il carattere di legge provvedimento delle disposizioni in questione non è contraddetto dalla circostanza che, all'apparenza, il legislatore provinciale sarebbe intervenuto a modificare direttamente l'importo del canone, perché tale intervento è chiaramente indirizzato a sottrarsi ai criteri che lo stesso legislatore provinciale si era dato, e che contemporaneamente confermava, dal momento che non era stata né abrogata, né modificata, né derogata espressamente la disciplina vigente stabilita dall'art. 1, comma 13, della legge prov. n. 10 del 1983 (introdotto dall'art. 34 della legge prov. 3 maggio 1999, n. 1, e modificato dall'art. 41, comma 2, della legge prov. 9 gennaio 2003, n. 1). Sostiene quindi l'appellante (richiamando la sent. n. 48 del 2003 della Corte costituzionale) che tale legge provvedimento sarebbe illegittima perché ha contenuto sostitutivo di un provvedimento amministrativo, ed è stata adottata in violazione dei criteri prestabiliti dal medesimo legislatore.

In sostanza, la legge provinciale sarebbe stata emanata unicamente allo scopo di non rispettare i detti criteri e di sottrarre il provvedimento di adeguamento del canone al sindacato del giudice ordinario ed amministrativo.

Ricorda anche che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la legittimità di tale tipo di leggi, a contenuto particolare e concreto (leggi-provvedimento) «deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto. In considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio (sentenze n. 185 del 1998, n. 153 del 1997), la legge provvedimento è, conseguentemente, soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità (sentenze n. 429 del 2002, n. 364 del 1999, nn. 153 e 2 del 1997), essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore. Ed un tale sindacato deve essere tanto più rigoroso quanto più marcata sia, come nella specie, la natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto a controllo (sentenza n. 153 del 1997)» (sent. n. 267 del 2007 e sent. n. 241 del 2008). La legge provvedimento in questione quindi sarebbe illegittima anche perché non supererebbe lo stretto giudizio di legalità, cui deve essere sottoposta, essendo evidente che la medesima deve rispettare i principi che governano l'azione amministrativa di cui è succedanea (Corte cost., sent. n. 314 del 2007; sent. n. 492 del 2002).

Anche queste eccezioni di legittimità costituzionale appaiono certamente non manifestamente infondate, così come non manifestamente infondata è la qualificazione della disposizione in questione come legge provvedimento. Del resto, che l'art. 29 della legge prov. n. 1 del 2004 costituisca o debba comunque assimilarsi ad una legge provvedimento è già stato affermato da questo Tribunale con la sent. 10 ottobre 2007, n. 165 (punto 10.5).

E difatti, secondo la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale, le leggi provvedimento devono essere sottoposte ad uno scrutinio stretto e stringente di costituzionalità, non solo sotto il profilo della ragionevolezza e non arbitrarietà (sentt. n. 492 del 1995; n. 153 del 1997; n. 185 del 1998; n. 364 del 1999; n. 267 del 2007) ma anche in relazione ai presupposti del legiferare (sent. n. 205 del 1996).

Nella specie non è stato prospettato dalla Provincia di Bolzano e comunque non emerge dal contenuto delle leggi stesse alcuna plausibile ragione per la quale l'aumento dei canoni per le concessioni di derivazione di acque pubbliche fosse fatto con legge provinciale anziché con provvedimento amministrativo della giunta provinciale nei tempi e soprattutto secondo i criteri ed i parametri prefissati in via generale dallo stesso legislatore provinciale (conformemente alle norme nazionali). Sorge quindi il non manifestamente infondato sospetto che l'intervento attraverso l'atto con forza di legge provinciale anziché mediante il preordinato provvedimento amministrativo di adeguamento sia stato fatto unicamente per sottrarre agli interessati il diritto, costituzionalmente garantito, di invocare il sindacato del giudice ordinario ed amministrativo.



Sussiste quindi il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni in questione, in quanto leggi provvedimento, anche in riferimento alla mancanza dei presupposti per legiferare, all'art. 3 Cost. (sotto il profilo della ragionevolezza e non arbitrarietà), all'art. 97 Cost., ed agli artt. 24 e 113 Cost. (sotto il profilo della elusione del diritto dei concessionari di eventualmente impugnare l'aumento del canone dinanzi al giudice ordinario o amministrativo per contrasto con i prefissati, e non abrogati né derogati, criteri generali di determinazione).

30. — La società appellante eccepisce poi che la differenziazione dei canoni nell'ambito della stessa categoria di utilizzazione dell'acqua in base agli scaglioni delle potenze, non si fonda su alcuna valutazione che sia collegabile con la categoria delle concessioni e, soprattutto, degli impianti, né risulta collegata ad un diverso impatto ambientale, ad un diverso rendimento o ad altra circostanza idonea ad evidenziare il depauperamento delle risorse della collettività.

Tale differenziazione, quindi, presenterebbe elementi di irragionevolezza e di contraddittorietà, che determinerebbero anche un eccesso del potere attribuito al legislatore provinciale. E difatti, secondo l'appellante, anche le disposizioni in esame finiscono per collegare il canone esclusivamente alla quantità di acqua di cui si consente l'utilizzazione. Ma, se così è, non è comprensibile né logico un canone-corrispettivo che è sottoposto ad un criterio di determinazione progressivo, giacché un tale criterio progressivo non è ancorato ad alcun valore o elemento che muti con modalità non proporzionali (ma progressive) all'elevazione della potenza concessa.

Viene anche eccepito che il criterio progressivo adottato finisce per incentivare la proliferazione di piccoli impianti a basso rendimento, complessivamente, più impattanti di pochi e significativi impianti di generazione. La differenziazione dei canoni introdotta, disancorata dal valore della concessione, appare quindi manifestamente irragionevole di per sé.

I prospettati rilievi di incostituzionalità non appaiono manifestamente infondati. Di qui il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame in riferimento, sotto diverso profilo, all'art. 3 Cost. ed al principio di ragionevolezza.

31. — L'appellante eccepisce inoltre che l'esorbitante incremento del canone — portato ad € 24,00, ossia ad un importo pari a circa il doppio della media dei canoni applicati dalle altre regioni e pure dalla Provincia di Trento —, disposto attraverso un inatteso intervento legislativo, ed in diametrale contraddizione con la vigente disciplina provinciale, ha ecceduto dai limiti della competenza legislativa assegnata alla Provincia in punto di determinazione dei canoni, in quanto, introducendo determinazioni dell'importo in tutto disancorate dal valore della concessione, essa non si è limitata a determinare il canone della concessione, inteso come corrispettivo, ma lo ha in realtà regolato e determinato come strumento di politica economica o fiscale, con finalità di incidere sul mercato della generazione idroelettrica.

Osserva ancora l'appellante che tale finalità deve ritenersi contraria ai limiti della potestà legislativa concorrente della Provincia, anche perché, la stessa Provincia autonoma di Bolzano è autorizzata dalla normativa di attuazione a costituire una impresa pubblica in forma societaria che può svolgere attività economica nel settore della generazione idroelettrica e, pertanto, assume, indirettamente, le vesti di un operatore del medesimo mercato.

Invero, con l'art. 4, comma 1, della medesima legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, sono state contestualmente disposte misure per finanziare il ruolo operativo della stessa Provincia nel settore economico in parola, prevedendosi l'autorizzazione a sottoscrivere l'aumento di capitale della società SEL s.p.a., ossia della società della Provincia che opera nei settori della produzione, commercializzazione e distribuzione dell'energia elettrica, per uno stanziamento massimo di 650 milioni di euro, nonché l'autorizzazione all'acquisto di ulteriori società operanti nel medesimo settore di mercato.

Assume quindi l'appellante essere noto che la società SEL s.p.a., che è già stata costituita, ha fatto domanda per il rilascio di nuove concessioni idroelettriche, ed ha pure stretto accordi con altre concessionarie insistenti.

Ora, questa delicata posizione della Provincia autonoma di Ente titolare dei poteri legislativi e concessori, e contemporaneamente di proprietario di operatori del settore, imporrebbe la necessità di interpretare in modo rigoroso i limiti esterni al potere legislativo di determinare i canoni. E ciò perché l'operatore economico di proprietà della Provincia sarebbe l'unico operatore in grado di accettare canoni esorbitanti e fuori mercato, i quali, nel caso, si presenterebbero come alternativi alla distribuzione degli utili in favore dell'ente proprietario.

Eccepisce quindi la società appellante la illegittimità costituzionale della disposizione *de qua* perché, in difetto di qualsiasi ancoramento alla disciplina di principio statale, ed ai valori delle concessioni, ha determinato del tutto arbitrariamente i nuovi canoni, che risultano del tutto disallineati ed esorbitanti rispetto alla media dei canoni praticati dalle altre Regioni (ordinarie e speciali).

Inoltre, tale divaricazione rispetto ai canoni applicati nelle altre regioni, comporterebbe un pregiudizio nei confronti dei produttori idroelettrici operanti nella provincia di Bolzano, che integrerebbe un rilevante ostacolo al libero commercio tra regioni. Invero, la Provincia, attraverso interventi sintonizzati sulla realtà produttiva provinciale, ha determinato un ostacolo alla libera circolazione della energia elettrica, che intacca il diritto di iniziativa economica.



La nuova disciplina provinciale sarebbe altresì caratterizzata da manifesta irragionevolezza, perché, disincentivando la produzione di energia elettrica, colliderebbe con il favor che permea l'intera legislazione, ed anche il sistema costituzionale di tutela dell'ambiente, nei confronti delle fonti energetiche rinnovabili.

Ritiene questo Tribunale che anche questi profili di illegittimità costituzionale non siano manifestamente infondati e che pertanto sussista un serio e consistente dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame anche in riferimento agli artt. 3, 41, 120 Cost., sotto i profili dianzi indicati, nonché all'art. 117, comma 1, Cost. in relazione ai principi generali dell'ordinamento comunitario in tema di tutela del libero commercio, della libertà di iniziativa economica e della concorrenza.

32. — Va a questo punto anche ricordato che il già citato art. 154, comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ha espressamente stabilito che con decreto del ministero dell'economia, di concerto con quello dell'ambiente, devono essere indicati i criteri generali per la determinazione, da parte delle regioni, dei canoni di concessione per l'utenza di acqua pubblica, tenendo conto dei costi ambientali e dei costi della risorsa. La disposizione specifica che questa regola è dettata «Al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale». Questa esigenza di omogeneità sul territorio nazionale non è stata individuata e garantita per la prima volta dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ma era già presente nel complesso della legislazione statale, data l'incontestabile interferenza della materia relativa alla determinazione dei canoni con quella ambientale e con quella della concorrenza.

Va anche ricordato che il medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006 all'art. 171 aveva fissato nel 2006 (con decorrenza dal 2002), i canoni per le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico in € 12,00 per ogni chilowatt di potenza nominale assentita. È vero che questa disposizione si riferisce formalmente solo ad alcune concessioni di grande derivazione (quelle in corso di sanatoria ricadenti nel territorio della Sicilia), ma è anche vero che essa dimostra che il legislatore nazionale ha ritenuto, nel 2006, che per le grandi derivazioni ad uso idroelettrico fosse congruo un canone medio di € 12,00 per chilowatt.

Invece, l'art. 29 della legge prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1, ha fissato due anni prima, nel 2004, il canone per le grandi derivazioni in un ammontare doppio, ossia in € 24,00 per chilowatt, senza che risultino le ragioni, legate a particolari esigenze locali relative ai costi ambientali ed ai costi della risorsa, che possano aver fatto determinare un canone addirittura raddoppiato rispetto a quello medio nazionale.

Non è pertanto manifestamente infondato il dubbio che la disposizione in esame, imponendo per il territorio della provincia di Bolzano un canone doppio, particolarmente gravoso, rispetto a quello applicato nel resto del territorio nazionale, determini un minor utilizzo di fonti di energia rinnovabili, quale quella idroelettrica, e quindi violi il principio della riserva statale in materia di legislazione ambientale, con conseguente contrarietà all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.

Analogamente, non è manifestamente infondato il dubbio che la medesima disciplina contrasti anche con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza. Infatti, in un mercato liberalizzato dell'energia, quale quello disegnato dal d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, una disposizione normativa che raddoppi addirittura l'ammontare del canone, con conseguente rilevante aumento del costo dell'energia prodotta, rispetto al resto del territorio nazionale, produce effetti riflessi in tema di concorrenza e rientra nella competenza legislativa esclusiva statale.

Sembra, invero, in relazione a questi ultimi due profili di possibile illegittimità costituzionale, che possano valere anche per il caso in esame i principi affermati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 29 e n. 142 del 2010 in riferimento alla determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua. La Corte ha infatti rilevato che tale determinazione interferisce con la materia della concorrenza e con quella della tutela ambientale. E può analogamente ritenersi che, anche nel diverso settore della determinazione del canone delle concessioni di acqua pubblica attribuito alla competenza concorrente provinciale, possa affermarsi il principio che l'omogeneità (anche se non l'uniformità) del canone, ancorato a parametri determinati e vevoli per tutto il territorio nazionale, sia finalizzata a preservare il bene giuridico ambiente dai rischi derivanti da una disciplina non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore della produzione idroelettrica.

33. — L'appellante rappresenta poi che l'introduzione, non ponderata, né attesa, né annunciata, di un canone esorbitante, da doversi applicare anche alle concessioni in corso, determina un rilevante pregiudizio all'economia di essa società e priva la comunità di riferimento dei comuni di Bolzano e di Merano di significative quote di risorse, derivanti dalle attività elettriche, che lo statuto speciale di autonomia e la normativa di attuazione, di cui al d.P.R. n. 235/1977 — non derogabile dalla legislazione provinciale — hanno inteso riservare alle dette comunità.

Va invero ricordato che le modifiche statutarie introdotte nel 1972 e l'art. 1 del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di energia), avevano in passato espressamente attribuito ai soli enti locali (fra i quali non erano ricomprese le province autonome) il potere di svolgere



attività elettrica, fatta eccezione dell'importazione e dell'esportazione, mediante la costituzione di aziende municipalizzate nel settore idroelettrico, in deroga alla disciplina sulla nazionalizzazione ed in applicazione dei noti impegni internazionali assunti dall'Italia con l'Austria.

Con la introduzione dei nuovi canoni, del tutto disancorati dall'effettivo valore della concessione, ma frutto di una episodica, quanto imperscrutabile azione, la Provincia avrebbe perpetrato una vera e propria ablazione di una significativa quota di ricchezza prodotta dalla attività di generazione idroelettrica a tutto suo vantaggio.

Questa sottrazione sarebbe illegittima costituzionalmente, per violazione dello statuto speciale, che escluderebbe che la Provincia possa sfruttare la determinazione del canone-corrispettivo come uno strumento per sottrarre parte del reddito prodotto dai concessionari.

L'art. 13 dello Statuto speciale, infatti, riconosce già alle province una cospicua quota di energia prodotta dai concessionari di grandi derivazioni, nella forma di un sovracanone, che ha una finalità solidaristica ed una natura del tutto diversa da quella del canone di concessione, escludendo quindi implicitamente che la Provincia possa acquisire parte del valore prodotto dalla concessione con altre modalità, quali lo snaturamento dell'istituto del canone concessorio.

Le norme in esame avrebbero quindi inteso imporre ai concessionari in atto un intollerabile balzello, sotto le mentite spoglie di una mera nuova determinazione del canone, il quale peraltro, nel mercato provinciale, si somma all'obbligo di consegnare gratuitamente alla Provincia una rilevante quota della energia prodotta, in aggiunta agli altri sovracanoni.

Le riportate considerazioni svolte dall'appellante non appaiono manifestamente infondate. Sussiste quindi il dubbio di illegittimità costituzionale delle disposizioni in esame per contrasto con gli artt. 1 e 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di energia), nonché in riferimento agli artt. 5, 9 e 13 dello Statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige ed all'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo e della manifesta irragionevolezza.

34. — L'appellante sostiene infine che la disciplina censurata finisce per abbattersi esclusivamente sugli enti locali concessionari, i quali, a differenza delle imprese private, non sono in grado di delocalizzare la produzione, perché essi, istituzionalmente, sono chiamati a gestire le attività elettriche, almeno in forma prevalente, nel territorio provinciale. Si verrebbe così a determinare una irragionevole discriminazione tra imprenditori operanti nel medesimo territorio, in danno delle aziende degli enti locali con conseguente *vulnus* per le collettività locali.

Inoltre, il rilevante incremento dei canoni, del tutto disallineato dalla media nazionale, introdurrebbe una ingiustificata discriminazione, in danno di tutti i concessionari della Provincia, nei confronti degli operatori che operano fuori dal territorio provinciale.

Di qui il sospetto di illegittimità costituzionale — che il tribunale ritiene non manifestamente infondato — in riferimento all'art. 1 del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235, all'art. 3 Cost. sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento, ed agli artt. 41 e 120 Cost.

35. — Come già più volte evidenziato, i suddetti dubbi di legittimità costituzionale investono non solo l'art. 29 della legge prov. 8 aprile 2004, n. 1, ma anche l'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, che avevano modificato i commi 1 e 2 dell'art. 1 della legge prov. 29 marzo 1983, n. 10, introducendo per la prima volta il criterio dell'aumento progressivo, anziché proporzionale, del canone e fissando ammontari differenziati all'interno della stessa categoria di utilizzazione.

I detti commi 1 e 2 del citato art. 3 della legge prov. n. 13 del 2000, infatti, avevano determinato il canone per l'uso idroelettrico in lire 10.500 per ogni chilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta per le derivazioni inferiori a 3.000 chilowatt, ed in lire 30.000 per chilowatt per le derivazioni superiori ai 3.000 chilowatt. Anche nei confronti di questa disposizione sussistono quindi i medesimi dubbi di non conformità con gli indicati parametri costituzionali.

Si è altresì già rilevato che la questione di legittimità costituzionale è rilevante in questo giudizio anche con riferimento al detto art. 3 della legge prov. 29 agosto 2000, n. 13, in quanto questa è la disposizione che dovrebbe essere applicata per accertare l'ammontare dei canoni dovuti dal 1° gennaio al 30 giugno 2004.

Le questioni di legittimità costituzionale vanno quindi sollevate nei confronti di entrambe le dette disposizioni.

36. — In conclusione, ritiene questo Tribunale Superiore che tutte le suddette questioni di legittimità costituzionale non siano manifestamente infondate, sicché, essendo le stesse rilevanti in questo giudizio (anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 1, lett. a), della legge prov. 23 dicembre 2010, n. 15) e non superabili mediante una diversa interpretazione, la loro risoluzione deve essere rimessa alla Corte costituzionale.



Di conseguenza vanno sollevate, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, le suddette questioni di legittimità costituzionale dell'art. 29 della legge prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1, nonché dell'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. Bolzano 29 agosto 2000, n. 13, che modificano l'art. 1 della legge prov. Bolzano 9 marzo 1983, n. 10, in riferimento ai parametri, sotto i profili e nei termini dianzi indicati.

Il presente giudizio deve essere sospeso.

P. Q. M.

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

Ritenute la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva le suindicate questioni di legittimità costituzionale dall'art. 29 della legge prov. Bolzano 8 aprile 2004, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2004 e per il triennio 2004-2006 e norme legislative collegate - Legge finanziaria 2004) e dell'art. 3, commi 1 e 2, della legge prov. Bolzano 29 agosto 2000, n. 13 (Disposizioni finanziarie in connessione con l'assestamento del bilancio di previsione della provincia di Bolzano per l'anno finanziario 2000 e per il triennio 2000-2002 e norme legislative collegate), che modificano l'art. 1 della legge prov. Bolzano 9 marzo 1983, n. 10 (Adeguamento della misura dei canoni per le utenze di acqua pubblica), in riferimento all'art. 117, commi 1 e 3, Cost. (per violazione dei principi generali comunitari e dei principi fondamentali della legislazione statale indicati), all'art. 117, comma 2, lett. e) ed s), Cost. (per violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e dell'ambiente), all'art. 3 Cost. (sotto diversi profili di manifesta irragionevolezza, di ingiustificata disparità di trattamento e di eccesso di potere legislativo), agli artt. 23, 24, 41, 97, 113, 120 Cost., nonché agli artt. 5, 9 e 13 dello Statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige ed agli artt. 1 e 1-bis del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di energia), sotto i profili e nei termini dianzi indicati;

Sospende il giudizio in corso;

Dispone che, a cura della cancelleria, gli atti siano immediatamente trasmessi alla Corte costituzionale, e che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa nonché al Presidente della Giunta provinciale di Bolzano, e che sia anche comunicata al Presidente del Consiglio provinciale di Bolzano.

Così deciso in Roma, nella sede del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, il 25 gennaio 2012.

Il Presidente: ELEFANTE

12C0271

N. 148

Ordinanza del 9 maggio 2012 emessa dal Tribunale di Roma nei procedimenti civili riuniti promossi da Ditrani Carla ed altri contro Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca

Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Personale docente, amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola (A.T.A.) - Previsione che gli anni 2010, 2011 e 2012 non sono utili ai fini della maturazione delle posizioni stipendiali e dei relativi incrementi economici previsti dalle disposizioni contrattuali vigenti - Lesione del principio di solidarietà sociale - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo del deteriore trattamento del personale scolastico rispetto agli altri dipendenti pubblici contrattualizzati - Violazione del principio di progressività dell'imposizione tributaria e di capacità contributiva - Lesione del principio della retribuzione proporzionata ed adeguata - Violazione del principio di autonomia negoziale nell'ambito della contrattazione collettiva - Lesione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 9, comma 23.
- Costituzione, artt. 2, 3, 35, 39, 42, 53, e 97.



Bilancio e contabilità pubblica - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica - Lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, come individuate dall'ISTAT - Previsione che il computo dei trattamenti di fine servizio si effettua secondo le regole di cui all'art. 2120 del c.c., con applicazione dell'aliquota del 6,91 per cento - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo del deterioro trattamento dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati - Lesione del principio della retribuzione (anche differita) proporzionata ed adeguata.

- Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, art. 12, comma 10.
- Costituzione, artt. 3 e 36.

IL TRIBUNALE

Verbale della causa n. r.g. n. 19402/2011, tra Maria Antonietta Lopriore, Concetta Saldi, Michelina Fasciocco, Michela Orazi, Teodora Poti, Assunta Cardone, Giulia Pantani, Elisabetta Genovesi Luigia Castrignanò, Gabriella del Core, Maria Teresa Benini, Barbara Ercole, Carla Ditrani, Isabella Macarini Daniela Gizzi, Annabella Quartararo, Enrica Grigoli, Edviger Corsetti, Antonia Carbone, Massimo Ceccaccio, attore/i,

e:

Ministero istruzione università e ricerca ministero dell'istruzione università e ricerca MIUR, convenuto/I.

Oggi 9 maggio 2012, alle ore 10,00, innanzi al dott. Ileana Fedele, sono comparsi.

Per i ricorrenti, presenti Genovesi, Poti, Cardone, Ditrani, l'avv. Campilongo Sandro.

Per Ministero istruzione università e ricerca l'avv. Molfese Alessandra.

I procuratori si riportano ai rispettivi scritti ed insistono nelle rispettive richieste.

Il Giudice

Si ritira in camera di consiglio.

Il giudice designato, dott. Ileana Fedele, all'udienza del 9 maggio 2012 ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa iscritta al R.G.L. n. 19402/2011 (ad essa riunita quelle recanti i nn. 19403/2011, 19405/2011, 19406/2011, 19408/2011, 19466/2011, 19468/2011, 19470/2011, 19472/2011, 19474/2011, 19482/2011, 19485/2011, 19486/2011, 19487/2011, 19489/2011, 19491/2011, 21651/2011, 21652/2011, 21653/2011, 21654/2011) promossa da: Carla Ditrani, Annabella Quartararo, Daniela Gizzi, Isabella Macarini, Elisabetta Genovesi, Maria Teresa Benini, Gabriella del Core, Luigia Castrignanò, Giulia Pantani, Barbara Ercole, Assunta Cardone, Teodora Poti, Michela Orazi, Concetta Saldi, Maria Antonietta Lopriore, Michelina Fasciocco, Massimo Ceccaccio, Antonia Carbone, Edviger Corsetti, Enrica Grigoli elettivamente domiciliati in via Aurelia n. 386, Roma, rappresentati e difesi dagli avv.ti Stefano Tarullo e Sandro Campilongo come da procura estesa a margine dei rispettivi ricorsi; Ricorrente;

Contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, elettivamente domiciliato presso l'Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, sito in via Luigi Pianciani n. 32, Roma, rappresentato e difeso ex art. 417-bis c.p.c. dalle dott.sse Alessandra Molfese e Azzurra Mottolose, Resistente.

All'esito della camera di consiglio,

Visti gli atti,

Premesso in fatto che:

con distinti atti gli odierni ricorrenti, nella dedotta qualità di docenti ed insegnanti in servizio presso istituti scolastici ricompresi nell'ambito di competenza territoriale dell'adito giudice del lavoro, instavano:

a) per la declaratoria di illegittimità della sospensione delle posizioni ed incrementi stipendiali disposta dal comma 23 dell'art. 9 del d.l. 31 marzo 2010, n. 78, come convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con consequenziale riconoscimento del diritto al trattamento giuridico e retributivo spettante in virtù delle previsioni contrattuali vigenti, senza tener conto delle contestate riduzioni, a tal fine prospettando violazioni di legge e sollevando dubbi di illegittimità costituzionale della richiamata normativa primaria rispetto a diversi parametri (artt. 2, 3, 35, 36, 39, 41, 42 53, 97 e 98 Cost.);

b) per l'accertamento dell'avvenuta abrogazione della disciplina sull'indennità di buonuscita a decorrere dal 1 gennaio 2011 per effetto del comma 10, art. 12 del medesimo d.l. n. 78/2010, con conseguente declaratoria di illegittimità del perdurante prelievo del 2,50% sull'80% della retribuzione - operata a titolo di rivalsa sull'accantonamento



per l'indennità di buonuscita - e domanda di restituzione degli accantonamenti eseguiti, prospettando, in via subordinata, questione di costituzionalità per la disparità di trattamento a carico dei lavoratori dipendenti del settore pubblico rispetto ai lavoratori privati, non assoggettati ad alcun prelievo in relazione all'accantonamento del trattamento di fine rapporto da parte del datore di lavoro;

si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata formulando preliminarmente istanza per la riunione dei giudizi e, nel merito, richiamando il contesto di eccezionalità della grave situazione economica internazionale entro il quale erano state adottate le contestate misure di riduzione della spesa, consistenti nel blocco della contrattazione e nel congelamento degli stipendi; in particolare, con la soppressione delle anzianità di carriera per gli anni 2010-2011-2011 le spese per docenti ed ATA erano state ridotte rispettivamente di 320-640-960 milioni di euro; inoltre, erano stati previsti ulteriori tagli alla spesa pubblica ed una riduzione dei costi della politica e della pubblica amministrazione complessivamente intesa; in ogni caso, l'Amministrazione si rimetteva al giudice sulla prospettata questione di legittimità costituzionale del comma 23 dell'art. 9 del d.l. n. 78/2010;

si provvedeva alla riunione dei giudizi, considerata l'identità delle questioni di diritto implicate;

Considerato in diritto, con distinto riferimento alle questioni prospettate, che:

a) il comma 23, art. 9 d.l. n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010, prevede che: "Per il personale docente, Amministrativo, Tecnico ed Ausiliario (A.TA.) della Scuola, gli anni 2010, 2011 e 2012 non sono utili ai fini della maturazione delle posizioni stipendiali e dei relativi incrementi economici previsti dalle disposizioni contrattuali vigenti. È fatto salvo quanto previsto dall'art. 8, comma 14." In virtù di tale previsione, anche tenendo conto della clausola di salvezza ivi enunciata (che non imprime alcuna garanzia in ordine alla sicura finalizzazione delle risorse ivi menzionate), il personale scolastico è chiamato a subire il blocco della maturazione delle posizioni stipendiali previste dalla contrattazione collettiva (in particolare: art. 79 C.C.N.L. di settore, rubricato "progressione professionale", che rinvia alla tabella II per la concreta individuazione del periodo di servizio utilmente prestato ai fini del passaggio da una posizione stipendiale all'altra), per gli anni sopra indicati.

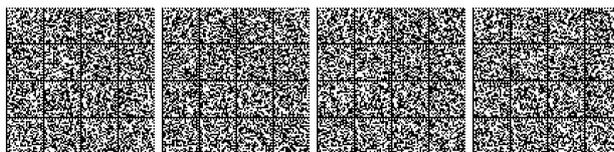
Tale disposizione, valutata nell'ambito complessivo del contesto in cui è inserita fa emergere, *in parte qua* e per quanto di ragione, non manifestamente infondato, il dubbio di legittimità costituzionale sotto molteplici e concorrenti parametri.

In particolare, sussistono, ad avviso del giudice, i presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale con riguardo ai seguenti profili:

1. violazione dell'art. 53 Cost., anche in relazione all'art. 3: infatti, la norma della cui legittimità costituzionale si dubita è inserita nel d.l. n. 78/2010, come convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010, rubricato "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica"; il preambolo del d.l. riconduce le sue disposizioni alla matrice comune della "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per il contenimento della spesa pubblica e per il contrasto all'evasione fiscale, alle finalità di stabilizzazione finanziaria e del rilancio della competitività economica"; gli ulteriori commi dell'art. 9 introducono per tutti i dipendenti pubblici decurtazioni sul trattamento retributivo superiore ad una certa quota ovvero altre misure per il personale non contrattualizzato ed alcune specifiche solo per i magistrati.

Tali vincoli e limitazioni, sebbene presentati come mere riduzioni della spesa pubblica, consistono di fatto in veri tributi, come già ritenuto in diverse ordinanze (T.A.R. Campania, Salerno, 23 giugno 2011, n. 1162, T.A.R. Piemonte, 28 luglio 2011, n. 846; T.A.R. Veneto, 15 novembre 2011, n. 1685, T.A.R. Palermo 14 dicembre 2011, n. 2375; T.A.R. Umbria, 25 gennaio 2012, n. 11). A conferma della natura di tributo anche della disposizione in contestazione, in base ai criteri a tal fine enucleati dalla giurisprudenza costituzionale a prescindere dalla formale qualifica utilizzata dal legislatore (e sintetizzabili nella doverosità della prestazione, nella mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti e nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante: *ex multis*, Corte costituzionale, sentenze nn. 141/2009, 64/2008), basti considerare che la sospensione degli scatti stipendiali è stata disposta: a) in via autoritativa dallo Stato a prescindere da qualsivoglia rapporto sinallagmatico (nel senso che esse non trovano ragione in una controprestazione in favore del dipendente); b) in relazione al presupposto economicamente rilevante della percezione del reddito da lavoro ed in collegamento con la spesa pubblica, come reso evidente dagli obiettivi di carattere finanziario richiamati nel preambolo del d.l. 78/2010.

Deve, quindi, concludersi che la disposizione in esame ha natura tributaria, e, in quanto tale, deve essere necessariamente assoggettata ai principi di universalità, capacità contributiva e progressività di cui all'art. 53 Cost.; principi che, nel caso di specie, risultano violati in quanto la misura varata con il comma 23 dell'art. 9, da un lato, colpisce solo il personale scolastico all'interno dell'amplicissima categoria dei cittadini, e, all'interno di questa, dei lavoratori, risultando i dipendenti pubblici discriminati rispetto a quelli privati e, comunque, il personale scolastico discriminato all'interno della categoria dei dipendenti pubblici contrattualizzati, senza alcuna espressa (o almeno apprezzabile) motivazione; dall'altro, la misura disposta incide senza considerare il principio di progressività, di cui al secondo comma dell'art. 53 Cost., nel senso che la sospensione della maturazione degli incrementi stipendiali verrà ad operare senza considerare la



capacità contributiva e penalizzando di fatto il personale agli inizi della carriera, con livelli retributivi iniziali più bassi, così evidenziando anche profili di intrinseca non ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost.

2. Violazione dell'art. 2, anche in relazione all'art. 3: anche a non voler ritenere la natura tributaria della disposizione in contestazione, essa solleva comunque ulteriori ed autonomi dubbi di non manifesta infondatezza per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza legislativa e di solidarietà sociale, di cui agli artt. 3 e 2 Cost.. Infatti, a fronte delle esigenze contingenti che hanno sollecitato l'agire del legislatore d'urgenza, come rese evidenti dal già richiamato preambolo, le misure di risanamento sono state adottate agendo sulle retribuzioni dei soli pubblici dipendenti, ed in particolare del personale scolastico, ciò che prospetta la contemporanea violazione del principio di uguaglianza tra i cittadini e del dovere di solidarietà politica, sociale ed economica di cui rispettivamente agli artt. 3 e 2 Cost. In effetti, ove l'esigenza inderogabile di riduzione della spesa derivi dalla richiamata "eccezionalità della situazione economica internazionale", ne discenderebbe la necessità di accollare tale onere sulla collettività considerata nel suo insieme e non già solo su di una parte dei cittadini (i pubblici dipendenti), ed in misura ancora maggiore su di una cerchia ristretta dei predetti pubblici dipendenti, ossia il personale scolastico. Tale approccio appare, pertanto, in contrasto anche con l'art. 2 Cost. e con i principi di solidarietà sociale, politica ed economica ivi indicati, cui corrispondono ben precisi "doveri inderogabili", che devono essere rapportati all'intera comunità.

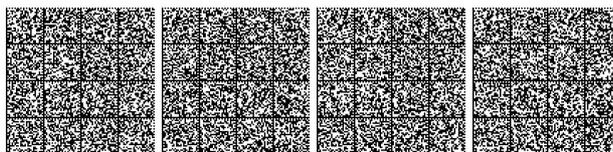
3. Violazione degli artt. 42 e 97 Cost., anche in relazione all'art. 3 Cost.: infatti, la disposizione in contestazione si atteggia quale nonna di carattere provvedimentale che determina nei confronti dei soggetti interessati un effetto ablatorio di diritti di contenuto economico già acquisiti nella sfera soggettiva del dipendente pubblico in virtù delle vigenti disposizioni contrattuali, alterando il sinallagma *proprium* dei rapporti di durata e senza prevedere alcun misura compensativa o indennitaria, neppure sul piano della fruibilità del rapporto complessivo (orario, riposi, ferie, etc.), in tal modo, peraltro, sottraendo alla stessa pubblica amministrazione la fase istruttoria e decisoria di ponderazione degli interessi, volta alla piena cognizione della situazione di fatto, con conseguente compromissione anche dei principi propri dell'agire amministrativo. Inoltre, la norma della cui legittimità si dubita ha inciso sulle aspettative e sull'affidamento dei dipendenti del settore scolastico al di fuori dei canoni di uguaglianza e ragionevolezza prospettati dalla Corte costituzionale (Corte Cost. sentenze nn. 446/2002; 264/2005; 282/2005), avuto riguardo, da un lato, al sacrificio unilateralmente imposto a tale categoria a fronte di una situazione contingente di crisi che dovrebbe interessare l'intera comunità, dall'altro alla non transitorietà della misura, considerato che non è previsto il diretto recupero della disposta sospensione degli scatti di anzianità e stipendiali.

4. Violazione degli artt. 35 e 39 Cost. nonché dell'art. 36 Cost.: la sospensione della maturazione delle posizioni stipendiali viene a determinare, indirettamente, anche un'anomala interruzione dell'efficacia delle disposizioni contrattuali vigenti e, quindi, del valore dell'autonomia negoziale riservata alle parti nell'ambito della contrattazione collettiva, in virtù della esclusiva posizione dello Stato-datore di lavoro. Peraltro, in un regime normativo nel quale la retribuzione è determinata da accordi di categoria, il rispetto del principio costituzionale della proporzionalità tra il lavoro svolto e la sua remunerazione è affidato proprio allo strumento del contratto collettivo (tanto che i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva sono assunti come parametro di riferimento della giusta retribuzione spettante al lavoratore ex art. 36 Cost. anche indipendentemente dall'iscrizione o meno del datore di lavoro ad un'associazione sindacale stipulante: *ex multis* Cass. 15.10.2010 n. 21274); conseguentemente, un'alterazione degli equilibri raggiunti in sede contrattuale, anche sul piano della naturale progressione economica e di carriera, può sollevare il legittimo dubbio di una conseguente violazione del principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione.

Quanto alla rilevanza della questione, essa sussiste certamente atteso che il vaglio di costituzionalità della norma di cui al comma 23 dell'art. 9 del d.l. n. 78/2010 costituisce unico ed immediato paradigma normativo di riferimento per l'eventuale riconoscimento dell'azionato diritto dei ricorrenti al mantenimento della precedente disciplina del trattamento economico e giuridico (già pregiudicato, come reso evidente dallo slittamento degli scatti riportati sui cedolini stipendiali dell'anno 2011 rispetto all'anno precedente).

b) il comma 10, art. 12 d.l. n. 78/2010, convenuto in legge n. 122/2010, prevede che: "Con effetto sulle anzianità contributive maturate a decorrere dal 1 gennaio 2011, per i lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, per i quali il computo dei trattamenti di fine servizio, comunque denominati, in riferimento alle predette anzianità contributive non è già regolato in base a quanto previsto dall'art. 2120 del codice civile in materia di trattamento di fine rapporto, il computo dei predetti trattamenti di fine servizio si effettua secondo le regole di cui al citato art. 2120 del codice civile, con applicazione dell'aliquota del 6,91 per cento."

Parte ricorrente assume che, per effetto di tale disposizione, che ha comportato l'estensione del regime di cui all'art. 2120 c.c. (ai fini del computo dei trattamenti di fine servizio) sulle anzianità contributive maturate a far tempo dal 1° gennaio 2011, con applicazione dell'aliquota del 6,91%, sarebbe dovuta venir meno la trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50% dell'80% della retribuzione, in quanto operata proprio a titolo di rivalsa sull'accantonamento per l'indennità di buonuscita. Tale interpretazione è stata prospettata da parte ricorrente sul rilievo che l'art. 37 del



d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1032, sulla cui base è operata la trattenuta, dovrebbe ritenersi abrogato per incompatibilità con la disposizione in commento (vale a dire proprio il comma 10 dell'art. 12 del d.l. n. 78/2010), in quanto, a decorrere dal 1° gennaio 2011, la ritenuta a carico dello Stato datore di lavoro non è più del 9,60% sull'80% dello stipendio bensì del 6,91% sull'intera retribuzione; a riprova della perdurante illegittimità del prelievo parte ricorrente ha depositato agli atti un cedolino di una mensilità 2011, dal quale risulta effettuata la trattenuta del 2,50% sull'80% della retribuzione.

In via subordinata, parte ricorrente ha prospettato la questione di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 3 Cost., sul rilievo che la disciplina di cui all'art. 2120 c.c. verrebbe ad incidere, a parità di retribuzione, in misura deteriore sui dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, nei cui confronti non è prevista la rivalsa del datore di lavoro, e dell'art. 36 Cost., nella prospettiva che la protrazione della trattenuta sulla retribuzione determinerebbe un'illegitima ed irragionevole riduzione dell'accantonamento sul trattamento di fine rapporto. Quanto alla prima prospettazione, relativa alla dedotta abrogazione dell'art. 37 del d.P.R. n. 1032/1973, ritiene il giudicante che, sebbene la disciplina introdotta dalla disposizione in commento presenti degli indubbi caratteri di novità, la stessa non consenta, almeno prima facie, una ricostruzione complessiva della disciplina in un insieme organico ed unitario, tale da sostituirsi al d.P.R. n. 1032/1973, sì da poterne inferire in termini sicuri la abrogazione implicita per incompatibilità ai sensi dell'art. 15 delle c.d. preleggi, in ciò condividendosi il giudizio espresso in proposito da T.A.R. Umbria 25 gennaio 2012 n. 11. A tale conclusione si perviene anche argomentando ex Cass. 1° ottobre 2002 n. 14129, secondo cui "L'incompatibilità tra le nuove disposizioni di legge e quelle precedenti, che costituisce una delle due ipotesi di abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, si verifica solo quando tra le norme considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra", non ravvisandosi, nel caso di specie un'ipotesi di impossibilità di contemporanea applicazione delle norme considerate. D'altro canto, non possono non apprezzarsi alcuni profili di contraddittorietà che derivano dalla contemporanea applicazione della disposizione in contestazione e del meccanismo di rivalsa del 2,50% a carico del dipendente: in effetti, a seguito dell'introduzione del comma 10 in commento, il perdurare della rivalsa appare in contrasto con i parametri di cui agli artt. 3 e 36 Cost. nei sensi sopra sintetizzati, comportando una irragionevole disparità di trattamento nei confronti dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, che non subiscono tale rivalsa, ed una illegittima riduzione della retribuzione, in vista dell'accantonamento finalizzato al trattamento di fine rapporto.

Anche in questo caso la questione è rilevante perché, esclusa in questa sede la diretta abrogazione della norma per incompatibilità, solo attraverso il vaglio di costituzionalità è possibile valutare la domanda avanzata dai ricorrenti.

Ritenuto, pertanto, che, alla luce dei predetti rilievi, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 23, e dell'art. 12, comma 10, d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni in legge n. 122/2010, si appalesano rilevanti, in quanto le disposizioni richiamate costituiscono il paradigma normativo di riferimento per l'eventuale riconoscimento dei diritti azionati dai ricorrenti, e non manifestamente infondate, alla luce delle esposte considerazioni critiche;

Riservata ogni altra decisione all'esito del giudizio innanzi alla Corte costituzionale, alla quale va rimessa la soluzione dell'incidente di costituzionalità;

P.Q.M.

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

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 23, d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni in legge n. 122/2010, per contrasto con gli artt. 2, 3, 35, 36, 39, 42, 53, 97 della Costituzione;

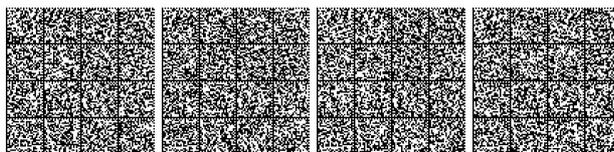
Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni in legge n. 122/2010, per contrasto con gli artt. 3 e 36 della Costituzione;

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

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza alle parti ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la comunicazione della stessa al Presidente del Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei deputati.

Roma, addì 9 maggio 2012

Il giudice: FEDELE



N. 149

Ordinanza del 2 maggio 2012 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Unione nazionale dei Giudici di pace ed altri contro Ministero della giustizia e Ministero dello sviluppo economico

Procedimento civile - Disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Obbligatorietà del procedimento di mediazione per le controversie nelle materie elencate dall'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, configurazione del preventivo esperimento di esso come condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, necessità che l'improcedibilità sia eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza - Lesione della tutela giudiziale dei diritti - Esorbitanza dalle previsioni della legge delega n. 69 del 2009 e della direttiva comunitaria n. 2008/52/CE - Contrasto con specifici principi direttivi in tema di mediazione.

- Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, [comma 1,] primo, secondo e terzo periodo.
- Costituzione, artt. 24 e 77, in relazione all'art. 60, lett. c) e n), della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Procedimento civile - Disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Prevista abilitazione degli enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza a costituire gli organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione - Lesione della tutela giudiziale dei diritti - Esorbitanza dalle previsioni della legge delega n. 69 del 2009 e della direttiva comunitaria n. 2008/52/CE - Contrasto con specifici principi direttivi in tema di mediazione.

- Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, art. 16, comma 1.
- Costituzione, artt. 24 e 77, in relazione all'art. 60, lett. c) e n), della legge 18 giugno 2009, n. 69.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 463 del 2011, proposto da:

Unione Nazionale dei Giudici di Pace - Unagipa, Gabriele Longo, Alberto Rossi, Carla Rufini, Aldo Zamparelli, Mariaflora Di Giovanni, Giacomoantonio Russo Walti, Emilio Manganiello, rappresentati e difesi dagli avv.ti Emilio Manganiello e Giacomantonio Russo Walti, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, piazza Giuseppe Mazzini, n. 27;

Contro Ministero della giustizia e Ministero dello sviluppo economico, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domiciliario per legge in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

Per l'annullamento del decreto del Ministro della giustizia adottato di concerto con il Ministro dello sviluppo economico n. 180 del 18.10.2010, pubblicato nella *G.U.* n. 258 del 4.11.2010, avente ad oggetto «regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010», previa eventuale dichiarazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli artt. 77 e 24 Cost.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 18 aprile 2012 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale.

1. Con il ricorso in trattazione, interposto con atto notificato in data 3 gennaio 2011 e depositato il successivo 20 gennaio, i ricorrenti, associazione non riconosciuta Unagipa - Unione nazionale dei giudici di pace, giudici di pace ed avvocati, impugnano il decreto 18 ottobre 2010, n. 180 adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ovvero il regolamento che, in forza della previsione di cui all'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», reca la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti ai suddetti organismi.



I ricorrenti, in particolare, ne domandano l'annullamento ritenendolo lesivo degli interessi della categoria dei giudici di pace e forense, nonché illegittimo perché in contrasto con il precitato d.lgs. n. 28 del 2010, con la relativa legge delega ed affetto da eccesso di potere sotto vari profili.

I ricorrenti sollevano poi incidentalmente la questione di costituzionalità degli artt. 5 e 16 dello stesso d.lgs. n. 28 del 2010, per contrasto con i precetti di cui agli artt. 77 e 24 della Costituzione. Nello scenario investito dal gravame si innesta anche la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, che ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Ancorché, infatti, la precitata legge delega n. 69 del 2009 non menzioni specificamente la direttiva n. 2008/52/CE, l'ambito oggetto di regolazione comunitaria è pressoché coincidente con quello disciplinato dalle richiamate norme legislative nazionali ed attuato con il decreto impugnato, ed il comma 2 nonché il terzo criterio e principio direttivo della legge delega in parola (art. 60, legge n. 69 del 2009) prescrivono al legislatore delegato di disciplinare la mediazione nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria. Tant'è che la direttiva n. 2008/52/CE è stata richiamata espressamente nel preambolo del decreto delegato 28/2010.

2. Le questioni di legittimità costituzionale spiegate dai ricorrenti risultano rilevanti ai fini del decidere e non manifestamente infondate, come, del resto, già ritenuto dalla Sezione con la precedente ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202, resa nell'ambito dei ricorsi riuniti nn. 10937/2010 e 11235/2010, pendenti innanzi a questo Tribunale.

3. Deve necessariamente essere svolta, ancorché sinteticamente, l'illustrazione del quadro normativo della controversia, per quanto qui di interesse.

4. In forza dell'invito formulato agli Stati membri dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, delle conclusioni adottate dal Consiglio nel maggio 2000 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, nonché del Libro verde presentato dalla Commissione nell'aprile del 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie nelle predette materie, la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Come sempre in tema di diritto comunitario, i «considerando» della direttiva delineano la generale impostazione conferita all'oggetto della regolazione, sia quanto alle finalità, sia quanto alle caratteristiche.

La direttiva chiarisce innanzitutto che l'obiettivo di garantire un miglior accesso alla giustizia sia giudiziale che extragiudiziale, e, segnatamente, la disponibilità del servizio di mediazione, nel contesto della politica dell'Unione europea volta a istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è un importante contributo al corretto funzionamento del mercato interno (quinto considerando). Alla luce del sesto considerando della direttiva, la mediazione è, infatti, ritenuta una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, poiché le relative procedure sono concepite in base alle esigenze delle parti, e gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, oltre a preservare più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti, benefici che diventano anche più evidenti nelle questioni di portata trans frontiera.

La direttiva intende indi delinearne gli elementi chiave, per rendere certo il relativo contesto giuridico (settimo considerando).

Sotto il profilo sostanziale, in positivo, si afferma che la direttiva dovrebbe applicarsi alle controversie transfrontaliere, ma che nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di estenderla ai «procedimenti di mediazione interni» (ottavo considerando).

In negativo, si afferma che la mediazione non dovrebbe applicarsi: «ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti ed obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritti di famiglia e del lavoro» (decimo considerando); «alle trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia» (undicesimo considerando).

Quanto agli elementi chiave della mediazione, vengono in evidenza, sempre tra i considerando, la differenza tra mediatore e giudice (dodicesimo considerando), la possibilità di rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio ovvero soggetto a incentivi o sanzioni, purché non venga impedita alle parti «di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario» (quattordicesimo considerando) ovvero non si impedisca alle parti, nell'incoraggiare la mediazione, in relazione ai termini di prescrizione e di decadenza, «di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione» (ventiquattresimo considerando), la fissazione di un termine al processo di mediazione (tredicesimo considerando), la riservatezza del relativo procedimento, anche in relazione all'eventuale suc-



cessivo procedimento giudiziario od arbitrare (ventitreesimo considerando), l'esecutività dell'accordo scritto raggiunto, fatta salva l'ipotesi di contrasto tra lo stesso e il diritto nazionale ovvero quella che l'obbligo contemplato nell'accordo non possa essere per sua natura reso esecutivo (diciannovesimo considerando); ai fini erariali, la tendenziale neutralità finanziaria in relazione agli stati membri della mediazione, che può includere «il ricorso a soluzioni basate sul mercato» (diciassettesimo considerando).

Viene inoltre in rilievo l'assistenza del mediatore (decimo considerando), la sua formazione e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità della fornitura del servizio (sedicesimo considerando), la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti, nonché l'efficacia l'imparzialità e la competenza della mediazione (diciassettesimo considerando).

4.1. La direttiva 2008/52/CE regola indi la materia con 14 articoli.

In particolare:

L'art. 1 enuncia l'obiettivo della regolazione («...facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario») e ne delinea il campo di applicazione [«...controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)»];

L'art. 3, dedicato alle definizioni, dispone che per mediazione, al di là della denominazione, si intende un procedimento strutturato ove «...due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, su lento od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto di diritto da uno Stato membro»;

Lo stesso art. 3 esplicita che per mediatore si intende «...qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato...» (lett. *b*), che comunque incoraggia «...la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti» (art. 4, par. 2);

L'art. 5, dedicato al ricorso alla mediazione, esplicitando l'intendimento già anticipato dal preambolo, prevede che «L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia...» e che «La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario»;

L'art. 6 delinea la esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione, che è, peraltro, esclusa laddove «...il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività»;

L'art. 8 dispone che «Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza».

5. Con la legge 18 giugno 2009, n. 69, intitolata «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», e, segnatamente, con l'art. 60, il legislatore nazionale ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (comma 1), nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi enunciati al comma 3 (comma 2).

Tra questi ultimi, sono attinenti alla materia dell'odierno contendere i principi e criteri direttivi dettati dalle lettere:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione...;



- d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;
- e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;
- f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;
- g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;
- h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;
- n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;
- p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente... e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato...;
- q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;
- r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;
- s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

6. La delega in parola è stata esercitata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

L'art. 2 del d.lgs. n. 28/2010 recita che «1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto».

L'art. 4 chiarisce che «1. La domanda di mediazione... è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo... 2. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. 3. All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale...».

È bene a questo punto illustrare l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, che, in continuità logica con l'ultima disposizione appena richiamata, sancisce al comma 1 che «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza...».

Esclusa, ai sensi dell'ultimo periodo del ridetto comma 1 dell'art. 5 la sua applicazione alle azioni previste dagli art. 37, 140 e 140-bis del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), il successivo comma 4 dispone ancora che lo stesso comma 1 (nonché il comma 2) non si applica:

- «a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale».



Regolati, poi, agli artt. 6, 8, 11, 12 e 13, il procedimento di mediazione, anche sotto il profilo temporale (art. 6: durata massima di quattro mesi), gli effetti dalla legge ricondotti ai suoi possibili esiti [a) mancata partecipazione senza giustificato motivo, art. 8, comma 5; b) raggiungimento dell'accordo amichevole, formazione del relativo processo verbale anche sulla base di una proposta di mediazione, ed efficacia esecutiva ed esecuzione dell'accordo, non contrario all'ordine pubblico e a norme imperative, previa omologazione, art. 11, commi 1, 2, 3 e art. 12; c) mancato raggiungimento dell'accordo, art. 11, comma 41, nonché le spese dell'eventuale giudizio che fa seguito al procedimento di mediazione nel quale non si è raggiunto un accordo (art. 13), il capo III del d.lgs. n. 28/2010 è dedicato agli organismi di mediazione.

Al riguardo, viene in rilievo la previsione dell'art. 16, comma 1, della costituzione da parte di enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, di organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art. 2.

Tali organismi devono essere iscritti nel registro, con separate sezioni, disciplinato da appositi decreti del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico, che regola anche le indennità loro spettanti (art. 16, commi 1 e 2).

Dette amministrazioni costituiscono, per la parte di competenza, le autorità vigilanti sul registro (art. 16, comma 4).

Ai fini dell'iscrizione, secondo il comma 3 dello stesso art. 16, gli organismi, unitamente alla relativa domanda, sono tenuti a depositare il proprio regolamento di procedura, la cui idoneità forma oggetto di specifica valutazione da parte del Ministero della giustizia, e il codice etico. Al regolamento devono inoltre essere allegati le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, che sono a loro volta proposte per l'approvazione, a norma del successivo art. 17.

Invero, l'art. 17, disposto ai commi 2 e 3 che tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura, e che il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro (altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente), prevede al comma 4 che con il decreto di cui all'art. 16, comma 2, sono determinati:

«a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;

b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;

c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;

d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1».

La disposizione di cui alla appena citata lett. d) si correla al comma 5, che dispone che, quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

7. Con decreto 18 ottobre 2010, n. 180 il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ha adottato il regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi.

8. Come già sopra anticipato, il decreto n. 180 del 2010 è l'atto di cui in questa sede i ricorrenti domandano, per il tramite del ricorso in trattazione, l'annullamento, per le ragioni che si passa sinteticamente ad illustrare.

8.1. Il primo ed il secondo motivo di gravame (con i quali si denuncia violazione di legge, violazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/10, erronea interpretazione, eccesso di potere, difetto di presupposto, illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà) racchiudono i tratti salienti dell'interesse azionato in giudizio e investono anche questioni di rilevanza costituzionale, poi meglio esplicitate con il quarto motivo di gravame.

Di essi si tratterà più diffusamente nell'immediato prosieguo.

Il terzo motivo di ricorso (violazione di legge, erronea interpretazione, eccesso di potere, irragionevolezza) è diretto avverso la carenza rilevata nel provvedimento di norme di raccordo con quanto previsto dal codice di procedura civile circa l'attività degli uffici del giudice di pace sia in sede giudiziale che in sede non contenziosa.

Il quinto motivo di ricorso (violazione di legge, violazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/10, violazione dell'art. 60 della legge n. 69/09, difetto di presupposto, eccesso di potere, arbitrarietà, illogicità, sviamento) è diretto ad avversare l'art. 4, comma 4 dell'impugnato regolamento, che subordina l'accesso al registro degli organismi di mediazione da parte degli organismi costituiti dai consigli dell'ordine degli avvocati e degli avvocati-giudici di pace alla verifica del possesso di un requisito di carattere economico-finanziario.



8.2. Come si desume da quanto appena riferito, mentre la disamina della fondatezza delle doglianze di cui al terzo e quinto motivo di gravame non investe l'apprezzamento di questioni di legittimità costituzionale, e può indi essere rimandata all'atto della definizione del ricorso, analoga condizione non si ravvisa per le due prime doglianze, e per la quarta ad esse correlata, che vanno, pertanto, illustrate in dettaglio.

8.3. Mediante le censure dedotte al primo, al secondo ed al quarto motivo di gravame i ricorrenti lamentano che il decreto n. 180/2010 non reca alcun criterio volto a individuare e a selezionare gli organismi di mediazione in ragione dell'attività squisitamente giuridica che essi andranno ad effettuare, nel rispetto delle garanzie richieste sia dalla normativa nazionale (art. 16 del d.lgs. n. 28/10, che dispone che gli organismi di mediazione diano garanzie di serietà ed efficienza) sia dalla normativa comunitaria (art. 4 direttiva 2008/52/CE, che disciplinando la qualità della mediazione individua l'obiettivo della gestione efficace, imparziale e competente).

A sostegno della censura, osservano i ricorrenti che l'art. 4 del regolamento n. 180 del 2010, nel disciplinare l'iscrizione, a domanda, degli organismi di mediazione, che possono essere costituiti sia da enti pubblici che da enti privati, si limita a prevedere, al comma 2, una serie di parametri di tipo amministrativo-economico-finanziario (tra cui la capacità finanziaria e organizzativa, il possesso di polizza assicurativa, la trasparenza amministrativa e contabile), poi a prescrivere, al comma 3, una verifica di tipo «aggiuntivo» sui requisiti di qualificazione dei mediatori, che viene demandata al responsabile del procedimento («Il responsabile verifica altresì i requisiti di qualificazione dei mediatori»), senza essere in alcun modo correlata con le competenze giuridiche oggettivamente richieste dall'attività di mediazione.

I ricorrenti escludono che il criterio selettivo di cui lamentano la carenza possa essere costituito dalle previsioni di cui all'art. 4, comma 3, lett. *a*) del regolamento impugnato, che prevede che il mediatore debba essere in possesso di «un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale» ovvero, in alternativa, essere iscritto «ad un ordine o collegio professionale», ovvero di cui alla lett. *b*), relativa ad «una specifica formazione e... uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione», regolati al successivo art. 18.

Ciò in quanto, secondo i ricorrenti, tutti tali elementi, essendo sprovvisti dell'indicazione di una specifica professionalità, delineano un'area generica, attinente al solo ambito della formazione culturale, che risulta, pertanto, priva di quegli agganci ad una precipua qualificazione e perizia nell'ambito giuridico e processuale — senza la quale l'attività formativa specifica prevista non può raggiungere utili, scopi — che essi ritengono invece necessaria in ragione della tipologia della prestazione che deve essere resa. E ciò soprattutto considerando che, alla luce dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, per le materie ivi previste, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'assunto, secondo il quale il procedimento di mediazione non può che essere gestito con l'ausilio dei soggetti svolgenti la professione legale o di giudice di pace, viene dai ricorrenti affidata anche alla considerazione che:

il procedimento di mediazione non positivamente concluso incide sulle spese del successivo giudizio [art. 13, d.lgs. n. 28/10; art. 60, comma 3, lett. *p*), legge n. 69/09];

il verbale dell'accordo conclusivo del procedimento di mediazione, non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, nonché sottoposto ad omologazione, ha efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, d.lgs. n. 28/10).

Proseguendo nel descritto ambito argomentativo, i ricorrenti pervengono alla conclusione che l'intero corpo sistematico delle fonti di disciplina del procedimento di mediazione faccia emergere evidenti profili di contraddittorietà, ed, in particolare, che la mancata previsione di idonei criteri di valutazione della competenza degli organismi di mediazione ponga il regolamento impugnato in palese contrasto non solo e non tanto con l'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010, ma piuttosto con i principi generali e l'insieme delle disposizioni dell'intero impianto legislativo considerato.

I ricorrenti espongono indi che gli artt. 5 e 16 del d.lgs. n. 28/2010 non sfuggirebbero a censure di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 77 e 24 della Costituzione.

In particolare:

a) l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, nel prevedere che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale in riferimento alle controversie nelle previste materie (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, responsabilità medica e diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari), precluderebbe l'accesso diretto alla giustizia (con l'ulteriore aggravio di un costo da sostenere per il pagamento dell'indennità del mediatore e della difesa tecnica), disattendendo espressamente le previsioni della legge delega, art. 60 della legge n. 69 del 2009, e, segnatamente, il principio e criterio direttivo di cui alla lett. *a*), che tale accesso diretto tutela specificamente;

b) l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, ponendo quali criteri di selezione, degli organismi abilitati alla mediazione esclusivamente la «serietà ed efficienza», liberalizzerebbe il settore, lasciando aperta una interpretazione non



pienamente aderente alla previsioni della legge delega e contravvenendo sia all'art. 4 della direttiva 2008/52/CE, sia alla citata legge di delega, lett. *b*), che fanno riferimento alla professionalità ed indipendenza della mediazione.

9. A questo punto va subito chiarito che l'eccezione di costituzionalità relativa alla mancata esplicitazione in capo agli organismi di mediazione del requisito della indipendenza si profila non rilevante ai fini del presente giudizio, in quanto afferisce esclusivamente allo scrutinio di legittimità dell'art. 4 del regolamento stesso.

10. Ritiene, invece, il Collegio che le altre questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti siano rilevanti ai fini della decisione del gravame e non si profilino manifestamente infondate.

Esse investono, precisamente:

l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza);

l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza.

11. Va, quindi, ora immediatamente affrontato il profilo della rilevanza ai fini della decisione della presente controversia delle questioni di cui al precedente punto 10.

Punto centrale della decisione stessa, nonché qualificante espressione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio, alla luce della prima e dalla seconda doglianza di cui al ricorso n. 463 del 2011, è la dedotta omissione, da parte dell'art. 4 dell'impugnato regolamento 180/2010, di criteri volti a delineare i requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-processuale del mediatore.

L'illegittimità di siffatta omissione, precisano i ricorrenti, non si apprezza che in relazione alle previsioni contenute nell'art. 4 della direttiva 2008/52/CE e nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che appunto prevedono, rispettivamente, che la mediazione debba essere svolta con competenza e professionalità.

Ciò in quanto l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, di cui il regolamento costituisce attuazione, e in relazione al quale i ricorrenti introducono il sospetto di incostituzionalità, ha obliato la valenza di detti requisiti (si ripete, competenza e professionalità), sostituendoli con altri (serietà ed efficienza), che il regolamento impugnato ha fatto propri, ma che non soddisfano, però, secondo i ricorrenti, le esigenze considerate dal legislatore comunitario e da quello nazionale delegante.

Tali ultime esigenze i ricorrenti ritengono, invece, insopprimibili, soprattutto osservando che, per un vasto ventaglio di materie, l'art. 5 dello stesso d.lgs. n. 28/2010, pure dai ricorrenti sospettato di incostituzionalità, rende l'esperimento della mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

E allora, per effettuare in questa sede autonomamente e compiutamente la disamina della eventuale fondatezza di un siffatto impianto argomentativo — prescindendo, cioè, dalle questioni di costituzionalità — il Collegio dovrebbe sottoporre l'art. 60 della legge n. 69 del 2009 e l'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 ad una interpretazione costituzionalmente orientata, che tenga conto della necessità di una stretta continuità e coerenza delle disposizioni, tra di esse ed in relazione all'art. 4 della direttiva 2008/52/CE.

Ciò al fine di risolvere ermeneuticamente il problema consistente nella non sovrapponibilità dei concetti di «competenza», «professionalità», nonché «serietà ed efficienza», alternativamente utilizzati dalle fonti regolatrici della materia (rispettivamente, direttiva, legge delega e decreto delegato), individuando, anche alla luce degli scopi e dei principi fondanti che esse assumono, il parametro normativo specifico in relazione al quale apprezzare se la disposizione regolamentare impugnata (art. 4) presenti le caratteristiche della completezza e della congruenza.

In tal modo, non solo non si porrebbe la necessità di scrutinare in via incidentale l'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010, ma anche l'art. 5 dello stesso d.lgs. n. 28/2010 rimarrebbe sullo sfondo della controversia, senza essere direttamente investito dalla sua definizione.

Ma il Collegio ritiene che una siffatta impostazione non sia oggettivamente perseguibile.

Ciò in quanto essa non esaurirebbe che in una misura molto limitata l'ambito delle questioni sottoposte a giudizio, lasciando, in particolare, aperto l'interrogativo di quale sia il ruolo che l'ordinamento giuridico nazionale intende effettivamente affidare alla mediazione.

Laddove, invece, è proprio la puntuale individuazione di tale ruolo ad essere imprescindibilmente pregiudiziale all'apprezzamento dei requisiti che, in via attuativa-amministrativa, è legittimo richiedere al mediatore ovvero da cui è legittimamente consentito prescindere. È infatti intuitivo, anche sotto il profilo del grado di affidamento da ingenerarsi



verso l'esterno in relazione alla figura del mediatore, e che si riflette nella professionalità che in capo al medesimo l'amministrazione è tenuta a verificare, che:

una cosa è la costruzione della mediazione come strumento cui lo Stato in un vasto ambito di materie obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio;

altra cosa è la costruzione della mediazione come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi favorisca l'utilizzo, lasciando purtuttavia impregiudicata la liberty nell'apprezzamento dell'interesse del privato ad adirla ed a sopportarne i relativi effetti e costi.

In altre parole, non pare potersi porre fondatamente in dubbio che la disamina rimessa a questa sede in ordine alla valutazione della fondatezza delle descritte doglianze, in relazione alle norme del regolamento n. 180 del 2010 interessate dalla domanda demolitoria nei sensi sopra precisati, non possa prescindere dall'accertamento della correttezza, in raffronto ai criteri della legge delega ed ai precetti costituzionali, e tenuto conto delle disposizioni comunitarie, delle scelte operate dal legislatore delegato laddove:

all'art. 16, ha conformato gli organismi di conciliazione a parametri, o meglio a qualità, che attengono esclusivamente ed essenzialmente all'aspetto della funzionalità generica, e che, per contro, sono scevri da qualsiasi riferimento a canoni tipologici tecnici o professionali di carattere qualificatorio ovvero strutturale;

al contempo, all'art. 5, ha configurato, per le materie ivi previste, l'attività da questi posta in essere come insopprimibile fase preprocessuale, cui altre norme del decreto assicurano effetti rinforzati, ed, in quanto tale, suscettibile, in ogni suo possibile sviluppo, o di conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti, o di incidervi, comunque, anche laddove ne residui la giustiziabilità nelle sedi istituzionali e si intenda adire la tutela giudiziale.

E ciò anche tenendo particolarmente conto, sotto un profilo più generale, del fatto che nel decreto legislativo n. 28 del 2010 si rinvengono, come al Collegio sembra palese, elementi che fanno emergere due scelte di fondo che, in relazione ai diritti disponibili e nelle materie considerate, in misura inversamente proporzionale, ma biunivocamente, mirano, con forza cogente, l'una, alla deistituzionalizzazione e de-tecnicizzazione della giustizia civile e commerciale nelle materie stesse, e, l'altra, alla enfaticizzazione di un procedimento para-volontario di componimento delle controversie nelle materie stesse, che, però, per come strutturate, non risultano omogenee con una ulteriore scelta pure ivi operata.

Che consiste nel disporre che l'atto che conclude la mediazione, sottoposto ad omologazione, possa acquistare efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, d.lgs. n. 28/10) — rientrando, così, a pieno titolo tra gli atti aventi gli stessi effetti giuridici tipici delle statuizioni giurisdizionali — laddove, nel corso della mediazione, ed ai sensi decreto legislativo stesso, il profilo della competenza tecnica del mediatore sbiadisce, e, vieppiù, anche il diritto positivo viene in evidenza solo sullo sfondo, come cornice esterna ovvero come generale limite alla convenibilità delle posizioni giuridiche in essa coinvolte (divieto di omologare accordi contrari all'ordine pubblico o a norme imperative, art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010).

E allora, per assicurare la certezza della fattibilità del descritto meccanismo, al fine di escludere che lo stesso ridondi in danno del diritto di difesa in giudizio garantito dall'art. 24 Cost., risulta insopprimibile la necessità che l'interpretazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010 [propedeutica alla disamina della impugnata disposizione regolamentare dell'art. 4)] sia correlata con quanto previsto dall'art. 5 dello stesso decreto (entrambi nelle parti precisate al punto 9), il cui combinato disposto costituisce il vero perno della regolazione delegata.

Tale ultima norma, però, per le ragioni che si passa ad illustrare, non risulta al Collegio trovare una rispondenza nella legge delega, con conseguente violazione dell'art. 77 Cost..

12. Nell'illustrare il complessivo quadro normativo della fattispecie, si è dato conto che la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE è chiara nell'affermare, all'ottavo considerando ed all'art. 1, che il campo privilegiato di applicazione delle disposizioni comunitarie sulla mediazione in materia civile e commerciale è rappresentato dalle controversie transfrontaliere, ma che nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di estenderla ai «procedimenti di mediazione interni».

L'intento della direttiva sul punto è chiaro.

La immediata disponibilità nell'ambito dell'Unione europea del servizio di mediazione in relazione alle controversie transfrontaliere nelle materie civili e commerciali risponde, infatti, con efficacia apprezzabile a prima vista, alla necessità di superare le problematiche solitamente e squisitamente proprie di tali tipologie di controversie, quali l'individuazione dell'ordinamento statale applicabile e del giudice comperate, contribuendo, così, ad una soluzione rapida ed efficace delle ragioni del contendere, che altrettanto indubitabilmente manifesta il ruolo di elemento necessario al corretto funzionamento del mercato interno, anche tenuto conto che la materia degli scambi commerciali non è ontologicamente estranea alla composizione amichevole delle controversie.

Al contempo, il legislatore comunitario esprime evidentemente l'avviso che nulla osta a che la mediazione, quale strumento tendenzialmente generale di risoluzione delle controversie, sia valorizzata dalle singole legislazioni nazio-



nali, mediante l'esercizio di un'opzione estensiva dell'istituto, come delineato nei tratti salienti dalla direttiva, che ne comporti l'applicazione anche a quelle che esulano dal campo dei rapporti transfrontalieri, e che ricadono interamente nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri. Secondo le attribuzioni proprie dell'ordinamento nazionale vigente, l'eventuale adesione, di carattere pacificamente discrezionale, a siffatta ipotesi ampliativa, e, conseguentemente, la competenza ad esercitare opzione nei detti sensi, non può che essere individuata che in capo alla fonte normativa primaria [art. 111 Cost.; art. 117, lett. *l*) ed *m*) Cost.].

E ciò anche perché, come meglio in seguito, essa non esaurisce le scelte da compiersi, ma costituisce il presupposto da cui scaturisce la necessità di operare altre scelte, che ineriscono, se così si può dire, ai massimi livelli del sistema nazionale della «giustizia» in materia civile. Si pone, indi, la necessità di verificare se le scelte effettuate dal legislatore delegato, con specifico riferimento alle prime tre disposizioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, possano essere ascritte, nelle parti fondanti, all'art. 60 della più volte richiamata legge n. 69 del 2009.

È il caso di chiarire che ad analoga necessità condurrebbe anche l'eventualità che l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, oltre a porsi in continuità con la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE — come sembra al Collegio palese ancorché la stessa non venga richiamata nel testo dell'articolo, che rimanda però al «rispetto» ed alla «coerenza» con la normativa comunitaria [comma 2 e comma 3, lett. *c*)], e come è in effetti sembrato palese anche al legislatore delegato, che l'ha citata nel preambolo — esprima anche l'ulteriore ed autonomo intendimento del legislatore di approntare soluzioni volte a fronteggiare le note problematiche connesse nel nostro ordinamento al processo civile.

In tale ultimo senso sembrano, per vero, militare sia l'inserimento dell'art. 60 non nella legge comunitaria annuale bensì in un corpus normativo per «lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», sia la dizione utilizzata dal comma 2 dello stesso articolo, che qualifica la delega conferita al Governo ai sensi del comma 1 che lo precede («in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale») quale «riforma».

Infatti, quand'anche ci si trovasse di fronte ad un'autonoma «riforma» di carattere ordinamentale, meramente occasionata dall'obbligo di recepire la direttiva n. 2008/52/CE, da cui mutua il contenuto essenziale, ma senza che l'intento recettivo esaurisca le intenzioni del legislatore, a maggior ragione si imporrebbe l'indagine sull'oggetto che costituisce il reale ambito della delega, che non potrebbe essere sic et simpliciter derivato dalle disposizioni comunitarie in corso di recepimento.

13. Ma il Collegio non rinviene nella legge delega alcun elemento che consenta di ritenere che la regolazione della materia andasse effettuata nei sensi prescelti dalle prime tre previsioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010.

E ciò per le ragioni che si passa ad illustrare.

13.1. Va subito chiarito che, laddove indubitabilmente è ascrivibile al più volte nominato art. 60 della legge n. 60/09 la scelta di ampliare il ricorso alla mediazione nelle controversie interne in ambito civile e commerciale, nessuno dei criteri e principi direttivi previsti e nessuna altra disposizione dell'articolo espressamente assume l'intento deflattivo del contenzioso giurisdizionale o configura l'istituto della mediazione quale fase preprocessuale obbligatoria.

Né detto tema può ritenersi rientrante nell'ambito di libertà, ovvero nell'area di discrezionalità commessa alla legislazione delegata, esso non costituendo, per quanto sopra riferito e per quanto in seguito, né un mero sviluppo delle scelte effettuate in sede di delega né una fisiologica attività di riempimento o di coordinamento normativo, sia che si tratti di recepire la direttiva comunitaria n. 2008/52/CE sia che si tratti della riforma del processo civile.

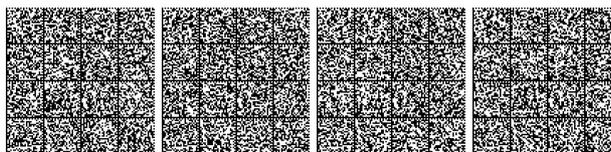
Ne consegue che, ai fini della positiva valutazione della costituzionalità delle prime tre previsioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010., tenendo conto del silenzio serbato dal legislatore delegante sullo specifico tema, occorrerebbe almeno che l'art. 60 lasci trasparire elementi in tal senso univoci e concludenti.

Ma così non è.

13.2. Va poi anche escluso che l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, con la locuzione del relativo comma 2 (regolare la riforma «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria»), ovvero con il principio e criterio direttivo posto alla lett. *c*) del comma 3 («disciplinare la mediazione nel rispetto della normativa comunitaria») possa essere inteso quale delega al Governo a compiere ogni e qualsivoglia scelta latamente occasionata dalla direttiva comunitaria n. 2008/52/CE, che, come sopra si è rilevato, il Governo non è stato neanche espressamente chiamato a recepire.

Ma, sul punto, come già sopra accennato, è ancor più decisivo osservare che varie sono le opzioni da considerare a termini della direttiva in parola.

La prima e la più significativa, nonché quella chiaramente compiuta dall'art. 60, è indubbiamente quella relativa alla estensione dell'applicazione delle disposizioni comunitarie sulla mediazione anche ai procedimenti interamente ricadenti nell'ordinamento nazionale, per i quali essa non è originariamente ed obbligatoriamente prevista.



La seconda è quella di valutare se il procedimento di mediazione debba essere «avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro» [art. 3, lett. a), direttiva n. 2008/52/CE].

La terza, logicamente conseguente all'ultima delle opzioni della seconda, è quella di apprezzare se, dinamicamente, lasciare «impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario» (art. 5, par. 2, direttiva n. 2008/52/CE).

Il tutto, tenendo comunque conto del limite costituito dalla necessità di non impedire «alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario» (art. 5, par. 2, direttiva n. 2008/52/CE).

I ricambi della scelta estensiva dell'istituto della mediazione dal campo privilegiato delle controversie transfrontaliere a quello dei procedimenti interamente ricadenti nell'ordinamento interno sono, indi, molteplici, ed attengono precipuamente alle varie modalità con cui tale estensione, salvaguardando l'accesso alla giustizia, può essere effettuata nei singoli ordinamenti, ed, *in primis*, all'opzione di rendere il ricorso alla mediazione «prescritto dal diritto», indi «obbligatorio» e «soggetto a sanzioni».

Quand'anche, pertanto, dovesse ritenersi che l'art. 60 si ponga un intento integralmente recettivo della direttiva n. 2008/52/CE, il silenzio del legislatore delegante su tali ultime opzioni non ha, né può avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega in conformità agli artt. 24, 76 e 77 Cost., il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa come scolpito dall'art. 24 Cost., appaiono le più estreme, ovvero la «prescrizione di diritto» per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, e la predisposizione della massima «sanzione» per il suo eventuale inadempimento, quale è l'improcedibilità rilevabile anche d'ufficio, come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato.

13.3. Va, altresì, chiarito che nessun elemento decisivo, sempre ai fini in parola, è ricavabile dal principio e criterio direttivo previsto dalla lett. a) della legge delega, laddove si dispone che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, «senza precludere l'accesso alla giustizia».

Tale principio e criterio direttivo, infatti, nella dinamica della delega, non sembra assumere altro ruolo che quello di richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare un principio assoluto e primario dell'ordinamento nazionale (art. 24 della Costituzione) e di quello comunitario.

Ciò posto, è vero che l'accesso alla giustizia potrebbe non ritenersi *ex se* precluso dalla previsione di una fase preprocessuale, che, ancorché obbligatoria, lasci comunque aperta la facoltà di adire la via giurisdizionale.

Infatti, secondo il costante insegnamento del Giudice delle leggi, l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73; 13 aprile 1977, n. 63; sul punto, non può non richiamarsi anche la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, IV, 18 marzo 2010).

Ma è altresì vero:

sia che, proprio in forza delle statuizioni appena citate, le modalità di una siffatta previsione non sono influenti al fine di valutarne la conformità a Costituzione;

sia che nell'ordinamento giuridico vigente, e specificamente in quello che regola la delega legislativa, non tutto ciò che è in via generale permesso all'autorità delegante può ritenersi anche assentito alla sede delegata.

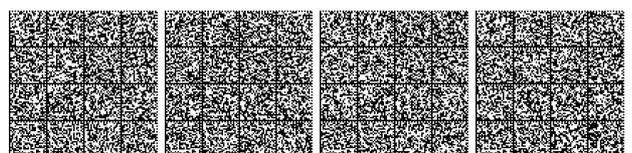
Di talchè, anche potendosi ammettere che le prime tre disposizioni del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, isolatamente considerate, possano non essere in contrasto con il principio costituzionale del diritto alla difesa, alla stessa conclusione potrebbe non pervenirsi tenendo conto degli effetti del loro coordinamento con altre disposizioni dello stesso d.lgs., e, segnatamente, con l'art. 16. In ogni caso, poi, attesa la natura della fonte, occorrerebbe rinvenirne il fondamento in un altro principio e criterio direttivo della delega.

Ma, come si è già accennato, ciò non è dato.

13.4. Atteso, quindi, che i principi e criteri direttivi appena esaminati appaiono neutrali al fine di apprezzare la rispondenza dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/10 alla legge delega, va osservato, vieppiù, che ben due principi e criteri direttivi depongono, invece, a favore della non rispondenza.

13.4.1. Con il principio e criterio direttivo previsto dall'art. 60, lett. c), si prevede che la mediazione sia disciplinata anche «attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5».

Il decreto legislativo n. 5/2003 reca la «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», e nel titolo VI, dedica(va) alla conciliazione stragiudiziale gli artt. da 38 a 40, ora abrogati proprio dall'art. 23 del d.lgs. n. 28 del 2010.



Il richiamo dell'art. 60 in parola al d.lgs. n. 5/2003 fa escludere che la puntuale scelta operata dal comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 possa essere ascritta al legislatore delegante.

Infatti, il d.lgs. n. 5/2003, segnatamente, all'art. 40, comma 6, molti più limitatamente di quanto previsto dal ridotto art. 5, e solo nello scenario in cui «il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito», prevede che «il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto».

Il modello legale valorizzato dall'art. 60 della legge n. 69/90 mediante il richiamo al d.lgs. n. 5/2003 è quello, quindi, in cui si versa innanzitutto in un ambito già delineato da norme di fonte volontaria privata (contratto o statuto sociale).

In tale quadro, è comunque rimesso ad un altro momento volontario privato, ovvero alla facoltà della parte che vi ha interesse, e non alla forza cogente della legge, far constare nel giudizio già interposto, ed entro termini prestabiliti, la sussistenza di una clausola conciliativa ed il mancato esperimento della conciliazione.

Ed anche qualora la parte ritenga di avvalersi di tale facoltà, il procedimento giudiziale non si estingue, ma, molto più limitatamente, deve essere sospeso per il periodo necessario ad esperire la conciliazione.

Il decreto legislativo n. 5/2003 delinea, dunque, una fattispecie nella quale l'esistenza di un modulo normativo di composizione delle controversie alternativo alla giurisdizione, di cui l'interessato non si sia avvalso, né pospone de iure il suo diritto di difesa in giudizio né lo rende, eventualmente, *inutiliter* esercitato, come, invece, fanno le prime tre disposizioni del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010.

È bene aggiungere che nulla muta, poi, considerando che il decreto delegato n. 28 del 2010, al comma 2 dello stesso art. 5, affianca al meccanismo sospeso di incostituzionalità di cui al comma 1 anche un meccanismo coincidente a quello appena descritto, ascrivibile al modello richiamato dal legislatore delegante (d.lgs. n. 5/2003), in forza del quale è il giudice adito, anche in sede di appello, che, valutati una serie di elementi, invita le parti a procedere alla mediazione e differisce la decisione giurisdizionale: tale disposizione, infatti, tiene comunque «Fermo quanto previsto dal comma 1...».

Anzi, il comma 2 dell'art. 5 lueggia maggiormente la incisività della diversa scelta compiuta dal legislatore delegato al comma 1 dello stesso articolo, di subordinare nelle materie ivi previste il diritto di difesa in giudizio all'esperimento della mediazione, rendendo ancor più pressante l'esigenza che di una siffatta scelta si individui il preciso fondamento nella legge delega.

13.4.2. A sua volta, la lett. n) del più volte richiamato art. 60 prevede il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della «possibilità», e non dell'obbligo, di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione.

Anche tale disposizione non consente di ritenere che l'art. 5 del d.lgs. n. 20/10, al comma 1, nelle tre prime disposizioni, trovi un riscontro nella legge delega n. 69/09.

Infatti, la possibilità è, per definizione, diversa dall'obbligatorietà, e l'accentuazione di tale differenza non può ritenersi superflua, vertendosi nel campo della deontologia professionale, ovvero in un complesso di obblighi e doveri la cui inosservanza può determinare conseguenze pregiudizievoli in base all'ordinamento civile (risarcimento del danno), amministrativo (sanzioni disciplinari) e pubblicistico (art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/2010), che richiedono l'esatta individuazione del precetto presidiato dalle sanzioni.

Tant'è che lo stesso decreto delegato 28/2010 ha dovuto differenziare, al comma 3 dell'art. 4, l'ipotesi in cui l'avvocato omette di informare il cliente della «possibilità» di avvalersi della mediazione, da quella in cui l'omissione informativa concerne i casi in cui «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

E ciò ancorché poi, alquanto sorprendentemente, l'art. 4, comma 3 in parola: non diversifichi poi la sanzione correlata alle due fattispecie, che sono state entrambe ricondotte alla unica categoria della «violazione degli obblighi di informazione» e all'annullabilità del contratto intercorso tra l'avvocato e l'assistito, nonostante la assai maggior pregiudizievolezza della seconda.

14. Nessuna delle problematiche di rilievo costituzionale sopra evidenziate viene risolta dalle difese formulate dalle amministrazioni resistenti.

14.1. Si opina che il recente d.m. 6 luglio 2011, n. 145 ha introdotto una rilevante modifica all'art. 7 del decreto n. 180 del 2010 in questa sede impugnato, in forza della quale il regolamento dell'organismo di mediazione deve recare «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta».



Per la difesa erariale, vieppiù, la sopravvenienza di tale norma determinerebbe l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del primo motivo di gravame.

L'argomentazione non può, però, essere seguita, atteso che la disposizione aggiunta, che si limita ad individuare un criterio di assegnazione degli affari interno all'organismo di mediazione, lascia ampiamente impregiudicata ogni questione inerente il meccanismo tramite il quale la mediazione è stata introdotta, per alcune materie, nell'ordinamento vigente e la conseguente individuazione dei requisiti minimi necessari in capo al mediatore.

14.2. Si opina ancora che lo schema procedimentale seguito è quello dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203, in tema di controversie agrarie.

Ma la risalente legge invocata, che effettivamente configura un meccanismo in forza del quale il previo esperimento del tentativo di conciliazione assume la condizione di presupposto processuale, la cui carenza preclude al giudice eventualmente adito di pronunciare nel merito della domanda (Cass. SS.UU, 20 dicembre 1985, n. 6517), oltre a concernere le limitatissime (rispetto alle materie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010) ipotesi dei contratti agrari, non figura menzionata in alcuna parte della legge delega, che richiama, invece, la completamente diversa fattispecie normativa del già citato d.lgs. n. 5 del 2003, sopra illustrata.

14.3. L'assunzione di finalità deflative del contenzioso giudiziale, l'apprezzamento dell'equilibrio della soluzione prescelta, anche per quanto attiene ai procedimenti il cui svolgimento non è precluso dalla mediazione neppure quando obbligatoria, e ai procedimenti cui non si applicano le disposizioni sulla condizione di procedibilità, nonchè ai costi della mediazione, non sono qui in discussione.

Si tratta, infatti, di questioni di merito sottratte all'ambito proprio del giudizio amministrativo, laddove, invece, più a monte, occorre verificare, per le suesposte ragioni ed in osservanza delle regole proprie dello scrutinio incidentale di costituzionalità di cui all'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, se trattasi di scelte che il Governo era legittimato ad attuare, e con le previste modalità, in forza delle attribuzioni delegate dal Parlamento.

14.4. È fuori tema e non coglie comunque nel segno, per le stesse ragioni appena riferite e per quanto al punto 13.3., ogni questione attinente alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria (in tema di telecomunicazioni invocata dalle parti resistenti in relazione alla astratta possibilità per il legislatore nazionale di sottoporre l'esercizio dei diritti fondamentali a restrizioni compatibili con obiettivi di interesse generale, a condizione che essi siano perseguiti in modo non sproporzionato, o inaccettabile, ed alla verifica del rispetto di siffatte condizioni da parte delle norme delegate.

14.5. Non è vero, per quanto pure in precedenza riferito, che l'unico limite posto al decreto delegato è quello del rispetto della possibilità di accesso alla giustizia.

Si è infatti sopra dato conto che nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 sussistono alcuni elementi di carattere positivo univoci e concludenti, tra cui primariamente il richiamo alle già illustrate disposizioni di cui al decreto legislativo n. 5 del 2003 (artt. da 38 a 40, ora abrogati dall'art. 23 del d.lgs. n. 28 del 2010), che, nel rapporto tra mediazione e processo, delineano un equilibrio molto diverso da quello assunto dal comma 1 dell'art. 5.

Né è conducente, per quanto sopra pure diffusamente esposto (13.2), affermare che la normativa comunitaria fa esplicito riferimento all'ipotesi di mediazione obbligatoria anche negli specifici termini estremi fatti propri dal legislatore delegato (e non, si ribadisce, dalla legge delega), atteso che essi, nel contesto comunitario, come sopra acclarato, costituiscono previsioni via via «facoltizzate».

In altre parole, e conclusivamente, quanto riferito dalla difesa erariale si profila di assoluta neutralità in relazione alle questioni dibattute in questa sede, come sopra delineate.

15. Tutto quanto sin qui argomentato giustifica la valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale:

dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice);

dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di «serietà ed efficienza».

15.1. In particolare, le disposizioni di cui sopra risultano in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determinano, nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azione-



bilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce.

Ciò in quanto esse non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio.

15.2. Le disposizioni in parola risultano altresì in contrasto con l'art. 77 Cost., atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della legge n. 69/09, che risultano stridenti con le disposizioni stesse.

In particolare, alcuni principi e criteri direttivi [lett. c); lett. n)] fanno escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua *ratio* e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile.

15.3. Si rende conseguentemente necessaria la sospensione del giudizio e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché si pronunci sulla questione.

P.Q.M.

Così dispone:

1) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice);

2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza;

3) dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

4) ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 aprile 2012.

Il Presidente: POLITI

L'estensore: BOTTIGLIERI

12C0273

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

(WI-GU-2012-GUR-033) Roma, 2012 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



MODALITÀ PER LA VENDITA

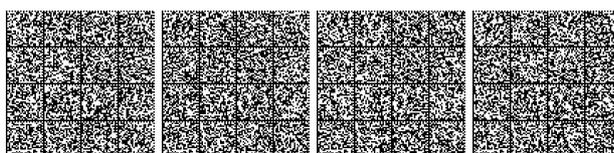
La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- **presso l'Agenzia dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. in ROMA,
piazza G. Verdi, 1 - 00198 Roma ☎ 06-85082147**
- **presso le librerie concessionarie riportate nell'elenco consultabile sui siti www.ipzs.it e
www.gazzettaufficiale.it.**

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
Direzione Marketing e Vendite
Via Salaria, 1027
00138 Roma
fax: 06-8508-3466
e-mail: informazioni@gazzettaufficiale.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.





€ 6,00

