

1^a SERIE SPECIALE

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

Anno 165° - Numero 40

GAZZETTA  UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

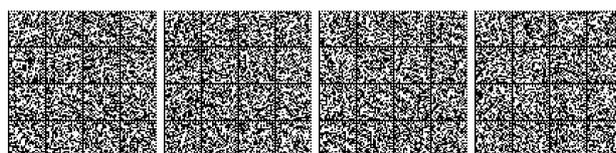
PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 2 ottobre 2024

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, 691 - 00138 ROMA - CENTRALINO 06-85081 - LIBRERIA DELLO STATO
PIAZZA G. VERDI, 1 - 00198 ROMA

CORTE COSTITUZIONALE

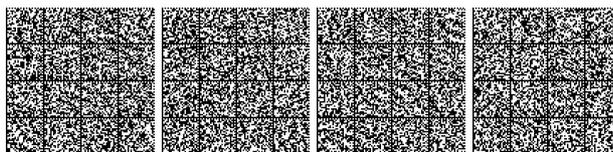




S O M M A R I O

ATTI DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

- N. 174. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna del 10 aprile 2024
Ordinamento penitenziario – Detenzione domiciliare speciale – Previsione che la detenzione domiciliare sostitutiva può essere concessa al padre detenuto “se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.
In subordine: Ordinamento penitenziario – Detenzione domiciliare speciale – Previsione che la detenzione domiciliare sostitutiva può essere concessa al padre detenuto se “non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.
 – Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), art. 47-*quinquies*, comma 7. Pag. 1
- N. 175. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria del 30 luglio 2024
Impresa e imprenditore – Trasporto – Norme della Regione Calabria – Modifiche alla legge regionale n. 48 del 2019 - Disposizioni in materia funeraria – Previsione che alle imprese funebri è vietato l’esercizio del servizio di ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario extra ospedaliero e di ogni trasporto a esso assimilabile, nonché di ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile.
 – Legge della Regione Calabria 7 agosto 2023, n. 38 (“Modifiche e integrazioni alla legge regionale 29 novembre 2019, n. 48 (Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria”), art. 5, comma 1, lettera *a*). Pag. 16
- N. 176. Ordinanza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana del 5 agosto 2024
Comuni, Province e Città metropolitane – Funzioni fondamentali - Norme della Regione Siciliana - Liquidazione dei Consorzi per le aree di sviluppo industriale (Consorzi ASI) – Previsione che i Commissari liquidatori, in assenza delle società di scopo a prevalente capitale pubblico, possono trasferire in concessione d’uso temporaneo gli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, prioritariamente al Comune nel cui territorio è ubicato l’impianto di depurazione, o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto – Omessa previsione di una contestuale e adeguata provvista finanziaria in favore del medesimo Comune concessionario.
 – Legge della Regione Siciliana 12 gennaio 2012, n. 8 (Costituzione dell’Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive), art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo. Pag. 24
- N. 177. Ordinanza del Tribunale di Napoli del 6 giugno 2024
Procedimento penale - Misure cautelari - Allontanamento dalla casa familiare – Applicazione delle modalità di controllo elettronico previste dall’art. 275-*bis* cod. proc. pen. qualora si proceda per determinati delitti - Previsione che, qualora l’organo delegato per l’esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l’applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi - Mancata previsione che il giudice impone l’applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi “salvo che non le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto”.
 – Codice di procedura penale, art. 282-*bis*, comma 6, ultimo periodo, come modificato dall’art. 12, comma 1, lettera *c*), della legge 24 novembre 2023, n. 168 (Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica). Pag. 30



N. 178. Ordinanza del Tribunale di Brescia del 14 agosto 2024

Sanzioni amministrative – Previdenza e assistenza – Omesso versamento delle ritenute previdenziale e assistenziali – Previsione che, se l'importo omesso non è superiore a euro 10.000 annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da una volta e mezza a quattro volte l'importo omesso.

- Decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463 (Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria e per il contenimento della spesa pubblica, disposizioni per vari settori della pubblica amministrazione e proroga di taluni termini), convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n. 638, art. 2, comma 1-*bis*, come modificato dall'art. 23, comma 1, del decreto-legge 4 maggio 2023, n. 48 (Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro), convertito, con modificazioni, nella legge 3 luglio 2023, n. 85.

Pag. 42



ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 174

Ordinanza del 10 aprile 2024 del Tribunale di sorveglianza di Bologna sul reclamo proposto da M. C.

Ordinamento penitenziario – Detenzione domiciliare speciale – Previsione che la detenzione domiciliare sostitutiva può essere concessa al padre detenuto “se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.

In subordine: Ordinamento penitenziario – Detenzione domiciliare speciale – Previsione che la detenzione domiciliare sostitutiva può essere concessa al padre detenuto se “non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), art. 47-*quinquies*, comma 7.

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI BOLOGNA

L’anno 2024 giorno 9 del mese di aprile in Bologna si è riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei componenti:

dott.ssa Venturini Maria Letizia, Presidente;

dott. Romano Ezio, giudice relatore;

dott.ssa Forgione Margherita, esperta;

dott.ssa Sozzi Anna, esperta;

con la partecipazione della dott.ssa Starita Adele Sost. procuratore generale presso la Corte di Appello di Bologna per deliberare sul procedimento relativo alle domande di:

detenzione domiciliare speciale, art. 47-*quinquies* O.P.;

affidamento in prova al servizio sociale, art. 47 O.P.;

semilibertà, art. 50 O.P.;

Presentate da C M nato a il , detenuto presso la Casa circondariale di Ferrara in espiazione della pena di cui al cumulo SIEP n. 2023/187 emesso dalla Procura di Pordenone, pari ad anni 4, mesi 7 e giorni 12 di reclusione; decorrenza pena 10 settembre 2023; fine pena 21 agosto 2028.

OSSERVA

Il presente procedimento origina dalla richiesta di C M. volta ad ottenere le misure della semilibertà o dell’affidamento in prova al servizio sociale in relazione alla pena di cui alla sentenza n. 3391/2019 emessa dalla Corte d’Appello di Bologna, pari a mesi 7 e giorni 15 di reclusione per il delitto di cui all’art. 640, 81, c. 2 codice penale commesso in nell’anno a fronte dell’emissione da parte della Procura generale della Repubblica di Bologna di ordine di carcerazione e decreto di sospensione.

Successivamente, tuttavia, interveniva l’attuale titolo in espiazione e, dunque, era disposta la carcerazione del C. , associato all’istituto estense dal 10 settembre 2023.



A fronte dell'esecuzione inframuraria della pena, con atto del 25 ottobre 2023 il difensore di fiducia del C ha avanzato in via provvisoria ed urgente ulteriore istanza di ammissione del proprio assistito alla misura della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* legge n. 354/1975 (d'ora innanzi anche O.P.), ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 30/2022, ovvero anche la concessione del beneficio di cui all'art. 21-*bis* O.P.

A sostegno, il difensore evidenziava che C è padre di figli minorenni, che la madre ha abbandonato da tempo il nucleo familiare, che allo stato egli è l'unica persona in grado di occuparsi dei figli, avendone ottenuto l'affido da parte del Tribunale per i Minorenni.

L'istanza, è stata rigettata per carenza di *fumus* dal Magistrato di sorveglianza di Bologna, sulla base della considerazione per cui l'art. 47-*quinquies*, comma 7 O.P., consente la concessione della detenzione domiciliare al padre di prole di età inferiore ad anni dieci o affetta da disabilità solo laddove la madre risulti «deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Nel caso di specie, infatti, i figli di C sono assistiti dalla sorella maggiore, che, al netto delle difficoltà nella gestione di più bambini, costituisce unitamente al compagno un nucleo familiare idoneo e capace di prendersi cura dei figli del detenuto, come indicato anche dai servizi sociali.

In via preliminare, il Tribunale di sorveglianza evidenzia che le originarie domande di semilibertà ed affidamento in prova al servizio sociale risultano allo stato inammissibili.

La domanda *ex art.* 47 O.P. risulta non passibile di vaglio nel merito in relazione all'attuale fine pena, ampiamente superiore agli anni quattro di espiazione residua. Quanto alla semilibertà, C non ha maturato la soglia di metà della pena, rendendo parimenti tale domanda non valutabile dal Collegio.

Parimenti non valutabile, sebbene proposta in sede di provvisoria, è la domanda di cui all'art. 21-*bis* O.P., trattandosi di istituto modellato sull'art. 21 O.P. e, dunque, l'iniziativa circa l'ammissione al beneficio è di competenza dell'Amministrazione penitenziaria.

L'unica domanda astrattamente ammissibile, dunque, risulta essere quella avanzata ai sensi dell'art. 47-*quinquies* O.P., da intendersi ai sensi del comma 1-*bis*.

Ciò premesso si osserva l'art. 47-*quinquies* O.P. disciplina una ipotesi di detenzione domiciliare che, in deroga ai limiti ordinari stabiliti dall'art. 47-*ter* O.P., può essere concessa dal Tribunale di sorveglianza alla madre di prole di età inferiore agli anni dieci con la stessa convivente, espia un terzo della pena o almeno quindici anni per la persona condannata all'ergastolo, laddove sia possibile ripristinare la convivenza con i minori ed il giudice non rilevi un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, in modo da consentire alla madre di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli.

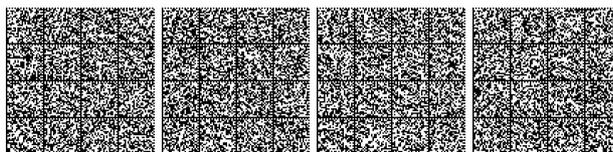
Laddove non sussista in concreto il pericolo di reiterazione di condotte delittuose o di fuga, inoltre, ai sensi del comma 1-*bis* della norma in esame, il Tribunale di sorveglianza può derogare ai limiti di pena indicati al comma 1, consentendo alla persona di espia il terzo della sanzione o i quindici anni, per la condannata alla pena dell'ergastolo, in un domicilio protetto ovvero anche al proprio domicilio.

Il comma settimo dell'articolo 47-*quinquies*, poi, stabilisce che la detenzione domiciliare speciale possa essere concessa, alle stesse condizioni della madre; al padre detenuto solo laddove la madre sia deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre.

La norma è stata oggetto in epoca recente di diversi interventi della Corte costituzionale che ne hanno ampliato la portata, anzitutto stabilendo l'applicabilità della disciplina *de quo* anche laddove il figlio, a prescindere dall'età, sia affetto da handicap in condizioni di gravità ai sensi dell'art. 3, c. 3, legge n. 104/1992 (Sentenza della Corte costituzionale n. 18/2020), nonché la possibilità che la misura venga concessa in via provvisoria dal Magistrato di sorveglianza, laddove sussista un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato detentivo del genitore (Sentenza della Corte costituzionale n. 30/2022).

In tutte le pronunce citate, la Corte ha evidenziato come questa norma debba intendersi costituzionalmente sorretta dalla prioritaria necessità di assicurare la tutela della prole bisognosa di assistenza genitoriale, precipitato dell'art. 31, c. 2 Costituzione, anche in consonanza con gli obiettivi internazionali di tutela del minore e del fanciullo, e realizzi tale scopo consentendo, a tassative e stringenti condizioni, di derogare ai limiti della detenzione domiciliare ordinaria.

Dalla lettura della norma, tuttavia, emerge chiaramente, come alle suddette esigenze l'ordinamento dia una differente risposta laddove il richiedente sia la madre ovvero il padre.



Mentre per valutare l'accesso alla misura della figura genitoriale femminile il Tribunale di sorveglianza si limiterà a compiere un vaglio sulla possibilità di ripristinare la convivenza con la prole e sull'assenza in concreto del rischio di reiterazione di condotte di reato, per accogliere analoga richiesta del padre dovrà valutarsi altresì se la madre sia morta (impedimento assoluto) o impossibilitata (impedimento relativo) e se la cura della prole non possa essere garantita da altri soggetti diversi dal genitore.

Sul punto, peraltro, il diritto vivente è particolarmente stringente.

Sebbene la riflessione giurisprudenziale sulla norma si sia polarizzata in massima parte nella individuazione di una nozione più chiara di cosa debba intendersi per impossibilità della madre, in particolare laddove la stessa presti attività lavorativa; tale condizione è stata individuata in quella che — per l'emersione di oggettivi fattori impeditivi inerenti alla sfera di azione della medesima — determina il rischio concreto per la prole di un grave *deficit* assistenziale e di un'irreversibile compromissione del suo processo evolutivo ed educativo (così Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4796 del 10 dicembre 2020 Cc. (dep. 8 febbraio 2021) R.v 280789 — 01(1).

La stessa Corte di legittimità, tuttavia, evidenzia le differenze strutturali tra l'art. 275, c. 4 del codice di procedura penale e l'art. 47-*quinquies* O.P., laddove la prima norma richiede che l'impossibilità della madre sia assoluta e non reca l'ulteriore inciso per cui il Tribunale di sorveglianza deve escludere che «vi sia modo di affidare la prole ad altri che al padre» ed arresta la propria analisi alla mera sussistenza del requisito dell'impedimento della madre, senza approfondire in che termini debba intendersi il riferimento ai terzi.

Ciò posto, il Tribunale di sorveglianza deve rilevare che la situazione dedotta dal C ed accertata nel corso dell'istruttoria, alla luce dell'attuale assetto normativa e giurisprudenziale, non consente l'accoglimento dell'istanza di detenzione domiciliare speciale.

Sebbene la difesa abbia cercato di sostenere l'assoluto impedimento e financo l'incapacità della madre a svolgere il ruolo di cura, dall'ordinanza del Tribunale per i Minorenni che ha concesso il collocamento dei minori presso il C. risulta che entrambi i genitori sono stati ritenuti idonei alla funzione genitoriale ed adeguati rispetto alle esigenze di vita ed affettive dei minori. Dunque la donna, secondo il calendario dei servizi, ha diritto di vedere i figli e mantenere un rapporto con gli stessi, seppur non continuativo.

D'altro canto, si è potuto appurare che la famiglia di C risultava costituita, già prima della carcerazione, oltre che dal detenuto ed i due figli minori, anche dalla figlia di primo letto dell'istante, C L , e dal compagno della giovane.

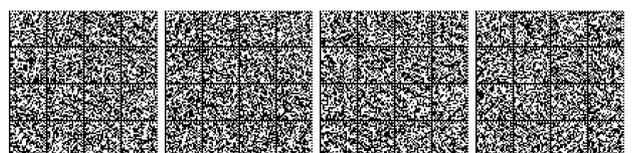
I minori, dunque, sono rimasti in ambito familiare e stanno mantenendo le relazioni che caratterizzavano la loro vita già da prima della carcerazione del padre; chiaramente, saranno esposti ad una sofferenza legata alla sua assenza, ma non pare al Collegio che tale condizione nella sua materialità determini un grave *deficit* di tutela e cura per i figli del detenuto. Il nucleo familiare, pur in assenza del C , è stato ritenuto dai servizi minorili capace di garantire idonea cura ed assistenza ai figli minori dell'istante, sicché pur a fronte della non continuità del rapporto con la madre è, dunque, chiaramente «possibile affidare la prole ad altri che al padre». Milita in questo senso l'indicazione dei Servizi minorili, che, pur caldeggiando la ricostituzione del rapporto padre-figli ove possibile, indicano che i minori si recano a far visita al padre in istituto, e «vivono comunque in una situazione serena presso la famiglia della sorella». Anche se l'impegno della giovane donna viene descritto come gravoso, lo stesso non risulta tale da determinare una condizione di *deficit* di cura e di assistenza che consente l'ammissione alla misura richiesta.

Né può accogliersi la tesi della difesa secondo cui, nella valutazione dell'assoluto impedimento della madre il supporto offerto da altri parenti e/o servizi non possa intendersi quale integralmente sostitutivo della presenza materna, ma debba essere inteso in senso meramente complementare alla cura offerta dalla madre.

La giurisprudenza citata dal difensore, infatti, si è espressa, per l'appunto, sull'art. 275, c. 4 del codice di procedura penale, che non contiene l'ulteriore locuzione «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Se, dunque, nell'ermeneutica dell'art. 275 codice penale, in assenza di un espresso riferimento restrittivo, appare ragionevole non introdurre ulteriori requisiti quali l'assistenza sostitutiva offerta da terzi soggetti, ad analoga conclusione non può pervenirsi rispetto alla norma in esame.

(1) «In tema di concessione della detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies* ord pen., come inciso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2020, a detenuto padre di prole affetta da “handicap” grave quando la madre versi nell'impossibilità di prestarle assistenza e non vi sia altro modo di affidarla ad altri che al padre, la nozione di siffatta condizione di impossibilità della madre deve identificarsi con quella che — per l'emersione di oggettivi fattori impeditivi inerenti alla sfera di azione della medesima — determina il rischio concreto per la prole di un grave “deficit” assistenziale e di un'irreversibile compromissione del suo processo evolutivo ed educativo».



Quest'ultima, infatti, si esprime in termini differenti e adotta un linguaggio che fa riferimento non già alla mera possibilità di cura integrativa dei terzi, ma al concetto di affidamento dei minori ad altri soggetti al di fuori del padre.

La locuzione utilizzata dal legislatore, anche nella sua valenza tecnica, dunque, esprime una netta indicazione, a parere del Collegio, nel senso della volontà di attribuire al terzo un ruolo di cura anche sostitutivo della madre, che rende il padre l'*extrema ratio* normativa.

Il giudizio, in applicazione dell'attuale formulazione dell'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P., dovrebbe dunque concludersi con un rigetto dell'istanza, già su questi profili parzialmente preliminari.

Tuttavia, Tribunale di sorveglianza non può non rilevare dubbi circa la compatibilità costituzionale della disposizione di cui all'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P. nella parte in cui la norma, sotto un duplice profilo, opera una radicale discriminazione tra la madre ed il padre nell'accesso alla misura in esame.

Ciò tanto in generale, stabilendo una differenziazione tra i ruoli genitoriali che non appare ragionevole alla luce delle evoluzioni sociali che hanno interessato l'ambito familiare, della letteratura scientifica in materia e del corretto bilanciamento tra le esigenze costituzionali in gioco; quanto, in via gradata, se confrontata con analoga disposizione prevista dall'art. 47-*ter*, c. 1, lett. b) O.P. e con quanto previsto in altre disposizioni dell'ordinamento (tra cui il già citato art. 275, c. 4 codice di procedura penale) in cui è il legislatore ha operato differenti scelte in tema di bilanciamento tra le esigenze del processo penale ed assistenza alla prole in tenera età.

I profili costituzionali che, a parere del Collegio, sarebbero violati, a vario livello, dalla norma in esame sono, anzitutto l'art. 3, c. 2 e gli artt. 29, 30 e 31 della Carta fondamentale, nonché l'art. 117 quale parametro interposto rispetto agli artt. 14 CEDU, espressivo in ambito convenzionale del principio di non discriminazione, in relazione all'art. 8 CEDU, che stabilisce tutela della vita privata e familiare.

I dubbi di costituzionalità su brevemente esposti sono duplici e, come anticipato, da intendersi in via gradata. Pertanto, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, appare opportuno condurre una analisi separata degli stessi.

Un primo profilo di incostituzionalità della disciplina, in esame si ritiene sussistente in ragione della scelta legislativa di operare a monte una differenziazione tra le due figure genitoriali, padre e madre, nella cura del minore (o del figlio affetto da *handicap*) stabilendo una cornice normativa evidentemente più favorevole per le detenute di sesso femminile rispetto ai detenuti di sesso maschile, in cui l'elemento discrezionale è dato esclusivamente dal genere del genitore.

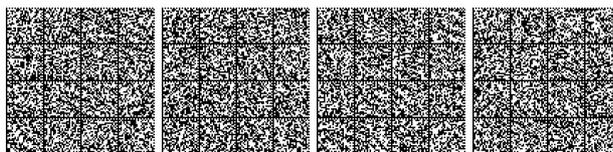
Tale scelta, per i motivi di cui si dirà appresso, si traduce in urta discriminazione della cui ragionevolezza è lecito dubitare, specialmente in relazione alla norma in esame, in cui l'interesse costituzionale prevalente non è tanto quello della tutela della maternità, bensì quello di garantire assistenza al soggetto bisognoso di cura in modo da non pregiudicare lo sviluppo psico-affettivo.

È chiaro che tale opzione normativa poggia su dei dati empirici e tradizioni culturali che assegnano alla donna, ed in particolare alla madre, un generale e prioritario lavoro di cura a tutela dei soggetti deboli, tra cui *in primis* i figli; ma tale impostazione risulta a parere del Collegio non adeguatamente giustificabile rispetto al prioritario interesse costituzionale sotteso alla norma in esame, né attuale rispetto ai mutamenti sociali che hanno interessato l'ambito familiare.

Per meglio comprendere quanto qui asserito, appare utile ripercorrere, per sommi capi, l'evoluzione normativa del fenomeno detentivo femminile e di quello inerente il rapporto tra le esigenze di cura della prole e la carcerazione dei genitori, in cui la giurisprudenza costituzionale ha avuto un ruolo tutt'altro che secondario. In origine, infatti, il tema della detenzione femminile e del bilanciamento tra gli interessi sottesi al fenomeno — pretesa punitiva dello Stato ed esigenze di tutela della collettività da un lato, tutela della maternità, dell'infanzia e del corretto sviluppo dei minori dall'altro — era stato affrontata dal legislatore nell'ambito della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, c. 1 O.P., stabilendo che la detenuta che dovesse espriare una pena inferiore ai quattro anni potesse essere ammessa alla misura detentiva domiciliare laddove fosse «donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a tre anni con la stessa convivente» (primigenia formulazione dell'art. 47-*ter*, c. 1 O.P. introdotta con legge 16 ottobre 1986, n. 663).

La norma, per converso, non conteneva alcun riferimento al padre sicché fu compito della Consulta aprire uno spiraglio per la figura genitoriale maschile, con la Sentenza n. 215/1990.

La pronuncia di incostituzionalità fu costruita dalla Consulta in quella sede ai sensi degli artt. 3, 29, 30 e 31, c. 2, quale corollario dei principi di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e di tutela dell'infanzia, evidenziando come la scelta legislativa fosse irragionevole nel non riconoscere alcuno spazio alla figura maschile.



A sostegno, la Corte richiamò gli arresti della propria giurisprudenza in materia di estensione al padre di alcune norme previdenziali in origine pensate a tutela della sola maternità, ma che la Corte aveva riconosciuto carenti rispetto alle esigenze di tutela dello sviluppo psico-affettivo del minore⁽²⁾ nella parte in cui non riconoscevano al padre quantomeno un ruolo di supplenza nella cura dei figli⁽³⁾.

La Corte costituzionale, evidenziando l'omogeneità degli interessi costituzionali in gioco, ed in particolare sottolineando come in entrambi i settori, oltre al generico rispetto del principio di uguaglianza sostanziale tra i coniugi, venisse in rilievo primario anche la tutela della prole, concluse dichiarando la norma illegittima nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare potesse essere concessa, nelle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, «qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (Corte costituzione Sentenza n. 215/1990).

È, dunque, sul terreno della normativa giuslavoristica e previdenziale degli anni '70 tesa alla tutela della donna lavoratrice che si rinviene la matrice originaria della locuzione normativa che dà rilievo, seppur ancillare, alla figura genitoriale maschile; locuzione poi transitata, attraverso il ponte costruito dalla giurisprudenza costituzionale, in materia di esecuzione penale, fatta propria dal legislatore e riprodotta in analoghe disposizioni in materia.

La successiva evoluzione normativa ha visto, poi, una modifica sostanziale della disciplina di settore, in massima parte sospinta dalla volontà legislativa di dare maggiore tutela al fenomeno della maternità, evitando l'ingresso in carcere dei minori al seguito delle madri.

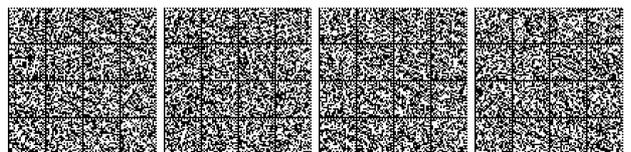
Un primo intervento organico si è avuto con legge n. 40/2001, ispirato dalla *ratio* di incentivare forme di esecuzione penale esterna a favore delle detenute incinte o alle madri nei primissimi anni di vita del minore, in cui il rapporto con la figura femminile (anche per esigenze biologiche) è stato dal legislatore ritenuto primario.

La legge citata, anzitutto, ha introdotto nel codice penale nuove ipotesi di differimento della pena agli artt. 146 e 147 del codice penale, a tutela della donna incinta (art. 146, n. 1 del codice penale), della madre di prole di età inferiore agli anni uno (ad. 146, n. 2 del codice penale), nonché della madre di prole di età inferiore agli anni tre (art. 147, n. 3 del codice penale).

Tali norme tutelano in maniera diretta la maternità ed il puerperio, assicurando l'obiettivo di evitare l'ingresso della madre e del minore in carcere, giungendo sino a differire l'esecuzione della pena o a consentirne l'espiazione, ai sensi dell'art. 47-ter, c. 1-ter O.P., nelle forme della detenzione domiciliare surrogatoria.

(2) In particolare, un precedente rilevante è indicato nella Sentenza n. 1/1987, in cui la Corte, pur dubitando a monte della ragionevolezza delle norme che prevedevano la concessione alla sola madre dei riposi giornalieri, aveva affermato che l'irragionevolezza divenisse manifesta nei casi in cui la madre non fosse assente o impedita, come già stabilito dal legislatore all'art. 7 della legge 31 dicembre 1977, n. 903 che aveva riconosciuto al lavoratore padre la possibilità di usufruire - in alternativa alla madre o quando il figlio fosse a lui solo affidato - della astensione facoltativa dal lavoro per la durata di sei mesi nel primo anno di vita del bambino. Si veda Corte costituzionale, Sent. 1/1987 § 8, «Si afferma così l'esigenza di una partecipazione di entrambi i genitori alla cura ed all'educazione della prole: non viene certo meno la funzione essenziale della madre nei rapporti con il bambino, ma si riconosce semmai, con notevole chiarezza, che anche il padre è idoneo a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore: sulla scorta, del resto, delle norme del diritto di famiglia che hanno conferito ad entrambi i genitori compiti di mantenimento, educazione ed istruzione dei figli (art. 143 codice civile), la pari potestà sugli stessi (art. 316 codice civile), e la titolarità esclusiva di detta potestà di ciascun genitore, in caso di assenza, incapacità od ulteriore impedimento dell'altro (art. 317 codice civile). Proprio in ragione di tale presupposto, il legislatore ha esteso anche al padre lavoratore alcuni dei benefici già riconosciuti alla madre dalla legge n. 1204 del 1971. Gli altri (l'astensione obbligatoria ed i riposi), invece, sono rimasti riservati alla madre. È verosimile, in proposito, che il legislatore abbia ritenuto che i due istituti, pur in diversa misura, fossero finalizzati e alla garanzia degli interessi della prole e alla tutela della salute della madre naturale. Tale presumibile raga dell'esclusione (già in sé piuttosto debole nel caso dei riposi giornalieri, che lo stesso legislatore - come si è già detto - sgancia in larga misura dalle condizioni personali della donna) non vale più, tuttavia, quando - come nei casi oggetto dei giudizi nei quali questo della Corte è incidente - l'assistenza della madre sia resa impossibile a seguito della morte o del grave impedimento fisico della stessa. In casi di tal genere, il solo interesse che gli istituti di cui agli artt. 4 e 10 della legge n. 1204 del 1971 possono e debbono mirare a tutelare è quello del minore, ed è rispetto a questo interesse-guida che andrebbe designato il loro funzionamento, è proprio quell'interesse, invece, che non viene tenuto in adeguata considerazione dal legislatore nel momento in cui questi esclude l'estensione anche al padre dei benefici goduti dalla madre lavoratrice in funzione di garanzia di un'adeguata assistenza al minore. Posto infatti che, come si è visto, la astensione dal lavoro nei primi tre mesi e il diritto al riposo nel primo anno di vita, riconosciuti dalla legge 1201 a favore della madre, tutelano, in concorrenza con la salute di questa, anche il bisogno del bambino di una più intensa presenza della madre per la necessaria assistenza, non vi è ragione di negare al padre - che proprio in funzione di tale assistenza può avvalersi della stessa astensione facoltativa il diritto di avvalersi altresì, in caso di mancanza o grave malattia della madre, della astensione c.d. obbligatoria nei primi tre mesi, e dei riposi giornalieri nel primo anno di vita del bambino.»

(3) Si veda Corte costituzionale, Sent. 215/1990, § «Il riconoscimento della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinata il matrimonio, e il riconoscimento stesso dei diritti della famiglia (art. 29), il dovere e il diritto dei genitori di mantenere ed educare i figli, e soprattutto, le provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità (art. 30, la protezione che la Carta fondamentale accorda all'infanzia, sollecitando la Repubblica a favorire gli istituti necessari a tale scopo (art. 32), rappresentano un complesso di eminenti valori che, mentre rendono intollerabile la denunciata discriminazione, fondano a loro volta specifiche incompatibilità. La previsione, infatti, dell'art. 47-ter secondo cui soltanto alla madre viene riconosciuto, mediante la concessione della detenzione domiciliare, il diritto-dovere di assistere la prole infratreenne, nega implicitamente al genitore l'esercizio dello stesso diritto e l'adempimento dell'identico dovere per il caso in cui la madre manchi o sia assolutamente impossibilitata ad espletare quel compito: eppure si tratta di compiti doverosi che la Costituzione affida, invece, alla pari responsabilità dei genitori.»



La novella normativa del 2001, inoltre, è particolarmente importante ai fini della presente analisi in quanto ha introdotto l'art. 47-*quinquies* O.P., con l'obiettivo dichiarato di consentire anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 47-*ter*, c. 1 O.P. l'accesso a misura domiciliare, in un'ottica di rafforzamento della tutela garantita alle esigenze costituzionali di tutela della prole sottese alla disciplina in esame.

Il punto di bilanciamento tra tali esigenze e quelle di sicurezza pubblica è stato individuato dal legislatore del 2001 nell'assenza del rischio di commissione di ulteriori delitti da parte della madre e nella fissazione, in assenza di rigidi limiti di pena, di una quota di espiazione minima della stessa; pari ad un terzo della pena temporanea ovvero quindici anni per le detenute condannate all'ergastolo.

Da ultimo, sempre la legge n. 40/2001, a completamento degli obiettivi di tutela assunti dal legislatore, ha introdotto l'art. 21-*bis* O.P., che consente alle detenute madri di proli di età non superiore agli anni dieci di poter garantire cura ed assistenza ai minori, secondo le modalità di cui all'art. 21 O.P.

Il legislatore, in quella sede, stabilì sia per l'art. 47-*quinquies* O.P. sia per l'art. 21-*bis* O.P., che le misure ivi previste potessero essere concesse anche al padre laddove la madre risulti «deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Parallelamente, la detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, c. 1 O.P. è stata in massima parte ridisegnata quale misura prevalentemente tesa alla tutela non tanto della madre, quanto piuttosto del minore, soggetto debole ed estraneo al processo penale, ma che rischia di subire dalla vicenda giudiziaria del genitore gravose conseguenze sul proprio sviluppo psico-affettivo, venendo deprivato delle cure necessarie.

Anzitutto è scomparso il riferimento all'allattamento; è stata innalzata l'età da tre a dieci anni della prole convivente; è stata inserita, alla lettera *b*) una speciale ipotesi (precipitata dalla sentenza 250/1990 della Consulta) che consente l'accesso alla misura anche al padre laddove la madre sia «deceduta o assolutamente impossibilitata».

La modifica della norma in esame da disciplina volta alla tutela della maternità in senso stretto a norma prioritariamente tesa alla tutela del minore-soggetto richiedente cura è stata, peraltro, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, con sentenza 350/2003. Con la citata sentenza, infatti, la Consulta ha esteso l'applicabilità della detenzione anche laddove il figlio cui occorre apprestare cura sia maggiore di anni dieci ma affetto da handicap in condizioni di gravità ai sensi dell'art. 3, c. 3, legge n. 104/1992, proprio sul presupposto dell'omogeneità delle situazioni sostanziali che caratterizzano il minore di anni dieci ed il gravemente disabile sotto il profilo della necessità di cura(4).

Ulteriore sviluppo della normativa *lato sensu* dedicata alla tutela della maternità e dei minori nell'ambito della vicenda penale in rapporto alla carcerazione del genitore si è avuto con legge n. 62/2011, con cui il Parlamento è intervenuto tanto in materia cautelare quanto in materia di esecuzione pena.

All'art. 47-*quinquies* O.P. è stato inserito il comma 1-*bis* a mente del quale, laddove non sussista il rischio concreto di commissione di ulteriori delitti o pericolo di fuga, le quote pena indicate al comma 1 possono essere espiate dalla madre (e, dunque, anche dal padre) in strutture protette o anche al domicilio, di fatto rendendo operativa la norma *de qua* anche prima che maturino le soglie di ammissibilità stabilite dal comma precedente.

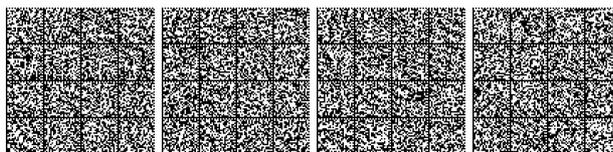
Lo stesso intervento normativo, poi, ha introdotto gli artt. 21-*ter* O.P.(5), 275 c. 4(6) e 285-*bis* del codice di procedura penale(7); tutte norme in cui si è complessivamente stabilito di dare primario rilievo alla tutela dei soggetti

(4) Si veda Corte costituzionale n. 350/2003 «la norma censurata è in contrasto con il principio di ragionevolezza in quanto prevede un sistema rigido che preclude al giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, di valutare l'esistenza delle condizioni necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte della madre condannata nei confronti del figlio portatore di handicap accertato come totalmente invalidante. Ciò determina un trattamento difforme rispetto a situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia, almeno sul piano fisico, e quella della madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età; ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore agli anni dieci».

(5) Comma 2: «La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute».

(6) «Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni».

(7) «Nelle ipotesi di cui all'articolo 275, comma 4, se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano».



bisognosi di cura (minori-figli affetti da *handicap*) rispetto ad esigenze special-preventive e cautelari, salvo che le stesse non risultino particolarmente intense. Per quanto di interesse, tutte le norme da ultimo indicate trovano primaria applicazione nei confronti della madre, mentre sono estese al padre «qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

Dalla disamina sin qui condotta è possibile trarre alcune linee guida per l'inquadramento delle scelte normative che hanno determinato l'attuale assetto del rapporto tra fenomeno detentivo e cura della prole e, dunque, vagliarne l'attuale compatibilità con il dettato costituzionale sotto il profilo della intrinseca ragionevolezza.

In generale, l'intera disciplina attribuisce tutela in via prioritaria al ruolo genitoriale della madre-donna ed assegna al padre una funzione subalterna e sussidiaria.

L'origine di tale opzione normativa si colloca negli anni '70, quale scelta previdenziale sorretta dal primario obiettivo garantire tutela della maternità della donna lavoratrice.

Successivamente, già il legislatore del 1971 ha avvertito la necessità di distinguere quelle norme esclusivamente dettate a favore della madre in quanto incinta-partoriente-puerpera (appannaggio delle sole donne per evidente infungibilità biologica del ruolo gestazionale) da quelle che, viceversa, avevano una funzione più marcatamente orientata a tutelare l'esigenza di esercizio della genitorialità quale attività di cura ed educazione della prole nell'interesse di quest'ultima. In questo secondo ambito di norme, dunque, è emersa l'opportunità di riconoscere un ruolo attivo alla figura genitoriale di sesso maschile, quale soggetto partecipante delle funzioni e dei doveri discendenti dalla responsabilità genitoriale.

Tuttavia, con un occhio sulla società italiana degli anni '70, ed in un contesto di fatto in cui il lavoro di cura era culturalmente prerogativa della madre-donna, il legislatore ha scelto di non realizzare una esatta parificazione tra i due sessi, attribuendo al padre un ruolo di mera supplenza rispetto alla madre.

Così come formatasi nell'ambito settoriale di pertinenza, l'opzione normativa della non esatta parificazione è transitata per mano della Consulta in ambito penale, venendo sostanzialmente reiterata senza particolari innovazioni sino ad oggi.

Il Tribunale di sorveglianza ritiene che proprio il mancato adeguamento della scelta di fondo alle evoluzioni della società e del fenomeno familiare sia indice della inattualità dell'opzione normativa, al punto da metterne in discussione l'intrinseca ragionevolezza, soprattutto se riferita a misura quale la detenzione domiciliare speciale in cui l'esigenza primaria non è tanto quella di tutelare la maternità *stricto sensu* intesa, ma piuttosto quella di garantire la cura della prole in condizioni di sviluppo/fragilità rispetto a situazioni in cui, nel merito, il genitore non esprima alcuna pericolosità sociale.

In tale contesto, una differenziazione nell'accesso alla misura fondata esclusivamente sul sesso del genitore e, dunque, slegata da qualsiasi valutazione in ordine alla capacità dello stesso di adempiere al ruolo di cura, non appare giustificabile.

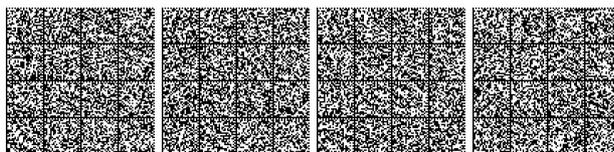
Circa la ritenuta omogeneità e fungibilità del ruolo genitoriale del padre e della madre all'interno della famiglia, giova evidenziare che da tempo la letteratura scientifica ha messo in discussione l'assunto per cui le funzioni dei genitori siano biologicamente determinate in ragione del genere del soggetto accudente (o *caregiver*).

Se è pur vero, infatti, che nella maggior parte delle società umane in genere è una donna — ma non sempre la madre biologica — o un gruppo di donne ad occuparsi dei bambini, si sono registrate anche opzioni sociali differenti, in cui il ruolo di cura della prole (*parenting*) è o affidato direttamente al padre (raramente) o modellato su una cooperazione tra i genitori, fino a forme di intercambiabilità diffusa tra le figure genitoriali, eventualmente anche a prescindere dal rapporto di filiazione(8).

Sebbene non possa negarsi che la madre può avere, quantomeno in una fase iniziale dello sviluppo del bambino, un ruolo di cura primario, legato prevalentemente all'allattamento al seno, successivamente le differenze nel rapporto di interazione tra le figure genitoriali e la prole risultano più propriamente condizionate da condizioni ecologiche (da intendersi quale ecologia sociale) e da costrutti sociali-ambientali, piuttosto che dal sesso del genitore. Ed anche sull'allattamento al seno, in verità, possono ben verificarsi condizioni per cui la madre biologica non sia in grado di provvedervi: non è prassi estranea alla cultura occidentale quella delle balie o, in epoca più recente, quella della somministrazione di latte artificiale; situazioni che dimostrano come l'idea culturale della infungibilità del ruolo Materno non possa essere intesa in termini così assoluti.

Si è così osservato che nelle società in cui gli uomini sono molto partecipi alla gestione pratica della famiglia e all'educazione dei figli, accresce il livello di intercambiabilità tra i genitori nel *parenting*, evidenziandosi come la pecu-

(8) Si veda, sul punto, Parenting — Psicologia dei legami genitoriali, L. Benedetto-M. Ingrassia Carocci Editore, Roma, 2010, pagg. 117 e ss.



liarità della specie umana, rispetto agli altri mammiferi ed agli altri primati-ominidi, è proprio la «assoluta plasticità delle relazioni, che possono persino prescindere dal genere del genitore (come avviene nelle coppie omosessuali) o dal legame biologico dei figli (come avviene nei genitori adottivi e affidatari)»(9).

D'altro canto, gli studi più recenti hanno evidenziato come l'ambiente più confacente all'armonico sviluppo della personalità del minore è quello in cui si realizza il cosiddetto *coparenting*, vale a dire la cooperazione tra i ruoli genitoriali fondata sulla intercambiabilità e condivisione del ruolo di cura, piuttosto che su una rigida separazione di funzioni fondata sul genere. Ambiente la cui costruzione passa necessariamente attraverso l'attivo coinvolgimento dei padri nella funzione di accadimento ed il superamento della tradizionale attribuzione di compiti statici ancorati al sesso(10).

Il riconoscimento dell'incidenza positiva del *coparenting* e dell'assunzione di un ruolo di cura attivo condiviso da entrambe le figure genitoriali sull'armonico sviluppo psico-affettivo del minore (o del soggetto bisognoso di cura), lungi dall'esaurirsi nell'ambito delle scienze sociali, ha anche trovato consacrazione in fonti normative, ponendoli alla base di importanti statuizioni di principio che hanno riconosciuto un generale diritto del minore alla c.d. bigenitorialità, quale corollario del dovere di entrambi i genitori di garantire cura ed educazione alla prole.

Si considerino, in ambito sovranazionale, le diverse disposizioni stabilite nella Convenzione sui diritti del Fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176)(11), nonché, in ambito nazionale, le norme in materia di diritto di famiglia(12), in cui è chiaramente espresso il principio per cui le autorità statali, ed il giudice, devono assicurare soluzioni normative e decisioni che, laddove non sussistano esigenze superiori, consentano di mantenere il rapporto tra la prole ed entrambi i genitori.

Ciò che si ritiene rilevante evidenziare è come gli atti normativi citati facciano riferimento alla necessità del mantenimento del rapporto tra il fanciullo-minore ed entrambe le figure del genitore-*caregiver*, senza distinzioni o gradazioni legate al sesso.

Transitando dal terreno delle scienze sociali sul piano più propriamente assiologico, il Tribunale di sorveglianza osserva poi che in tema di differenziazione del trattamento normativo in base al sesso, importanti statuizioni di principio possono trarsi non solo nell'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 3, c. 2 Costituzione(13), ma anche in quella emersa in seno alla Corte di Strasburgo rispetto all'art. 14 della CEDU, a sua volta espressivo del principio di uguaglianza sostanziale, letto in relazione all'art. 8 CEDU.

La Corte EDU, infatti, partendo dall'assunto che la parità di genere rappresenta uno degli obiettivi primari all'interno del Consiglio d'Europa, in numerose pronunce ha ritenuto che per poter giustificare una differenziazione di trattamento normativo sulla base del sesso dei soggetti destinatari, i riferimenti alle tradizioni, ad assunti generali o ad attitudini sociali prevalenti in un dato paese non siano sufficienti (così con giurisprudenza costante dal caso Konstantin Markin v. Russia GC, 2012, § 127), ma che le differenziazioni sulla base de sesso debbano essere sorrette da ragioni particolarmente pregnanti(14).

(9) Cfr. Parenting — Psicologia dei legami genitoriali, L. Benedetto M. Ingrassia cit. pag. 120.

(10) Cfr. Fathers' perceptions and experiences of support to b a parenting partner during the perinatal period: A scoping review, su Journal of Clinical Nursing 32 (13-14), 3378-3396, 2023.

(11) In particolare, si vedano gli artt. 2, 3 e 9.

(12) Si consideri l'articolo 337-ter codice civile, in cui si prevede che «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» e che a tal fine «il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli».

(13) Tra le più recenti ed importanti sentenze sul tema si pensi a Corte costituzionale Sent. n. 131 del 2022, in cui la consulta ha dichiarato l'illegittimità, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, dell'articolo 262, primo comma del codice civile. «nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto».

(14) Si veda ECHR, case Beeler v. Switzerland § 93 e ss. «The advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe (see Konstantin Markin, cited above, Beeler v. Switzerland Judgment 28 § 127, and Ünal Tekeli v. Turkey, no. 29865/196, § 59, ECHR 2004-X (extracts)). The Court has repeatedly held that differences based exclusively on sex require “very weighty reasons”, “particularly serious reasons” or, as it is sometimes said, “particularly weighty and convincing reasons” by way of justification (see Stec and Others (judgment), § 52; Vallianatos and Others, § 77; and Konstantin Markin, § 127, all cited above). In particular, references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex (see Konstantin Markin, cited above, §§ 126-27; X and Others v Austria [GC], no. 19010/07, § 99, ECHR 2013; and Khamtokhu and Aksenchik, cited above §§ 77-78). For example, States cannot impose traditions deriving from the idea that the man plays a predominant role and the woman a secondary role in the family (see Ünal Tekeli, cited above, § 63). 96 It follows that although the Contracting States must be afforded a margin of appreciation in deciding on the timing of the introduction of legislative changes and in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment, where a difference in treatment is based on sex the State's margin of appreciation is narrow (see X and Others v. Austria, § 99, and Vallianatos and Others, § 77, both cited above).»



Si tratta di una copiosa giurisprudenza, tra cui si ritiene di dover citare, per esempio, la Sentenza *Beeler v. Switzerland* (GC, 2022, § 113), in cui la Corte ha ritenuto che la legislazione svizzera sull'accesso alla pensione di reversibilità, che stabiliva una differenziazione tra uomini e donne, non fosse conforme all'art. 14 CEDU, in relazione all'art. 8 CEDU in quanto iterativa di pregiudizi e stereotipi riguardanti la natura ed il ruolo della donna all'interno della società e fosse svantaggiosa e svilente tanto del lavoro femminile quanto della vita familiare degli uomini.

Ancora, recentissimamente, con sentenza del 19 marzo 2024 resa nel caso *B. v Russia*, la Corte ha dato ulteriore applicazione dei principi enunciati dalla Grande Camera in *Konstantin Markin v. Russia*, ribadendo che la differenziazione di genere in materia di congedo parentale tra uomini e donne non sia adeguatamente giustificabile in ragione del mero sesso del genitore, reiterando stereotipi sui ruoli in ambito familiare che non trovano sufficiente ragionevolezza.

Il caso appare interessante, pur con gli adattamenti del caso, in quanto nella sentenza da ultimo citata la legislazione russa in materia di congedo parentale previsto per il personale di polizia è stata giudicata contraria agli artt. 14-8 CEDU nella parte in cui prevede che il congedo parentale sia fruibile dalla madre incondizionatamente, laddove, a contrario, lo stesso può essere riconosciuto al padre solo laddove la madre sia impossibilitata a fornire assistenza alla prole(15).

La Corte, inoltre, in un paragrafo particolarmente pregnante ai fini della questione in discussione (§ 38), ribadisce che il congedo parentale rappresenta un istituto distinto rispetto a quelli volti alla cura della maternità in senso stretto, essendo primariamente diretto a garantire assistenza alla prole in età di sviluppo nei periodi successivi a quelli di prime cure, in cui la madre ha un ruolo biologico primario. Superata questa fase, dunque, secondo la Corte di Strasburgo, i genitori, uomo e donna, rispetto alle esigenze di cura dell'infante sono in una posizione sostanzialmente comparabile ed omogenea(16).

Mutatis mutandis, i principi richiamati sembrano potersi applicare anche al terreno in cui ci si muove in questa sede; si è già detto, infatti, che l'opzione normativa della cui legittimità costituzionale si dubita è trasmigrata nel sistema dell'esecuzione penale proprio dalla legislazione in materia di congedo parentale, su spinta della Corte costituzionale, che ha ravvisato, con gli adattamenti del caso, una medesima esigenza di fondo, di rango costituzionale, alle due discipline, vale a dire la tutela della prole in età di sviluppo. Leggere la normativa italiana cercando di valutarne l'adeguatezza anche rispetto al Parametro emergente nella giurisprudenza di Strasburgo (i cui due poli sono: uguaglianza sostanziale nel ruolo di cura della prole tra i genitori dopo i primi mesi; necessità di serie e motivate ragioni per introdurre differenziazioni sulla base del sesso degli stessi), dunque, appare non solo possibile ma, invero, doveroso.

La citata giurisprudenza EDU, infatti, in quanto espressa più volte dalla Grande Camera e reiterata nelle più recenti pronunce, soddisfa i requisiti indicati dalla Sentenza 49/2015 della Corte costituzionale e, dunque, può essere assunta quale parametro interposto di costituzionalità, rappresentando un'ermeneutica convenzionale ormai consolidatasi e stabile.

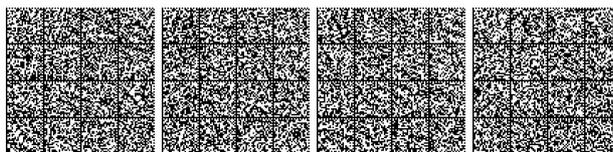
Esaminando la disciplina *de quo* alla luce della letteratura scientifica, dei principi sovranazionali, nonché della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, non può non osservarsi come la inesatta parificazione del padre e della madre detenuti per l'accesso alla detenzione domiciliare speciale sia il frutto di una scelta intrinsecamente irragionevole e fondata su una tradizione culturale priva di effettivo portato empirico, che assegna alla madre il principale ruolo di cura in ambito familiare.

Posto, infatti, che la tutela della maternità in senso stretto è assicurata da altre norme dell'ordinamento, quali le ipotesi di differimento della pena di cui agli artt. 146 e 147 del codice penale, l'art. 47-*quinquies* O.P. deve essere letto quale istituto primariamente teso alla tutela della prole (art. 31 Costituzione) ed all'assolvimento di un ruolo di cura (*parenting*) da parte dei genitori, ai fine di evitare che la sottoposizione a pena dello stesso riverberi effetti negativi sullo sviluppo psico-fisico ed affettivo del minore o del figlio affetto da *handicap*.

La preferenza accordata in questa sede alla cura del soggetto debole rispetto alle istanze punitive trova una sua giustificazione e punto di equilibrio alla luce di un giudizio di merito particolarmente pregnante, in cui non ci si limita a valutare l'idoneità della misura a prevenire la ricaduta nel reato o ad assicurare il reinserimento sociale della persona, ma deve escludersi in radice il rischio concreto di reiterazione di condotte illecite.

(15) Si vedano i § 40 e 41: «40 The Court notes that, unlike the complete exclusion of male military personnel from entitlement to parental leave, Russian law provides that male police personnel are entitled to apply for parental leave if their children are left without maternal care for objective reasons (see paragraphs 25-26 above). The entitlement of male police officers to parental leave is therefore conditional upon lack of maternal care for their children for objective reasons, while policewomen are unconditionally entitled to such leave. 41. The Court has previously examined this difference in treatment between male and female police personnel and came to the conclusion that it was not objectively and reasonably justified under Article 14 of the Convention.»

(16) cfr. § 38 «The Court also found that, as regards parental leave and parental leave allowances, men were in a comparable situation to women. Indeed, in contrast to maternity leave, which was intended to enable the woman to recover from childbirth and to breastfeed her baby if she so wished, parental leave and parental leave allowances related to the subsequent period and were intended to enable the parent concerned to stay at home to look after an infant personally. Whilst being aware of the differences which might exist between the mother and the father in their relationship with the child, the Court concluded that, as regards the role of taking care of the child during the period corresponding to parental leave, men and women were "similarly placed"».



In altri termini, in assenza di pericoli per la collettività, un'esecuzione penale esterna che mediante il ripristino della convivenza con il figlio bisognoso di cura consenta l'esercizio della genitorialità, è da ritenersi costituzionalmente preferibile ad una esecuzione inframuraria che, irragionevolmente, sacrifichi la tutela della prole in età di sviluppo e dei soggetti affetti da *handicap*.

Rispetto a tale equilibrio, che si condivide in quanto espressivo di un bilanciamento congruo degli interessi in gioco, una differenziazione uomo-donna appare ingiustificata rispetto all'oggetto di tutela, ritenendo il Collegio che la figura maschile e quella femminile siano adeguatamente in grado di assolvere al ruolo genitoriale di cura, a prescindere dal sesso e dalla declinazione del ruolo quale padre-madre.

In questo senso, la norma di cui all'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P., a parere del Collegio, risulta non conforme agli artt. 3, c. 2 Costituzione, 29, 30 e 31, c. 2 e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Le censure di costituzionalità si evidenziano, anzitutto, rispetto all'art. 3 e. 2 Costituzione, in quanto la scelta normativa finisce col trattare situazioni che si -ritengono equivalenti in modo diseguale; ma tale differenziazione riverbera i propri effetti anche su altri interessi costituzionalmente rilevanti ai sensi degli artt. 2, 29, 30 e 31, c. 2 Costituzione.

Quanto alla incompatibilità con l'art. 3 c. 2, rispetto agli artt. 29, 30 e 31, c. 2 Costituzione dell'attuale disciplina, si è già argomentato come la norma determini una disparità di trattamento normativa tra padre e madre, introducendo una previsione di favore per la donna, non giustificabile rispetto alle esigenze di tutela della famiglia (art. 29 Costituzione), della genitorialità e della parità tra coniugi-genitori (art. 30 Costituzione) e della protezione della gioventù (art. 31, c. 2 Costituzione).

Il parametro costituzionale di cui all'art. 2 Costituzione, viceversa, viene in rilievo laddove si considerino gli effetti della disciplina in esame in relazione alle cosiddette famiglie di fatto o omogenitoriali, la cui tutela costituzionale è stata dalla Consulta ricondotta nell'alveo di quelle formazioni sociali in cui si esplica la personalità degli individui.

D'altro canto, la stessa appare incongrua anche rispetto al parametro convenzionale dell'art. 14 CEDU in relazione all'art. 8 CEDU, stabilendo una differenziazione normativa fondata esclusivamente sul sesso del richiedente e non sorretta da certi elementi che giustificano tale disparità; in tal senso, la norma si pone in termini antinomici rispetto all'art. 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU.

Per meglio comprendere gli effetti distorsivi della disciplina per come vigente si pensi a come questa incide sulla vicenda umana dei figli bisognosi di cura (art. 31, c. 2 Costituzione) nonché degli stessi genitori e della famiglia (artt. 29 e 30 Costituzione) in termini di disparità di trattamento e di tutela.

Si consideri, per primo, il caso del padre di prole bisognosa di cura. la cui moglie/compagna sia detenuta.

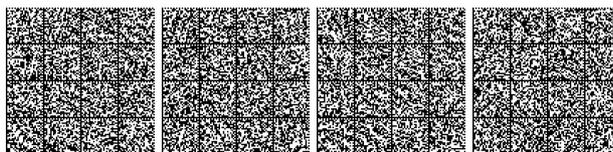
A fronte della carcerazione della *partner* egli sperimenterà, senz'altro, delle oggettive difficoltà nel conciliare impegni lavorativi e cura della prole, in una condizione di monogenitorialità di fatto. Tuttavia, laddove sussistano le condizioni di merito, potrà ragionevolmente attendersi che la moglie/compagna ottenga la detenzione domiciliare speciale, venendo così sollevato dalle maggiori difficoltà date dal dover essere l'unico punto di riferimento del nucleo familiare, con effetti positivi anche sulla sua capacità lavorativa.

E ciò senza che il Tribunale di sorveglianza si interroghi circa l'eventuale suo decesso, impedimento nella cura della prole o sulla sussistenza di un congruo supporto da parte di terzi soggetti, ma solo in ragione del ruolo di madre della propria compagna. La famiglia, nel suo complesso, ne sarà certamente agevolata e parimenti sarà agevolata la genitorialità del padre e della madre condannata (artt. 29 e 30 Costituzione).

Quanto al figlio o ai della coppia, questi potranno beneficiare in via ordinaria di una condizione di bigenitorialità in cui, pur con i limiti dell'esecuzione penale esterna, manterranno contatti con entrambi i genitori, vedendo massimamente tutelata la loro condizione di minori in età di sviluppo (art. 31, c. 1 Costituzione).

Assai diversa la condizione che si realizza per la madre lavoratrice il cui compagno/marito sia detenuto. Quest'ultima, infatti, avrà maggiori difficoltà nel poter fare affidamento circa il rientro al domicilio dei partner, dovendo Tribunale di sorveglianza, infatti, per poter accogliere la domanda del marito/compagno, effettuare uno scrutinio di merito più gravoso, nel quale anche l'assistenza eventualmente offerta da terzi soggetti potrà incidere in termini negativi. La madre-lavoratrice, dunque, dovrà farsi carico tanto del ruolo di cura della prole quanto di quello di mantenimento economico della famiglia, eventualmente sacrificando la propria capacità lavorativa in favore degli impegni familiari.

Per converso, i figli della coppia «madre libera-padre detenuto» avranno molte meno *chances*, in condizioni ordinarie, di poter vedere ricostruita l'unità del nucleo familiare, rispetto alla coppia «padre libero-madre detenuta». E ciò, solo in ragione del fatto che il genitore detenuto sia un padre.



Ma v'è di più; se gli effetti distorsivi dell'attuale assetto normativo si rivelano incongrui rispetto alle esigenze di tutela costituzionale dell'infanzia già nell'ambito della cosiddetta famiglia tradizionale, essi assumono caratteri di ancora maggiore irragionevolezza in relazione alle famiglie omosessuali ed famiglie di fatto monogenitoriali, esponendo, a parità di condizioni, i figli di una unione civile tra due uomini ad una disciplina deteriore di quella riservata ai figli di una unione civile tra due donne.

Infatti, laddove una di quest'ultime si trovi ad esser detenuta, venendo in ragione del sesso qualificata madre, potrà avere accesso alla misura senza che sia necessario valutare gli ulteriori requisiti attualmente previsti per il padre, consentendo alla prole della coppia di godere di una condizione di bigenitorialità.

Al contrario, laddove sia la parte di una unione civile tra due uomini ad essere detenuta, la discriminazione sulla base del sesso inciderà nell'aggravare la regola di giudizio, rendendo residuale la possibilità per i figli della coppia di avere la presenza di entrambi i genitori.

Da ultimo, in presenza delle medesime condizioni di merito, il padre detenuto unico genitore di fatto i cui figli possano ricevere congrua assistenza da altri membri della famiglia (come nel caso di C) vedrà rigettata la propria istanza, mentre la madre detenuta unico genitore di fatto potrà avervi accesso a prescindere dalla circostanza che le esigenze di cura dei figli siano nei fatti assicurate da altri parenti.

In conseguenza, la prole del primo si vedrà privata del rapporto quotidiano con l'unica figura genitoriale di riferimento, mentre i figli della seconda potranno beneficiare tanto dell'assistenza di altri familiari che di quella del genitore.

In tutte le situazioni descritte, a parere del Collegio, è la differenziazione del ruolo sulla base del sesso del genitore ad introdurre un trattamento disomogeneo ed irragionevole di condizioni materialmente sovrapponibili ed in cui sussiste un'egualmente intensa istanza di tutela costituzionale della prole bisognosa di cure, con lesione dei parametri costituzionali su citati (art. 3, c. 2, 2, 29, 30, 31, c. 2 Costituzione), svilendo anche la necessaria parità tra i due generi senza specifiche e motivate ragioni, in contrasto con i riferimenti convenzionali richiamati (art. 117 Costituzione in relazione agli artt. 14-8 CEDU).

A fronte di tale discrasia, le opzioni normativamente praticabili e ragionevoli costituzionalmente potrebbero, a parere del Collegio, essere due: o omologare la condizione della madre a quella del padre, valutando se l'assenza del genitore donna pregiudichi in concreto lo sviluppo dei figli a fronte della presenza dell'altro partner uomo o di terzi in grado di assicurare assistenza; o (ed è quel che qui si auspica) parificare la condizione del padre a quella della madre, garantendo il mantenimento del rapporto di cura con entrambi i genitori, laddove non sussistano, in concreto, pericoli per la collettività e consentendo di tutelare massimamente l'interesse di cura della prole di cui all'art. 31, c. 2 della Carta costituzionale.

È chiaro che la prima opzione, pur valutabile in astratto, porterebbe a richiedere in concreto alla Corte una pronuncia additiva *in malam partem* in una materia, l'accesso a misure alternative, cui è stata ormai pacificamente riconosciuta natura sostanzialmente penale⁽¹⁷⁾, sicché la questione prospettata si porrebbe sotto questo profilo in termini di manifesta inammissibilità.

Ma, sotto altro profilo, nel merito, si ritiene che le peculiarità della misura in esame, concedibile solo a fronte di un penetrante vaglio che escluda in radice la pericolosità sociale del soggetto, spingono a ritenere preferibile e, costituzionalmente vincolata solo la seconda opzione prospettata, scegliendo, nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti, quella che a parità di tutela del primo (salvaguardia della collettività-esecuzione della pena) garantisce, la massima espansione del secondo (tutela della prole bisognosa di cure).

L'effetto auspicato potrebbe efficacemente essere raggiunto manipolando il testo dell'art. 47-*quinquies* c. 7 O.P., provvedendo ad eliminare la locuzione «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

In questo modo, il padre potrebbe avere accesso alla misura, almeno in astratto, alle medesime condizioni previste per la madre: dunque al solo fine di dar cura ai minori, ripristinando la convivenza con gli stessi ed esclusivamente laddove venga ritenuto in concreto non socialmente pericoloso.

La disciplina risultante, a giudizio del Collegio, non arrecherebbe pregiudizio alle esigenze di esecuzione penale o di tutela della collettività, adeguatamente salvaguardate (come espresso *supra*) dagli altri requisiti di merito, che consentono la concessione della misura solo a fronte dell'assenza concreta del rischio di reiterazione di condotte delittuose, secondo il puntuale vaglio effettuato dalla Magistratura di sorveglianza.

(17) Sia sufficiente citare la celeberrima sentenza n. 32/2020 con cui la Corte costituzionale ha inteso procedere «ad una a una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Costituzione, in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena,» (anche) alla luce delle affermazioni di principio contenute nella Sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Del Rio Prada v. Spain*, il cui punto di partenza era la ritenuta attrazione all'interno della *matière pénale* di tutte quelle norme capaci di incidere in concreto sulla qualità della privazione della libertà personale, disciplinando l'alternativa tra il dentro ed il fuori dal carcere.



La questione così posta, per le ragioni esaminate *supra*, è certamente non manifestamente infondata e rilevante nel caso di specie, in quanto, laddove venisse accolta la prospettazione del Tribunale di sorveglianza, l'iter argomentativo e valutativo nella vicenda del C non dovrebbe confrontarsi su diversi temi quali l'impedimento (assoluto o relativo) della madre e la disponibilità di terzi in grado di fornire equivalente assistenza ai suoi figli.

E ciò si ritiene sufficiente, a prescindere da un vaglio circa l'eventuale accoglimento nel merito dell'istanza di C — a ritenere integrato il primo requisito di ammissibilità.

È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha ormai affermato una nozione di rilevanza della questione che prescinde dall'eventuale diretta incidenza sull'esito del giudizio *a quo*, descritta come rilevanza giuridica(18).

Secondo tale orientamento, ormai maggioritario e condiviso, il requisito di rilevanza sussiste anche qualora la decisione della Corte sia idonea ad incidere nel giudizio *a quo* anche solo nel senso di imporre al giudice un diverso percorso logico-giuridico-argomentativo, pur rimanendo in ipotesi identico l'esito del giudizio. Peraltro, proprio pronunciandosi sulla norma in esame, la Consulta, nel ribadire tale nozione di rilevanza, ha altresì sottolineato come anche eventuali evenienze successive, che evidenzino l'infondatezza dell'istanza in relazione alla quale è sorto il dubbio di costituzionalità, non esplicano effetti sul giudizio incardinato innanzi alla Corte(19).

Per mera completezza, tuttavia, appare opportuno segnalare che gli ulteriori elementi istruttori acquisiti circa l'effettiva assunzione di un ruolo di cura della prole da parte di C negli anni successivi al (data in cui ha ottenuto la collocazione presso di sé dei minori) e l'assenza, da allora in avanti, di segnalazioni o rimarchi potrebbe già in questa sede adombrare l'effettiva ricorrenza delle condizioni per la concessione del beneficio, laddove venisse accolta la questione.

Il dubbio di costituzionalità, inoltre, non risulta emendabile mediante una interpretazione costituzionalmente conforme, essendo il dato letterale della norma particolarmente chiaro nell'attribuire al padre un ruolo più che sussidiario nella cura della prole, intervenendo solo laddove né la madre né altre persone (altri familiari e/o servizi territoriali) possano assolvere al compito di assistenza dei soggetti fragili.

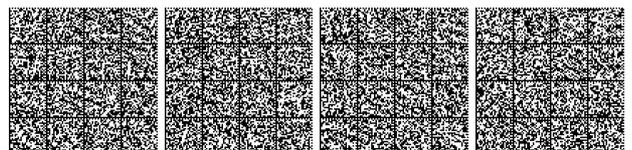
In questo senso, il Tribunale di sorveglianza di Bologna ritiene debba sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* c. 7 O.P., a parere del Collegio, risulta non conforme agli artt. 3, c. 2 Costituzione, 3 comma 2 in relazione agli artt. 29, 30 e 31, c. 2 e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

In via subordinata, laddove non si dovessero ritenere fondati i dubbi suesposti, giudicandosi sufficientemente ragionevole la scelta normativa di non realizzare in questo ambito una esatta parificazione tra le due figure genitoriali, nondimeno l'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P. presenta a parere del Collegio ulteriori profili di incompatibilità costituzionale con gli artt. 3, c. 2 Costituzione, 29, 30 e 31, c. 2 e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU, nella parte in cui prevede che in condizioni di assenza per decesso o impedimento della madre il Tribunale di sorveglianza possa concedere la misura solo se «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Tale ulteriore requisito previsto dalla norma in esame, infatti, frustra inevitabilmente e senza evidenti ragioni il ruolo familiare del padre, anche in condizioni in cui lo stesso venga a rappresentare l'unico valido riferimento genitoriale per la prole a fronte di un materiale impedimento assoluto o relativo della madre, attribuendogli rilevanza solo quale *extrema ratio* normativa nell'affidamento dei figli.

(18) Con le parole della Consulta, «anche nella prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di costituzionalità (messa in risalto, tra le pronunce più recenti, dalla sentenza n. 77 del 2018) e di una più efficace garanzia della conformità a Costituzione della legislazione (profilo valorizzato, da ultimo, nella sentenza n. 174 del 2019), il presupposto della rilevanza non si identifica con l'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione (sentenza n. 20 del 2018)»; così Corte costituzionale 254/2020.

(19) Si veda, in particolare Corte costituzionale 30/2022 laddove è affermato che «Per costante giurisprudenza di questa Corte, la rilevanza della questione incidentale si configura come necessità di applicare la disposizione censurata, senza identificarsi nell'utilità concreta per la parte del giudizio principale (ex plurimis, sentenze n. 236, n. 172 e n. 59 del 2021, n. 254 del 2020 e n. 174 del 2019). 3. — Lo scrutinio di merito delle questioni sollevate dall'ordinanza di remissione non è impedito neppure dalle circostanze sopravvenute riferite nell'atto di costituzione della parte, cioè che la minore abbia nel frattempo superato i dieci anni d'età e che l'istanza di applicazione della misura alternativa sia stata infine respinta dal competente tribunale di Sorveglianza; circostanze, queste, valorizzate dalla difesa statale in sede di discussione in pubblica udienza, quali ulteriori ragioni di inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza nel giudizio a quo. Per l'autonomia che lo caratterizza, il giudizio incidentale di legittimità costituzionale non risente delle vicende di fatto successive all'ordinanza di remissione, sicché la rilevanza delle questioni deve essere vagliata ex ante, con riferimento al tempo della prospettazione (da ultimo, sentenze n. 22 e n. 7 del 2022, n. 127 del 2021, n. 270, n. 244 e n. 85 del 2020). L'avvenuta decisione, da parte del tribunale di sorveglianza, di reiezione dell'istanza presentata dal condannato, non può avere dunque alcun effetto sulle questioni sollevate dal magistrato di sorveglianza, giacché, come chiarito, esse concernono la mancata previsione del potere di quest'ultimo di disporre la detenzione domiciliare speciale allorché sussistano ragioni che, nella ricorrenza dei presupposti stabiliti dalla disposizione censurata, rendano necessaria la valutazione del preminente interesse del minore. La decisione del tribunale di sorveglianza non incide sulla rilevanza delle questioni, cristallizzata al momento della remissione, come non vi incide la sorte che quella stessa decisione avrà in sede di impugnazione».



L'irragionevolezza di tale scelta appare patente non solo da un punto di vista intrinseco rispetto alla tutela degli interessi sottesi alla norma in esame, ma si giudica ancor più non tollerabile rispetto al *tertium comparationis* rappresentato dalla disciplina della detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, c. 1, lett. b) O.P. e da quella delle altre norme di tenore analogo, tra cui l'art. 275, c. 4 codice di procedura penale.

La Corte costituzionale, infatti, ha più volte ribadito che nelle forme di detenzione domiciliare funzionali alla tutela dell'interesse del minore «tale interesse può recedere di fronte alle esigenze di difesa sociale solo quando la sussistenza e la consistenza delle stesse sia verificata in concreto, non già quando sia collegata a indici solo presuntivi, che impediscono al giudice di apprezzare le singole situazioni», sostenendo anche che la identità di *ratio* che accomuna l'art. 47-ter, c. 1 e l'art. 47-quinquies O.P. imporrebbe l'allineamento delle relative discipline laddove necessario (così in particolare Corte costituzionale 30/2022)(20)

Si è già indicato *supra* in punto di ermeneutica della norma in esame, come nell'affronto tra l'art. 47-quinquies O.P. e le disposizioni normative citate non possa non tenersi conto delle differenze testuali che connotano, in positivo o in negativo, le due diverse fattispecie.

Tali peculiarità, a parere del Collegio, impediscono di pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma *de qua* in relazione alla persona del padre detenuto.

L'art. 47-ter, c. 1, lett. b), infatti, consente la concessione della misura al padre esercente la responsabilità genitoriale con lui convivente laddove la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. La norma, dunque, testualmente, si applica solo al padre che conviva già con i figli, che abbia già assunto nei loro confronti un ruolo di cura mediante l'esercizio della responsabilità genitoriale, a condizione che la madre risulti assolutamente impossibilitata o perché deceduta o per altre ragioni particolarmente gravi.

L'art. 47-quinquies O.P., viceversa, si applica al padre senza che sia necessario che questi abbia già assunto funzioni attive di cura della prole ed a condizione che rappresenti l'unico cui gli stessi possano essere affidati a fronte della morte o di altro impedimento, sebbene non assoluto della madre.

La norma, dunque, in astratto, potrebbe applicarsi ad una platea più ampia di soggetti, che include, ma non si esaurisce in quella dei potenziali destinatari di cui all'art. 47-ter, c. 1, lett. b) O.P.

In concreto, però, l'operatività delle due norme è evidentemente in larga parte sovrapponibile, come dimostra la casistica giurisprudenziale su esaminata.

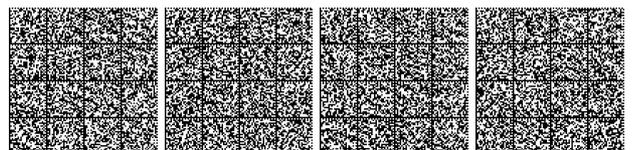
Eppure, la norma pensata per ampliare le maglie della disciplina ordinaria al fine di tutelare maggiormente l'interesse dei minori presenta dei requisiti di accesso più stringenti, laddove contiene l'ulteriore inciso della possibilità di affidamento dei minori, prima che al padre, anche a terzi soggetti.

Né può sostenersi che tale indicazione possa essere giustificata nell'alveo dell'art. 47-quinquies O.P. dalla necessità di controbilanciare, rispetto all'art. 47-ter, c. 1, lett. b) O.P., l'assenza di limiti di pena o il rilievo dato all'impedimento, anche non assoluto, della madre: tali argomenti, infatti, si pongono sul terreno della valorizzazione delle esigenze di esecuzione della pena e veicolano un pensiero ispirato alla preoccupazione di evitare che l'accesso ad una forma di esecuzione penale esterna discenda dal solo fatto di avere dei figli bisognosi di assistenza.

Preoccupazione che, per verità, era emersa anche in relazione alla figura della madre, come può cogliersi da un esame degli atti parlamentari che hanno portato all'introduzione dell'art. 47-quinquies O.P., e che pare in parte esser figlia anche di una certa concezione dell'esecuzione penale per cui o la pena è carceraria o non è pena.

Ma, se l'impostazione culturale cui risponde una logica siffatta è in massima parte smentita dalla stessa. prospettiva in cui si colloca la Costituzione con l'art. 27, c. 3 Costituzione e che ha ispirato gli ultimi decenni di normativa in materia di esecuzione penale, in cui si sono succedute numerose riforme tutte protese all'abbandono della più tradizionale impostazione carcerocentrica verso forme esecutive esterne al contesto detentivo, a tali obiezioni è agevole

(20) Cfr. Corte costituzione 30/2022, § 5.2 laddove si afferma «Nonostante la diversità delle fattispecie regolate, connessa alla differente entità della pena da espiare, le due misure alternative perseguono la stessa finalità, cioè quella di evitare, fin dove possibile, che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore, danno riflesso noto come "carcerizzazione dell'infante". L'identità finalistica delle due specie di detenzione domiciliare è stata ripetutamente sottolineata da questa Corte, che ne ha quindi assimilato le discipline, laddove il preminente interesse del minore non ammetteva che esse restassero distinte: così, per il margine di tolleranza degli allontanamenti ingiustificati del genitore accudente (sentenze n. 211 del 2018 e n. 177 del 2009); così, per l'eliminazione della preclusione triennale della misura a causa dell'avvenuta revoca di altro beneficio (sentenza n. 187 del 2019); così, ancora, per l'affrancamento dal carattere ostativo dei titoli di reato di "prima fascia" ex art. 4-bis ordin. penit. (sentenza n. 239 del 2014). Entrambe le specie di detenzione domiciliare sono state estese a protezione del figlio ultradecenne gravemente invalido (sentenze n. 18 del 2020 e n. 350 del 2003). In disparte l'estensione a beneficio del figlio inabile, relativa ad uno stato di bisogno slegato dalla minore età, la progressiva assimilazione delle due misure è stata sorretta dall'identità dello scopo di tutelare l'interesse dei minori in tenera età nel loro essenziale rapporto con i genitori (sentenze n. 211 del 2018 e n. 177 del 2009), interesse del quale si è evidenziata la centralità alla luce dell'art. 31 Costituzione, arricchita dalla qualificazione di "preminenza" di cui alle fonti sovranazionali (sentenze n. 187 del 2019 e n. 239 del 2014).».



ribattere (come già individuato sopra), che nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti, deve sempre darsi priorità alla soluzione che, a parità di tutela garantita alle esigenze di esecuzione della pena, garantisce la massima espansione della tutela della prole bisognosa di cure.

In questo senso, prevedere che, nonostante il padre risulti non pericoloso e possa eseguire all'esterno la propria pena, il suo ruolo di cura venga postergato, a quello fornito dai terzi appare scelta illogica che sacrifica sull'altare di esigenze securitarie astratte il rapporto genitoriale contro l'interesse e del padre (con lesione degli artt. 3, c. 2 e 30 Costituzione rispetto alla madre) e del minore-figlio (con lesione dell'art. 31, c. 2 Costituzione).

D'altro canto, che il ruolo del padre non possa ragionevolmente essere reso sussidiario rispetto a terzi soggetti è stato chiaramente affermato anche dalla Corte di Cassazione in relazione ad altra norma che, pur con le specificità della materia, si occupa del bilanciamento tra esigenze di tutela della collettività e quelle della prole: l'art. 275, c. 4 codice di procedura penale. La norma, infatti, stabilisce che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta nei confronti di padre di prole di età inferiore agli anni sei, la cui madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata, solo laddove sussistano esigenze cautelari di particolare intensità.

Lo schema normativo, dunque, non contiene indicazione circa l'eventuale intervento di terzi nella cura della prole; tuttavia, parte della giurisprudenza di merito aveva inteso dare rilievo alla presenza di altri familiari capaci di sopperire alle esigenze di cura dei minori per giustificare il mantenimento della cautela estrema. Rispetto a tale esito, tuttavia, la Cassazione, nella sentenza n. 29355 del 30 aprile 2014 ha opportunamente precisato che «Una volta infatti che sia stata accertata l'assoluta impossibilità della madre a dare assistenza alla prole e sia stato escluso il ricorrere di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il giudice non può giustificare il mantenimento della misura intramurale prendendo in esame l'eventuale presenza di altri familiari, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'articolo 31 Costituzione accorda all'infanzia (Sez V 9-11-2007, n. 41626, rv. n. 238209; Sez IV 19-11-2004, n. 6691, rv. n. 230931)».

Ciò che rileva, a parere del Collegio, anche nel caso di specie è la notazione che la citata sentenza effettua circa la infungibilità del ruolo genitoriale e la non surrogabilità dello stesso da parte di terzi; infungibilità che la norma in esame, art. 47-*quinquies* O.P., viceversa sacrifica *in toto*, assegnando al padre-genitore una posizione assolutamente residuale, esclusivamente in ragione del proprio genere.

A fronte di tale condizione, appare evidente al Tribunale di sorveglianza che per ricondurre a sistema costituzionale la norma, il riferimento alla condizione di non impossibilità di affidare i minori ad altri che al padre dovrebbe essere espunto dal testo dell'art. 47-*quinquies* O.P.

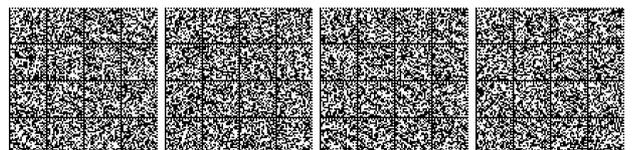
La rimozione di tale locuzione (pur se all'interno di un quadro normativa che il Collegio ritiene comunque non soddisfacente, in quanto vulnerato da una irragionevole distinzione di fondo tra genitore uomo e genitore donna), consentirebbe un più ponderato punto di equilibrio tra le varie esigenze costituzionali, non postergando la tutela della genitorialità (art. 30 Costituzione) e della prole (art. 31, c. 2 Costituzione) ad un requisito eccessivamente mortificante rispetto alla figura paterna-maschile e che, a fronte della impossibilità della madre, determina una condizione di pregiudizio per lo sviluppo dei minori, privati dell'unico riferimento genitoriale idoneo.

In questo senso, laddove non venisse ritenuta fondata la prima questione posta quale principale, il Tribunale di sorveglianza di Bologna giudica la norma di cui all'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P. parimenti non conforme agli artt. 3, c. 2 Costituzione, 29, 30 e 31, c. 2 e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto in caso di morte o impedimento della madre solo ove «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

Alla luce della disamina sin qui condotta, il Tribunale di sorveglianza di Bologna ritiene necessario ai fini del decidere risolvere i dubbi di costituzionalità della norma di cui all'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P., giudicati in questa sede non manifestamente infondati in relazione agli artt. 3, c. 2 Costituzione, 3 comma 2 in relazione agli artt. 29, 30 e 31, c. 2 Costituzione e 117 Costituzione in relazione agli artt. 114-8 CEDU.

Prima di concludere, sia concesso sottoporre altresì all'attenzione della Corte l'opportunità, nel caso in cui ritenesse di accogliere le questioni prospettate, di estendere la declaratoria di incostituzionalità eventualmente ritenuta anche all'art. 21-*bis*, c. 3 O.P., come effetto consequenziale di quella principale ai sensi dell'art. 27, c. 2, legge n. 87/1953.

L'art. 21-*bis* O.P., infatti, come si è già visto *supra*, presenta al comma terzo la medesima formulazione dell'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P. («La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre») ed è istituito introdotto con la stessa legge n. 40/2001, a completamento degli obiettivi di tutela assunti dal legislatore, quale strumento intermedio e sussidiario rispetto alla detenzione domiciliare speciale.



In particolare, mentre l'art. 47-*quinquies* O.P. consente l'ammissione ad una forma di esecuzione penale esterna derogatoria, controbilanciata da un penetrante giudizio di assenza di pericolosità sociale, l'art. 21-*bis* O.P. non prevede tale requisito, potendo essere concesso, dunque, anche laddove un residuo dubbio sulla tenuta esterna della persona possa in concreto ancora sussistere. Tuttavia, nella scelta tra la totale espiazione intramuraria che sacrifici in radice la tutela dei minori e la totale apertura data dall'art. 47-*quinquies* O.P., la norma richiamata, modellata sull'art. 21 O.P. risulta estremamente funzionale per consentire che, con le cautele del caso (es. la predisposizione di scorta ove necessario ex art. 21, c. 2 O.P.), vi sia modo di garantire una forma di assistenza alla prole da parte del genitore.

In questo senso, l'allineamento delle due discipline apparirebbe logica conseguenza dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 47-*quinquies*, c. 7 O.P. sotto due profili: sotto il profilo sostanziale, potendo muoversi all'art. 21-*bis*, c. 3 O.P. le medesime censure mosse alla norma principalmente in discussione, cui si rimanda per brevità; sotto il profilo dell'opportunità di sistema, apparendo al Collegio significativo che i due istituti siano stati frutto di una medesima volontà legislativa ed individuino due distinti e gradati punti di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco, volti a modulare la tutela degli stessi secondo le circostanze del caso.

P. Q. M.

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

Ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva, nei termini indicati, questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-quinquies, c. 7, legge n. 354/1975 per violazione degli artt. 3 Costituzione, 3 c. 2 Costituzione in relazione agli artt. 2, 29, 30 e 31, c. 2 Costituzione, nonché all'art. 117 Costituzione in relazione agli artt. 14-8 CEDU, nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»;

In via gradata, solleva, nei termini indicati, questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-quinquies, c. 7, legge n. 354/1975 per violazione degli artt. 3 Costituzione, 3 c. 2 Costituzione in relazione agli artt. 2, 29, 30 e 31, c. 2 Costituzione, nonché 117 Costituzione in relazione agli artt. 14-8 CEDU, nella parte in cui prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva possa essere concessa al padre detenuto se «non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

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

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 ed al pubblico ministero, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri, e che sia anche comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Bologna, 9 aprile 2024

Il Presidente: LETIZIA

Il Magistrato estensore: EZIO

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI BOLOGNA

L'anno 2024 giorno 8 del mese di agosto in Bologna si è riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei componenti:

dott. Romano Ezio, Presidente;
dott. Bedini Marco, giudice;
dott.ssa Brazzi Francesca, esperta;
dott.ssa Mediani Giorgia, esperta;

per deliberare nel procedimento di:

correzione errore materiale, art. 130 codice di procedura penale;

in relazione alla posizione di Cardinale Massimo, nato a Bari (BA) il 10 agosto 1963, detenuto presso la Casa circondariale di Ferrara in espiazione della pena di cui al cumulo SIEP n. 2023/187 emesso dalla Procura di Pordenone il 4 giugno 2024, pari ad anni 3, mesi 8 e giorni 20 di reclusione;

decorrenza pena 10 settembre 2023; fine pena 28 febbraio 2027 (detratti 90 giorni per liberazione anticipata).



RILEVATO

Che con ordinanza n. 2024/1321 del 9 aprile 2024 il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale nel procedimento 2021/2279 SIUS TDS, avente ad oggetto domande di misure alternative avanzate da Cardinale Massimo;

Che nel corpo dell'ordinanza, laddove le censure di legittimità attengono, tra i vari parametri, anche all'art. 117 Costituzione in relazione agli artt. 14-8 CEDU è in talune pagine erroneamente indicata la dicitura «e 117 Costituzione in relazione agli artt. 114-8 CEDU»;

Che il riferimento all'art. 114 CEDU è frutto di mero errore di battitura, essendo evidente dal testo della motivazione come il parametro convenzionale ritenuto rilevante ai sensi dell'art. 117 Costituzione sia quello rappresentato dagli artt. 14 e 8 CEDU;

Che, dunque, appare opportuno procedere a correzione dell'ordinanza n. 2024/1321;

P.Q.M.

Visto l'art. 130 codice di procedura penale, dispone la correzione dell'ordinanza n. 2024/1321 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Bologna 9 aprile 2024 nel senso che, laddove risulta scritto:

«[...] e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 114-8 CEDU»

Debba, invece, intendersi e leggersi;

«[...] e 117 Costituzione, in relazione agli articoli 14-8 CEDU»

Manda la Cancelleria per le comunicazioni di rito.

Bologna, 8 agosto 2024

Il Presidente: ROMANO EZIO

24C00210

N. 175

Ordinanza del 30 luglio 2024 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria sul ricorso proposto da Agenzia Servizi Triolo A.S.T. srls contro Comune di Reggio Calabria e Regione Calabria

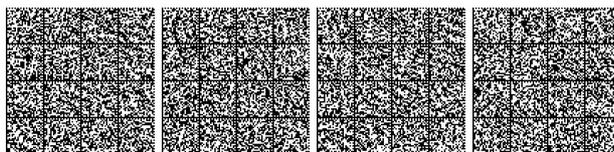
Impresa e imprenditore – Trasporto – Norme della Regione Calabria – Modifiche alla legge regionale n. 48 del 2019 - Disposizioni in materia funeraria – Previsione che alle imprese funebri è vietato l'esercizio del servizio di ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario extra ospedaliero e di ogni trasporto a esso assimilabile, nonché di ogni altro servizio parasanitario, socio-assistenziale o assimilabile.

- Legge della Regione Calabria 7 agosto 2023, n. 38 (“Modifiche e integrazioni alla legge regionale 29 novembre 2019, n. 48 (Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria)”), art. 5, comma 1, lettera a).

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA

SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 634 del 2023, proposto da Agenzia Servizi Triolo A.S.T. S.r.l.S., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Annamaria Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; contro Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, già rappresentato e difeso dall'avvocato Paola Cianci e ora dall'avvocato Emidio Morabito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;



Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gullo e Gianclaudio Festa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, - della nota prot. n. 246929U del 16 ottobre 2023, comunicata via PEC in pari data, del Dirigente del Settore Sviluppo economico cultura e turismo della Città di Reggio Calabria con la quale veniva comunicato alla società ricorrente di non poter evadere la richiesta di rilascio della nuova autorizzazione NCC ad uso Ambulanza per l'impossibilità di esercitare, anche tramite proprio personale, il servizio di ambulanza, l'attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario *extra-ospedaliero* ed ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) della legge Regionale 7 agosto 2023 n. 38 avente ad oggetto «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 29 novembre 2019, n. 48 (Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria)», nonché di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria e della Regione Calabria;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2024 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. I fatti di causa.

Con ricorso notificato il 4 dicembre 2023 e depositato il successivo giorno 10, l'Agenzia Triolo A.S.T. S.r.l. (d'ora in avanti, la «Società»), premesso di operare nel settore dei servizi funebri, ha impugnato, previa suspensiva, la nota prot. n. 246929U del 16 ottobre 2023 con cui il Comune di Reggio Calabria, in persona del Dirigente competente, aveva comunicato di non poter rilasciare la nuova autorizzazione NCC ad uso Ambulanza richiesta in data 6 settembre 2023.

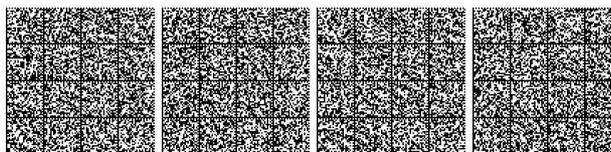
Con la medesima nota il Comune aveva intimato alla Società di cessare entro il 31 dicembre 2023 il menzionato servizio di «autoambulanza di trasporto», peraltro fino a quel momento regolarmente svolto, in applicazione del divieto introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale 7 agosto 2023, n. 38, avente ad oggetto «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 29 novembre 2019, n. 48 (Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria)».

L'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023 («Modifiche all'art. 7 legge regionale n. 48/2019») prescrive, infatti, che «Le imprese non possono esercitare attività private in mercati paralleli quali quelli relativi all'ambito cimiteriale. Alle imprese funebri è vietato l'esercizio, anche tramite proprio personale, del servizio di ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario *extra-ospedaliero* e di ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile. È preclusa, altresì, la possibilità di esercitare attività funebre a soggetti che gestiscono servizio di ambulanza e di ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché l'esercizio di ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile; è altresì vietato riprodurre nominativi e numeri di telefono riconducibili ad attività funebri presenti nel territorio, su mezzi sanitari o in capo ad associazioni di volontariato. Le attività in essere si adeguano alle disposizioni previste dal presente articolo entro il 31 dicembre 2023».

1.1. Puntualizzati i profili dell'ammissibilità del gravame e dell'interesse a ricorrere avverso un atto amministrativo direttamente ed immediatamente applicativo di una legge regionale di dubbia costituzionalità, la Società formula, quale unico motivo di ricorso, l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023 che ha modificato l'art. 7, comma 4, legge regionale n. 48/2019, in quanto in contrasto con gli artt. 41, 117, comma 2, lett. e) e 3 della Costituzione.

Circa l'affermata violazione degli artt. 117, comma 2, lett. e) e 41 Cost., la ricorrente lamenta che la Regione Calabria, ponendo un inderogabile divieto al libero esercizio di attività economiche di un soggetto già titolare della licenza di noleggio con conducente ad uso ambulanza solo perché «impresa funebre», avrebbe travalicato i limiti della potestà legislativa regionale, invadendo la competenza statale esclusiva nella materia «trasversale» della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e) e comprimendo irragionevolmente la libertà di iniziativa economica delle imprese funebri (art. 41 Cost.), i cui servizi, anche per espresso dettato normativo (art. 7, legge regionale n. 48/2019), «sono attività imprenditoriali e sono erogati secondo principi di concorrenza nel mercato e con modalità che difendono l'effettiva libertà di scelta delle famiglie colpite da un lutto».

A tale riguardo, la Società deduce inoltre che, quand'anche quella intercettata dalla disposizione regionale fosse riconducibile alla materia della salute, la Regione Calabria, che pure può emanare norme con effetti pro-concorrenziali «sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza» (v. Corte cost., sent. n. 430/2007), non potrebbe, al contrario, occuparsi di disciplinare l'assetto di materie attraverso norme la cui efficacia, seppur formalmente circoscritta ad ambiti di potestà legislativa regionale concorrente, incida direttamente sulle capacità competitive delle imprese funebri, ostacolandone e/o limitandone l'accesso al mercato diverso da quello relativo all'attività strettamente funeraria.



Sotto diverso e ulteriore profilo - continua la ricorrente citando la sentenza della Corte costituzionale n. 56/2020 - la denunciata disposizione regionale, nel prevedere che sia vietato alle imprese funebri l'esercizio del «servizio di ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario *extra-ospedaliero* e di ogni trasporto ad esso assimilabile», interferirebbe in modo del tutto irragionevole con l'esercizio di ulteriori e diverse attività economiche quali il servizio NCC svolto con autoambulanze e quello di trasporto privato attratte al mercato concorrenziale e regolate da un'articolata ma «autonoma» disciplina legislativa (decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e successive modifiche ed integrazioni e relativo «Regolamento di esecuzione» approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1992, n. 495 e successive modifiche ed integrazioni; decreto ministeriale del 1° settembre 2009, n. 137 «Regolamento recante disposizioni in materia di immatricolazione ed uso delle ambulanze», legge 15 gennaio 1992, n. 21).

Dal punto di vista dell'oggetto dell'autorizzazione comunale richiesta, la ricorrente precisa che l'attività ad essa ora preclusa dalla citata disposizione regionale è il servizio di ambulanza di tipo B, ovvero quello rivolto ad utenti che non necessitano né di cure immediate ed urgenti né di essere assistiti a bordo dell'automezzo da personale sanitario (ad esempio, persone in buono stato di salute che abbisognano di visite specialistiche presso strutture sanitarie come *day hospital*, dialisi, riabilitazione, fisioterapia).

A riprova dello straripamento della potestà legislativa regionale verso scenari anticoncorrenziali, la ricorrente sottolinea che per le imprese funebri esercenti il servizio di noleggio di ambulanza con conducente non si porrebbe la questione - già scongiurata dall'art. 7 della legge regionale n. 48/2019 tuttora vigente - di eventuali commistioni con taluni servizi di tipo strettamente medico-sanitario o attinenti a casi emergenziali, dal momento che sarebbero esclusi in apice rapporti diretti e/o al servizio di strutture del Servizio sanitario nazionale.

Con riferimento all'art. 3 Cost, la Società censura l'illegittimità costituzionale della normativa regionale in quanto determinerebbe una evidente disparità di trattamento, discriminando le imprese, come quella della ricorrente che, solo per esercitare in via principale l'attività di servizi funerari, non potrebbero più essere autorizzate a svolgere il servizio di ambulanza al pari di quelle in possesso dei requisiti tecnici e amministrativi di cui al decreto del Ministero dei Trasporti n. 553 del 17 dicembre 1987 e dei requisiti sanitari accertati dal Comune. Inoltre, si registrerebbe su scala nazionale una evidente disomogeneità di disciplina tra le varie normative regionali, atteso che in alcune Regioni (es. Lazio e Toscana) il servizio di noleggio con conducente continua ad essere esercitato anche da imprese funebri, mentre in altre (es. Lombardia, Liguria e adesso la Calabria) vige il divieto.

1.2. Con decreto n. 228 del 12 dicembre 2023, il Presidente del TAR respingeva l'istanza di misure cautelari urgenti.

1.3. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune di Reggio Calabria con memoria difensiva del 29 dicembre 2023, eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, essendo lo stesso rivolto contro un atto avente natura meramente comunicativa e/o dichiarativa e non provvedimento, nonché la sua infondatezza in relazione alle sollevate questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023 (di modifica dell'art. 7, comma 4, legge regionale n. 48/2019).

1.4. Si è costituita in giudizio la Regione Calabria con atto di mera forma del 29 dicembre 2023 integrato da memoria difensiva del 5 gennaio 2024, formulando la medesima eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune, salvo aggiungere quella di difetto di legittimazione passiva. Nel merito, insisteva per il rigetto del ricorso, ritenendo le questioni di legittimità costituzionale manifestamente infondate.

1.5. Acquisita agli atti la replica della ricorrente in data 6 gennaio 2024, con ordinanza n. 7 del 10 gennaio 2024, non appellata, il Tribunale rigettava la domanda cautelare per carenza di *periculum in mora*.

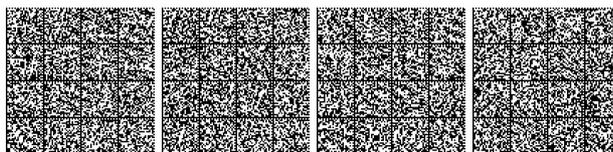
1.6. Con istanza depositata in data 26 gennaio 2024, parte ricorrente reiterava la richiesta di sospensiva, ma senza allegare «mutamenti nelle circostanze» che giustificassero l'accoglimento della domanda cautelare, ragion per cui il Tribunale, con ordinanza n. 27 del 22 febbraio 2024, non appellata, confermava le argomentazioni poste a fondamento del precedente rigetto.

1.7. In vista della discussione di merito, il Comune di Reggio Calabria depositava in data 5 giugno 2024 memoria di costituzione con nuovo difensore, mentre la ricorrente riepilogava le proprie difese con memoria del 15 giugno 2024, concludendo per l'accoglimento del ricorso, previa rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, legge regionale n. 48/2019, così come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023.

1.8. All'udienza pubblica del 17 luglio 2024 il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

2. L'oggetto del giudizio.

2.1. Il quadro normativo e la questione controversa.



Con la disposizione censurata (art. 5, comma 1, lett. *a*) legge regionale n. 38/2023), come sopra anticipato, la Regione Calabria è intervenuta a modificare il precedente art. 7, comma 4, (rubricato «Imprese funebri») della legge regionale n. 48/2019, intitolata «Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria».

La finalità, i principi e l'ambito di applicazione di tale corpo normativo (art. 1, comma 2) comprendono la «disciplina il complesso dei servizi e delle funzioni in ambito funebre e di polizia mortuaria, al fine di tutelare l'interesse degli utenti dei servizi e di uniformare le attività pubbliche e gestionali ai principi di evidenza scientifica, efficienza, economicità ed efficacia delle prestazioni, tenuto conto degli interessi pubblici preordinati alla tutela della salute pubblica, dell'igiene e della sicurezza».

In particolare, la ridetta legge regionale (art. 1, comma 3):

a) disciplina le procedure relative alla polizia mortuaria, anche per quanto attiene ai profili igienico-sanitari;

b) armonizza, nell'ambito della polizia mortuaria, le attività certificate, di vigilanza e di controllo da parte degli enti competenti;

c) regola le condizioni e i requisiti per l'esercizio delle attività mortuarie e funebri affinché le stesse siano svolte nel rispetto delle finalità e delle garanzie di cui alla presente legge».

Si aggiunga, solo per ragioni di completezza, che con la legge regionale n. 17 del 22 aprile 2024, pubblicata successivamente al deposito del presente ricorso, la Regione Calabria ha apportato ulteriori modifiche alla disciplina in vigore, introducendo inter alia disposizioni innovative in materia di attività funebre (art. 6), requisiti del personale dell'impresa funebre e dei soggetti a essa collegati (art. 9), trasporti funebri (art. 12) e case funerarie (artt. 13, 13 bis e 13 *ter*) che, però, non impattano sulla norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Ciò premesso, l'art. 5, comma 1, lett. *a*), della legge regionale n. 38/2023 (avente ad oggetto la modifica dell'art. 7, comma 4, della legge regionale n. 48/2019 «Imprese funebri») ha stabilito che «Le imprese non possono esercitare attività private in mercati paralleli quali quelli relativi all'ambito cimiteriale. Alle imprese funebri è vietato l'esercizio, anche tramite proprio personale, del servizio di ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario *extra-ospedaliero* e di ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile. È preclusa, altresì, la possibilità di esercitare attività funebri a soggetti che gestiscono servizio di ambulanza e di ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché l'esercizio di ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile; è altresì vietato riprodurre nominativi e numeri di telefono riconducibili ad attività funebri presenti nel territorio, su mezzi sanitari o in capo ad associazioni di volontariato. Le attività in essere si adeguano alle disposizioni previste dal presente articolo entro il 31 dicembre 2023».

La normativa regionale in vigore prima della contestata novella del 2023 prevedeva che le imprese funebri non potessero esercitare «attività private in mercati paralleli, quali quelli relativi all'ambito cimiteriale e al trasporto sanitario come servizio pubblico di emergenza sanitaria data in convenzione, al trasporto di organi, sangue e pazienti dializzati e sono obbligate alla separazione societaria. La separazione societaria è intesa come svolgimento distinto, con società o con soggetto giuridico, dotati di separata personalità giuridica, di organizzazione distinta ed adeguata di mezzi e di persone, diverse da quelle riconducibili a soggetti che svolgono attività funebri» (art. 7, comma 4, legge regionale n. 48/2019).

La disposizione censurata modifica tali previsioni, accentuandone la rigidità, dato che essa non solo inibisce (anche) il servizio NCC svolto con autoambulanze, prima autorizzato in capo alla ricorrente, ma esclude vieppiù la possibilità di esercitarlo previa separazione societaria.

2.2. Sul piano più strettamente amministrativo, l'attività di trasporto di infermi e infortunati tramite ambulanze è regolata nel modo che segue:

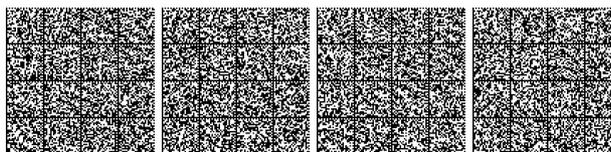
in generale, l'autorizzazione sanitaria per trasporto infermi e infortunati, sia per

autoambulanze ad uso proprio per prestazioni di trasporto senza corrispettivo e senza fini di lucro che per le autoambulanze ad uso di terzi per servizio di noleggio con conducente per prestazioni di trasporto dietro corrispettivo, è rilasciata dall'autorità comunale, in qualità di autorità sanitaria locale;

il servizio NCC svolto con autoambulanze è disciplinato dall'art. 85 del Codice della Strada, in combinato disposto con l'art. 244 del Reg. Codice della Strada;

non è applicabile, in via analogica, la legge n. 21/92 - legge quadro per il trasporto di persone mediante auto-servizi pubblici non di linea - dato che le ambulanze non rientrano nell'elenco dei tipi di veicoli previsti dalla stessa e per mezzo dei quali è possibile svolgere i servizi pubblici non di linea (v. TAR Lazio, Latina, 19 febbraio 2013, n. 170);

la licenza di esercizio viene rilasciata dal Comune, come previsto dall'art. 85, comma 3 del CdS, senza alcuna limitazione anche a società, oltre che a persone fisiche, e il conducente non deve essere iscritto al ruolo istituito presso la CCIAA essendo sufficienti le abilitazioni alla guida per quel tipo di veicoli;



il decreto ministeriale n. 137/2009 costituisce il regolamento in materia di immatricolazione ed uso delle ambulanze e non individua nella legge n. 21/92 né nella legge n. 218/2003 la disciplina applicabile all'esercizio dell'attività di NCC con ambulanze.

2.3. Il Tribunale è chiamato a valutare la questione se la disposizione normativa sopra citata (art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023 rubricata «Modifiche e integrazioni alla legge Regionale 29 novembre 2019 n. 48 (Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria»)), inibendo alle imprese funebri l'esercizio di attività «collaterali» a quella principale di trasporto funebre, quali il servizio di ambulanza con NCC per il trasporto di pazienti che non si trovano in stato di urgente bisogno sanitario, restringa irragionevolmente la concorrenza nel mercato, compromettendo il diritto costituzionale alla libertà di iniziativa economica.

Come si vedrà da qui a poco (v. § 3.1), le eccezioni preliminari sollevate dalle controparti sono infondate, in quanto il ricorso proposto contro la nota comunale prot. n. 246929U del 16 ottobre 2023, è ammissibile, mentre non v'è motivo di estromettere dal giudizio la Regione Calabria per difetto di legittimazione passiva, dato che nella specie sussiste un evidente interesse per l'Ente a partecipare al presente processo in cui è stata formulata un'eccezione di incostituzionalità concernente una legge regionale.

L'operato del Comune di Reggio Calabria si mostra, peraltro, conforme al disposto normativo ritenuto costituzionalmente illegittimo, avendo pedissequamente applicato nei confronti della Società il divieto introdotto dalla Regione Calabria di esercitare, solo perché impresa funebre, il servizio di «ambulanza, di attività di trasporto sanitario semplice, trasporto sanitario e soccorso sanitario *extra*-ospedaliero e di ogni trasporto ad esso assimilabile, nonché ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile».

Senonché, per le motivazioni e nei termini che saranno esposti, il Collegio dubita della legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023 (avente ad oggetto la modifica dell'art. 7, comma 4, della legge regionale n. 48/2019).

3. La questione di legittimità costituzionale.

3.1. La rilevanza nel presente giudizio.

Nell'ambito della valutazione della rilevanza delle questioni di costituzionalità che il Collegio intende sottoporre al giudizio della Corte costituzionale, al fine di scrutinare il possibile approdo del ricorso ad una decisione di merito, va esaminata l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse sollevata dalle amministrazioni resistenti, secondo cui l'atto impugnato avrebbe un contenuto meramente dichiarativo e non provvedimentale.

Come sopra illustrato, la ricorrente chiede l'annullamento della nota prot. n. 246929U del 16 ottobre 2023 con cui il Comune di Reggio Calabria ha negato il rilascio dell'autorizzazione al servizio con conducente mediante ambulanza, in stretta applicazione dell'art. 5, comma 1, lett. a), della legge regionale Calabria (che modifica l'art. 7, legge regionale n. 48/2019 recante «Disposizioni in materia funeraria e polizia mortuaria») di cui si denuncia l'illegittimità costituzionale.

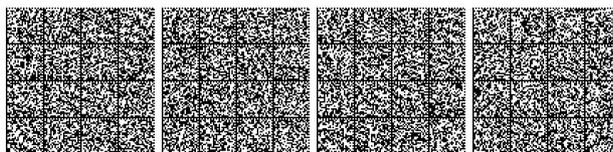
Con la stessa nota impugnata, il Comune ha prescritto all'impresa funebre ricorrente di cessare entro il 31 dicembre 2023 il servizio di noleggio con conducente ad uso ambulanza che era autorizzata ad esercitare dal 2019 in virtù di specifica autorizzazione comunale.

Coerentemente a quanto già sommariamente accennato in sede cautelare, la nota impugnata, nel vietare ad una impresa funebre la possibilità di avviare e di svolgere il servizio di ambulanza di trasporto, riveste natura provvedimentale ed è immediatamente lesiva della posizione giuridica soggettiva della ricorrente quale operatore economico nel mercato di riferimento, provocandole, quanto meno, una contrazione di introiti economici derivanti dalla suddetta attività fino a quel momento legittimamente svolta, quantunque «parallela» a quella principale di servizio funebre.

Sul piano degli effetti sostanziali, del resto, è del tutto evidente che il diniego in concreto opposto al rilascio di una autorizzazione NCC destinata all'uso di una nuova ambulanza non può che avere un contenuto eloquentemente anticipatorio e, per ciò stesso, lesivo rispetto al rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esercizio dell'attività di noleggio con conducente ad uso ambulanza, adottato all'esito di un formale procedimento amministrativo.

Fondandosi il provvedimento impugnato esclusivamente sulla disposizione di legge regionale di cui si contesta la conformità a precisi parametri costituzionali si rende, pertanto, necessario sollevare in questa sede la questione di costituzionalità, affinché il giudizio in questione pervenga ad una pronuncia di merito, sia essa di accoglimento o di rigetto.

3.1.1. Possono, sul punto, essere richiamate le sentenze n. 188 e n. 224 del 2020 e n. 46 del 2021 della Corte costituzionale, le quali affermano che non sussiste il difetto di incidentalità quando la questione investe una disposizione avente forza di legge che il rimettente deve applicare come passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale.



È, infatti, consolidato il principio secondo cui il requisito dell'incidentalità ricorre proprio «quando la questione investe una disposizione avente forza di legge che il rimettente deve applicare come passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale (*ex multis*, sentenze n. 151 del 2009 e n. 303 del 2007)» (v. sent n. 224/20 *cit*).

Tanto accade, come detto, nel caso di specie.

In conclusione, le questioni di legittimità costituzionale che il Collegio intende sollevare sono fornite di rilevanza nel presente giudizio, atteso che il provvedimento impugnato – dotato di autonoma lesività per quanto su rassegnato – è stato emesso in diretta derivazione dalle norme qui sospettate di incostituzionalità e che il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale.

3.2. La non manifesta infondatezza.

3.2.1. Il contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost..

La ricorrente ritiene che il più volte citato art. 5, comma 1, lett. a), della legge regionale n. 38/2023 (avente ad oggetto la modifica dell'art. 7, comma 4, della legge regionale n. 48/2019) rientri nella competenza trasversale del legislatore statale a tutela della concorrenza e che, pertanto, non avrebbe potuto costituire oggetto dell'esercizio di un'autonoma potestà legislativa regionale né in via concorrente né in via residuale.

Occorre, dunque, chiarire se le previsioni censurate siano riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, tenendo conto a questo fine, in applicazione dei consueti criteri di individuazione della materia in cui una certa disposizione ricade, «della sua *ratio*, della finalità che persegue, del contenuto e dell'oggetto delle singole disposizioni, [...] tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi in modo da identificare così correttamente e compiutamente l'interesse tutelato (*ex plurimis*, sentenze n. 245 del 2015, n. 167 e 121 del 2014)» (Corte cost, n. 287 del 2016).

La giurisprudenza costituzionale è, inoltre, costante nell'affermare che «la nozione di «concorrenza» di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost., non può non riflettere quella operante in ambito europeo (sentenze n. 83 del 2018, n. 291 e n. 200 del 2012, n. 45 del 2010). Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza «nel mercato»), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza «per il mercato») (*ex plurimis*, sentenza n. 137 del 2018)» (Corte cost., n. 56 del 2020).

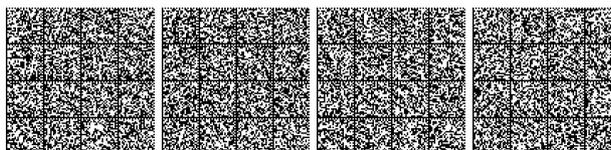
Ebbene, ad avviso di questo Collegio, avuto riguardo alla finalità, al contenuto e all'oggetto, la disposizione regionale censurata assume una valenza significativamente anticoncorrenziale a danno delle imprese funebri, che «sono attività imprenditoriali e sono erogati secondo principi di concorrenza nel mercato e con modalità che difendono l'effettiva libertà di scelta delle famiglie colpite da un lutto» (art. 7, comma 1, legge regionale n. 48/2019) e sembra invadere irragionevolmente e/o comunque interferire sulla materia (trasversale) della tutela della concorrenza, riservata, in via esclusiva, alla competenza legislativa statale (vedasi anche il disegno di legge Atto Senato n. 963 XVIII Legislatura «Disciplina delle attività funerarie» presentato in Senato in data 18 dicembre 2022 - v. doc. n. 11 di parte ricorrente).

La norma denunciata, infatti, precludendo l'esercizio del servizio di ambulanza con conducente di tipo B, sembra restringere per le sole imprese funebri le potenzialità di accesso al mercato e alle conseguenti opportunità di profitto, «riconfinandole» nell'originario mercato di riferimento (servizi funebri).

In altri termini, appare illogico che alle imprese operanti nel settore funerario debba ora essere precluso il servizio di noleggio di ambulanze con conducente che esula prima facie dal trasporto «sanitario» e si rivolge, per stessa ammissione delle amministrazioni resistenti, a soggetti che non necessitano di cure mediche d'urgenza e che possono essere trasportati verso strutture sanitarie e luoghi di cura per visite specialistiche programmate o per essere dimesse dagli stessi ospedali (cd. trasporti sanitari secondari «programmabili»).

Né appare compatibile con i principi della competizione commerciale e imprenditoriale la fissazione di un divieto così stringente a destinatari soggettivamente individuati; si tratta di un'ingiustificata restrizione dell'accesso al mercato di riferimento, in violazione del principio di tutela della concorrenza i cui limiti dovrebbero essere definiti dalla esclusiva competenza legislativa statale ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost. in armonia con i superiori parametri eurounitari.

3.2.1.1. L'incompatibilità tra servizio funebre e servizio di ambulanza, come declinata in concreto a livello normativo regionale, appare peraltro irragionevole e sproporzionata nei suoi effetti restrittivi nella parte in cui, ponendo il suddetto divieto, sottende possibili distorsioni della concorrenza «al rovescio».



Se è ovvio, infatti, che chi si rivolge ai servizi di una impresa funebre non ha interesse ad avvalersi di un'ambulanza, è altrettanto evidente che chi si rivolge ad un gestore di trasporto ambulanze di tipo B, sia esso o meno «impresa funebre», non presenta una urgenza sanitaria tale da farne prefigurare l'imminente decesso, il che conduce ragionevolmente ad escludere complicazioni concorrenziali sotto forma di «accaparramento» della clientela.

3.2.1.2. Nell'indicare la tutela della concorrenza tra le competenze esclusive dello Stato, la Carta costituzionale ha voluto riservare allo Stato il potere di fissare «*standard*» di tutela uniforme su tutto il territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi collegati a quelli della concorrenza (cfr. per analogia, Corte cost., n. 407/2002 in tema di «ambiente»).

Nelle materie c.d. trasversali (beni culturali, ambiente, concorrenza) si manifestano, cioè, competenze diverse che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (v. Corte cost., n. 459/2004).

Osserva il Collegio che le ragioni dell'intervento del legislatore regionale in materia funeraria e polizia mortuaria conseguente alle modifiche al titolo V della Parte seconda della Costituzione (L. Cost. n. 3/2001) - ma pur sempre regolata da fonti primarie e secondarie nazionali (v. R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 e successive modifiche ed integrazioni; decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285) - vengono solitamente argomentate tenendo conto della natura «sanitaria» (e per questo pertinente alla materia della salute) delle norme in materia.

Purtuttavia, quand'anche la disposizione di legge censurata fosse ascrivibile alla materia della tutela della salute e, quindi, attratta alla potestà legislativa concorrente della Regione, non per questo i sospetti di legittimità costituzionale sarebbero meno fondati.

Si è già sopra rimarcato che l'art. 5, comma 1, lett. a), della legge regionale n. 38/2023 si inserisce nel più vasto ambito delle «disposizioni in materia funeraria e di polizia mortuaria» ed intercetta innegabili aspetti di diritto sanitario e socio-sanitario.

Del resto, non v'è dubbio che quella funebre è attività complessa che, oltre ad articolare il proprio intervento in ambito commerciale, si configura come attività di interesse generale attinente alla salute pubblica e alla pubblica sicurezza, con preminenti aspetti di natura igienico-sanitaria.

La stessa disposizione in esame, nell'escludere un potenziale «*player*» del mercato, tende a disciplinare le modalità di erogazione di un servizio (quello «di ambulanza» ed estensivamente, per quanto qui di interesse, «ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile») rivolto in massima parte a soggetti in condizioni di vulnerabilità (anziani, infermi ecc...), non necessariamente di tipo cronico, ma temporaneo che non sembrano implicare particolari rischi di «commistione» di servizi aventi requisiti e finalità diversi.

Non ignora il Collegio l'eventualità che «proprio perché la promozione della concorrenza ha una portata generale, o «trasversale», può accadere che una misura che faccia parte di una regolamentazione stabilita dalle Regioni nelle materie attribuite alla loro competenza legislativa, concorrente o residuale, a sua volta abbia marginalmente una valenza pro-competitiva. Ciò deve ritenersi ammissibile, al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza» (v. Corte cost., n. 430/2007).

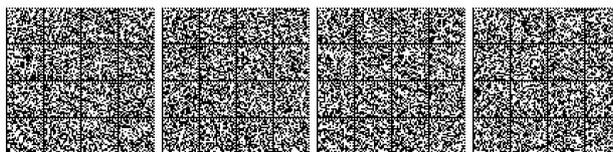
Se è, pertanto, normativamente «fisiologico» che la potestà legislativa concorrente della Regione in una determinata materia (tutela della salute) possa impattare ambiti di materie regolati in via esclusiva e trasversale dalla legge statale (tutela della concorrenza), ciò tuttavia esige che gli effetti prodotti dalla disciplina regionale su quella statale si limitino a «lambire» le prerogative di rango legislativo primario costituzionalmente attribuite allo Stato, a pena di non pregiudicare l'assetto di competenze stabilito dall'art. 117 Cost..

Ciò non significa che la potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute debba necessariamente soccombere al cospetto di quella statale e «trasversale» in materia di tutela della concorrenza, ma non esclude nemmeno l'intervento sostitutivo quando la disciplina regionale sulla salute non assicura relazioni pienamente concorrenziali e al solo fine di ricondurre ad unità il sistema in tutto il territorio nazionale.

Nella vicenda controversa, tenuto conto dei possibili e concomitanti profili di interesse pubblico generale intrinseci al servizio di ambulanza svolto dalle imprese funebri, pare evidente che la norma regionale in questione (art. 5, comma 1, lett. a), legge regionale n. 38/2023) ostacoli direttamente e non marginalmente la concorrenza, introducendo limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale delle società di pompe funebri che solo il legislatore statale appare competente a prevedere.

3.2.2. Il contrasto con gli artt. 41 e 3 Cost.

La disposizione regionale in questione presta il fianco anche ai rilievi di illegittimità costituzionale prospettati con riferimento agli artt. 41 e 3 della Costituzione.



La disposizione censurata, come si è detto, introduce il divieto di accesso al mercato del servizio di ambulanza di trasporto nei confronti di una specifica categoria di operatori economici (le imprese funebri) che non appare giustificato da motivi imperativi di interesse generale, minando in radice lo sviluppo del confronto concorrenziale in contrasto con la libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost. (sentenze n. 8 del 2024, n. 171 e n. 117 del 2022 e n. 7 del 2021).

Da questo angolo di visuale critica, è di conseguenza plausibile ritenere che l'art. 5 comma 1 lett. a), della legge regionale n. 38/2023, laddove proibisce alle imprese funebri l'accesso al mercato del servizio NCC per uso di trasporto ambulanza, tenda a porsi in aperto contrasto con gli artt. 4, 101 e 102 TFUE e con gli artt. 2 e 3 L. n. 287/90, agevolando la formazione di posizioni dominanti di operatori economici dediti esclusivamente al servizio di ambulanza di trasporto, inducendoli a praticare prezzi eccessivamente livellati verso l'alto a danno del consumatore (cfr. sent. Corte Giustizia UE, sez. V, 27 febbraio 2003 n. C-373/00 - *Pompes funèbres*).

Quanto alla violazione dell'art. 41, comma 2, Cost., non si può non richiamare il principio più volte evocato dalla Corte costituzionale per cui «è possibile una compressione della libertà d'iniziativa economica privata solo «allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda, oltre che alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, come sancito dall'art. 41, comma secondo, Cost., all'utilità sociale» (Corte cost., sent. n. 150 del 2022; nello stesso senso, *ex plurimis*, sentt. n. 151 e n. 47 del 2018, n. 16 del 2017 e n. 56 del 2015).

Tale ultimo aspetto è stato ben focalizzato dalla difesa della ricorrente, facendo notare come lo spettro di applicazione della norma regionale esula dai compiti di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo a fini sociali sull'attività di servizio di NCC ad uso ambulanza che, nella fattispecie controversa, viene assolutamente vietato.

L'eccezione di incostituzionalità non appare meno manifestamente infondata con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della violazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza.

Il difetto di proporzionalità emerge sotto un duplice profilo.

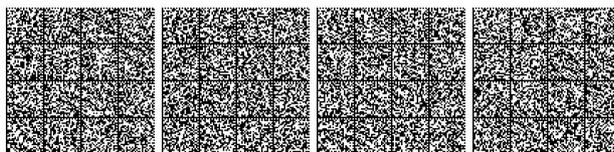
Il Collegio ricorda, innanzitutto, che la recente giurisprudenza costituzionale, proprio in relazione al servizio di NCC, ha affermato che «i divieti e gli obblighi posti in capo alle imprese autorizzate al servizio di NCC, per essere legittimi, devono essere [...] adeguati e proporzionati rispetto allo scopo da perseguire» (Corte cost., n. 36 del 2024) e ha sottolineato l'esigenza di una «connessione razionale tra il mezzo predisposto dal legislatore [...] e il fine che questi intende perseguire» (Corte cost., n. 8 del 2024).

Tale connessione pare mancare nella disposizione censurata che ha consentito e consente all'Autorità amministrativa di frapporre una insormontabile barriera di accesso al mercato del servizio di ambulanza di trasporto con NCC in contrasto con la libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost., senza considerare che, riducendo per legge l'offerta di tale tipo di servizio, si perderebbe un'ulteriore opportunità di eliminare i disagi per quella fascia di popolazione anziana e fragile che non è in grado di utilizzare, anche per imprevedibili contingenze del caso, gli altri servizi di trasporto di linea e/o il servizio ambulanza di altri operatori, ma che ha bisogno di muoversi per esigenze di cura.

Sotto altro profilo, la disposizione regionale in esame, colpendo la libertà di esercizio del servizio di noleggio di ambulanza con conducente da parte delle imprese funebri, mira apparentemente a prevenire un rischio, quello della commistione con servizi sanitari e simili, che non aveva ragione d'essere, poiché era già stato scongiurato dal previgente art. 7, comma 4, legge regionale n. 48/2019 («Le imprese funebri non possono esercitare attività private in mercati paralleli, quali quelli relativi all'ambito cimiteriale e al trasporto sanitario come servizio pubblico di emergenza sanitaria data in convenzione, al trasporto di organi, sangue e pazienti dializzati e sono obbligate alla separazione societaria le imprese funebri non potessero esercitare attività private in mercati paralleli, quali quelli relativi all'ambito cimiteriale e al trasporto sanitario come servizio pubblico di emergenza sanitaria data in convenzione, al trasporto di organi, sangue e pazienti dializzati e sono obbligate alla separazione societaria»), rivelandosi inutile, sovrabbondante e, in ultima analisi, inadeguata rispetto allo scopo.

Il difetto di ragionevolezza si coglie, infine, anche laddove la disposizione regionale in parola determina una altrettanto criticabile disparità di trattamento tra imprese in possesso dei requisiti tecnici ed amministrativi richiesti dalla legge per esercitare il servizio di NCC ad uso ambulanza di tipo B e le stesse imprese funebri che ne vengono immotivatamente estromesse pur potendo disporre degli stessi requisiti, in disparte la differenziazione di disciplina da Regione a Regione che amplifica l'esigenza di un intervento del legislatore nazionale improntato a garantire una disciplina normativa uniforme.

4. Conclusivamente, per le considerazioni che precedono, va dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. a), della legge regionale n. 38/2023 (avente ad oggetto la modifica dell'art. 7, comma 4, della legge regionale n. 48/2019), limitatamente all'inciso «servizio di ambulanza... nonché ogni altro servizio parasanitario, socioassistenziale o assimilabile», in relazione agli artt. 117, comma 2, lett. e), 41 e 3 della Costituzione.



Si deve pertanto disporre la sospensione del presente giudizio e la rimessione della questione all'esame della Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23, della legge 11 marzo 1953, n. 87, per la decisione sulla prospettata questione di costituzionalità.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lett. a), della legge regionale n. 38/2023 (avente ad oggetto la modifica dell'art. 7, comma 4, della legge regionale n. 48/2019), per violazione degli articoli 117, comma 2, lett. e), 41 e 3 della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone, a cura della Segreteria, che gli atti dello stesso siano trasmessi alla Corte costituzionale per la risoluzione della prospettata questione, e che la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente della Giunta regionale, e comunicata al Presidente del Consiglio regionale della Calabria. Così deciso in Reggio Calabria nella Camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

Il Presidente: CRISCENTI

L'Estensore: DE COL

24C00211

N. 176

Ordinanza del 5 agosto 2024 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana sul ricorso proposto dal Comune di Augusta contro Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione

Comuni, Province e Città metropolitane – Funzioni fondamentali - Norme della Regione Siciliana - Liquidazione dei Consorzi per le aree di sviluppo industriale (Consorzi ASI) – Previsione che i Commissari liquidatori, in assenza delle società di scopo a prevalente capitale pubblico, possono trasferire in concessione d'uso temporaneo gli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, prioritariamente al Comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione, o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto – Omessa previsione di una contestuale e adeguata provvista finanziaria in favore del medesimo Comune concessionario.

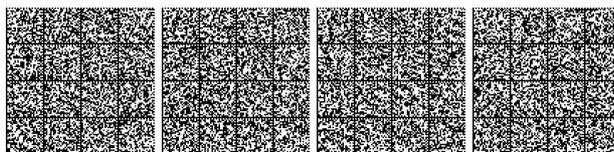
- Legge della Regione Siciliana 12 gennaio 2012, n. 8 (Costituzione dell'Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive), art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo.

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

SEZIONE GIURISDIZIONALE

Ha pronunciato la presente sentenza non definitiva sul ricorso numero di registro generale 680 del 2023, proposto dal Comune di Augusta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenica Oteri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro il Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;



per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, (Sezione Terza) n. 1229/2023, resa tra le parti, pubblicata il 12 aprile 2023, notificata il 17 aprile 2023, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1435/2022;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione;

Visto il decreto cautelare n. 232 del 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024, il consigliere Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato Domenica Oteri e l'avvocato Alberto Marolda, su delega dell'avvocato Riccardo Rotigliano;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, notificato il 2 agosto 2022 e depositato il 28 settembre 2022, il Comune di Augusta esponeva:

che il commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa, con nota prot. n. 263 del 3 maggio 2022, aveva invitato il medesimo Comune, ai sensi dell'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), della legge regionale n. 8/2012, a «prendere parte alle operazioni di trasferimento e consegna a codesto Comune degli impianti idrici dal Consorzio ASI Siracusa realizzati nell'ambito dei lavori di urbanizzazione dell'agglomerato industriale «G2» di Augusta nonché dell'impianto di chiarificazione acque sito in C.da Mendola di Augusta facente parte del sistema idrica di Q.100 realizzato dall'ex Cassa per il Mezzogiorno, trasferito al Consorzio ASI con D.D.G. n. 03457 del 15 settembre 2005 della Regione Siciliana-Presidenza»;

che il Consorzio ASI di Siracusa, con la medesima nota, aveva avvisato il Comune che «qualora codesta Amministrazione non dovesse intervenire, questo Consorzio cedente procederà comunque alle operazioni di trasferimento e consegna in presenza di testimoni»;

di aver declinato l'invito con nota del 10 maggio 2022, evidenziando l'indisponibilità del comune di Augusta a ricevere in consegna gli impianti in questione «dal momento che, in evidente contrasto con il principio costituzionale di correlazione fra funzioni e risorse e con il principio di equilibrio dei bilanci pubblici, risulterebbe impossibile la gestione degli impianti stessi da parte di questo ente in conformità al parametro del buon andamento nel rispetto dell'autonomia finanziaria e dell'equilibrio del proprio bilancio»;

che ciononostante il commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa aveva redatto il verbale di consegna n. 319 del 24 maggio 2022.

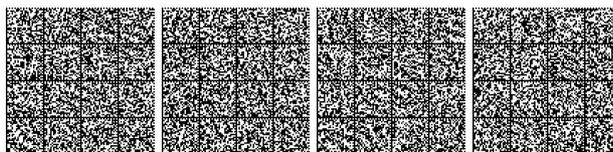
2. Il Comune ricorrente quindi impugnava:

a) il verbale del commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione n. 319 del 24 maggio 2022, con il quale il predetto commissario provvedeva unilateralmente alla consegna al ricorrente Ente locale «degli impianti e rete idrica realizzata dal Consorzio ASI di Siracusa nell'ambito dei lavori di realizzazione dell'agglomerato G2 di Siracusa» nonché «dell'impianto di chiarificazione acque facente parte del sistema idrico dell'acquedotto di Q.100 sito in c/da Mendola di Augusta» (pag. 2 del ricorso);

b) la nota del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione prot. n. 263 del 3 maggio 2022.

3. Il ricorso di primo grado, contenente altresì domanda cautelare, era articolato nei seguenti due motivi:

i) violazione degli articoli 147 e 149-*bis* del decreto legislativo n. 152/2006, illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 117, comma 2, lettera *e*), della Costituzione, eccesso di potere per difetto di istruttoria, eccesso di potere per carenza dei presupposti, in quanto il gravato verbale di consegna si pone in contrasto con i predetti articoli 147 e 149-*bis* del decreto legislativo n. 152/2006, i quali «mirando ad assicurare l'unicità della gestione per ciascun ambito territoriale e l'integrazione verticale ed orizzontale dei servizi, escludono la possibilità di una gestione diretta del servizio idrico da parte di un singolo comune poiché antieconomica ed inefficiente», con la conseguenza che «tutti gli impianti e le reti idriche già gestite dal Consorzio ASI dovranno essere trasferiti alla già costituita ATI di Siracusa» (pag. 7 del ricorso); inoltre la norma statale «esclude in radice la possibilità di una gestione diretta del servizio idrico da parte di un comune, in quanto ciò sarebbe gravemente lesivo dei principi in tema di concorrenza nel conferimento della gestione del servizio» (pag. 8 del ricorso), con conseguente violazione, da parte della normativa regionale, della competenza statale in materia di tutela della concorrenza;



ii) violazione dell'art. 119 della Costituzione e dell'art. 15, comma 2, dello Statuto della Regione Siciliana, violazione degli articoli 149 e 152 del decreto legislativo n. 152/2006, dell'art. 117 del decreto legislativo n. 267/2000, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, in quanto il gravato verbale di consegna «in assenza di ogni e qualsivoglia indicazione in ordine al costo della gestione del servizio idrico, non consente di garantire e salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario dell'ente comunale» (pag. 10 del ricorso), tenuto conto che, ai sensi dell'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), della legge regionale n. 8/2012, le «eventuali (a dire il vero certe, si pensi solo alla manutenzione ordinaria della rete e del depuratore, per non dire di quelle di manutenzione straordinaria come a titolo esemplificativo e non esaustivo, rottura di pompe di sollevamento, rottura delle condotte etc. etc.) spese di investimento sono a carico del bilancio comunale, salvo il rimborso futuro da parte del gestore unico del servizio idrico integrato» (pag. 11 del ricorso); prosegue il Comune evidenziando che: «nella gestione del servizio idrico deve sempre essere rispettato il vincolo dell'equilibrio economico-finanziario ed in conseguenza la tariffa deve integralmente coprire i costi di investimento e di esercizio del servizio. La mancata indicazione dei costi sostenuti dal Consorzio ASI per la gestione del servizio idrico fa sì che l'ente comunale di Augusta [...] alcun piano finanziario ed alcuna tariffa può determinare al fine della integrale copertura dei costi del servizio idrico, con palese violazione delle norme sopra richiamate e pregiudizio per l'equilibrio economico-finanziario dell'ente comunale» (pag. 13 del ricorso).

4. Nel giudizio di primo grado si costituiva il Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione, chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependone, in via preliminare, «l'irricevibilità per tardività del ricorso (impugnazione del provvedimento del 3 maggio 2022) e la inammissibilità per il resto (impugnazione del verbale), dal momento che il provvedimento del 3 maggio 2022 è stato impugnato solo con il ricorso in epigrafe, notificato in data 2 agosto 2022. Invero, ben lungi dall'essere un atto meramente presupposto al verbale di consegna del 24 maggio 2022, è casomai vero il contrario [...]» (pag. 1 della memoria del Consorzio ASI del 17 ottobre 2022).

5. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania - accolta la domanda cautelare ai fini della sollecita fissazione del merito - con la gravata sentenza n. 1229 del 2023 ha dichiarato il ricorso:

a) in parte irricevibile per tardività della notifica, laddove è stata impugnata la nota del Consorzio ASI di Siracusa del 3 maggio 2022;

b) in parte inammissibile per difetto di interesse – per mancanza di contenuto provvedimentale - laddove è stato impugnato il verbale di consegna del 24 maggio 2022.

6. Con ricorso in appello notificato il 16 giugno 2023 e depositato il 14 luglio 2023, contenente altresì domanda cautelare, il Comune di Augusta ha impugnato la menzionata sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 1229 del 2023, lamentando l'erroneità della pronuncia in rito di parziale irricevibilità e di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado, riproponendo i motivi dedotti in prime cure ed insistendo nella questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), della legge regionale n. 8/2012, per contrasto con l'art. 119 della Costituzione, laddove la norma regionale ha previsto il trasferimento in concessione d'uso temporaneo degli impianti idrici, fognari e depurativi, di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, al comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione, senza la contestuale assegnazione, in favore del medesimo comune, delle risorse economiche necessarie per fronteggiare le spese della gestione del servizio idrico, fognario e depurativo.

7. Nel presente giudizio si è costituito il Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione, con atto di costituzione del 27 luglio 2023.

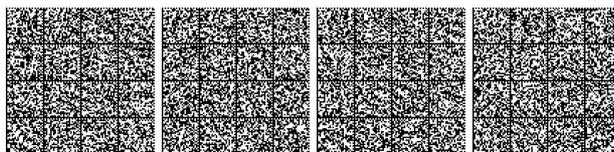
8. Il predetto Consorzio, con successiva memoria del 1° settembre 2023, ha illustrato le proprie difese, ritenendo infondata anche la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Comune di Augusta.

9. Respinta la domanda cautelare monocratica con decreto presidenziale n. 232 del 17 luglio 2023, alla successiva camera di consiglio del 7 settembre 2023 l'appellante ha rinunciato alla domanda cautelare.

10. All'udienza pubblica dell'8 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. Il primo motivo d'appello è fondato, stante l'erronea pronuncia in rito del Tribunale amministrativo regionale, di parziale irricevibilità e di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado.



11.1. Infatti, a differenza da quanto opinato dal primo giudice:

a) la nota del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione n. 263 del 3 maggio 2022 è un mero atto endoprocedimentale, privo di autonomo valore lesivo, con la conseguenza che non doveva essere autonomamente impugnata nel termine di decadenza;

b) la concreta lesione in danno del Comune di Augusta, con contestuale emersione dell'interesse a ricorrere, è avvenuta solo con il successivo verbale di consegna n. 319 del 24 maggio 2022 - ricevuto dal Comune il 1° giugno 2022 - redatto dal commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione;

c) il ricorso di primo grado è stato quindi tempestivamente notificato in data 2 agosto 2022, tenuto conto del giorno festivo nella data del 31 luglio 2022, ai sensi dell'art. 155, comma 4, del codice di procedura civile, e della successiva sospensione feriale dei termini processuali;

d) il ricorso di primo grado è altresì ammissibile, sussistendo l'interesse del Comune ad impugnare sia il verbale di consegna del commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa del 24 maggio 2022 (da cui deriva in via immediata l'interesse al ricorso), sia la presupposta nota del medesimo Consorzio ASI del 3 maggio 2022.

11.2. Il predetto motivo d'appello deve quindi essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere dichiarato tempestivo e ammissibile.

12. Venendo ora all'esame dei motivi di ricorso di primo grado, riproposti in appello, il Collegio ritiene innanzitutto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo, della legge regionale 12 gennaio 2012, n. 8, in relazione all'art. 119, commi primo, quarto, quinto e sesto, della Costituzione, sollevata dal Comune di Augusta con il secondo motivo del ricorso di primo grado (sopra illustrato alla lettera *ii*) del § 3 della presente sentenza).

13. Infatti la menzionata lettera *c-bis*), secondo periodo, del comma 2 dell'art. 19 della legge regionale n. 8/2012 prevede che, in assenza della società di scopo a prevalente capitale pubblico (società menzionate nel primo periodo della medesima lettera *c-bis*): «i Commissari liquidatori possono trasferire in concessione d'uso temporaneo gli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi per le Aree di sviluppo industriale in liquidazione, prioritariamente al comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto, purché quanto da trasferire non sia oggetto di sequestro penale ad eccezione degli impianti che trattino prevalentemente o esclusivamente reflui di origine industriale.»

14. A tale disposizione non si è accompagnata una previsione derogatoria rispetto agli obblighi di custodia e manutenzione degli impianti idrici e fognari.

15. Ne consegue, ad avviso del Collegio, che l'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo, della legge regionale n. 8 del 2012 presenta rilevanti dubbi di compatibilità con l'art. 119, commi primo, quarto, quinto e sesto, della Costituzione, nonché con l'art. 15 dello Statuto della Regione Siciliana.

15.1. Nel nostro ordinamento vige il principio di autonomia finanziaria dei Comuni, espressamente declinato sia dall'art. 119 della Costituzione sia dai singoli statuti delle Regioni speciali e, con specifico riferimento alla Regione Siciliana, dall'art. 15, secondo comma, del relativo Statuto, secondo cui «l'ordinamento degli enti locali si basa nella Regione stessa sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria».

15.2. Uno dei principali corollari di tale principio è quello secondo cui, ad ogni trasferimento di funzioni ad un ente territoriale, deve corrispondere un adeguato trasferimento (o un'attribuzione) di risorse economico-finanziarie per farvi fronte.

15.3. Il principio di correlazione fra funzioni e risorse (così ormai correntemente definito in teoria generale) è desumibile, oltre che dalla logica giuridica (e, quindi, dal principio di ragionevolezza, al quale la Corte costituzionale attribuisce, da sempre, valore fondamentale), dall'intero assetto del Titolo V della Carta costituzionale e, in particolare, dai commi primo, quinto e sesto dell'art. 119 della Costituzione, disposizioni costituzionali che nella misura in cui (e nelle parti nelle quali) mirano a garantire uno standard minimo di tutela in favore degli Enti locali – e dunque un valore costituzionale di base, sono ad essi comunque applicabili (e da essi invocabili) a prescindere da ogni delimitazione territoriale, il che risponde al criterio metodologico secondo cui agli enti locali ubicati nelle Regioni a statuto speciale non può essere riconosciuta una autonomia finanziaria inferiore rispetto a quella devoluta agli enti ubicati nelle Regioni a statuto ordinario (cfr., sul tema, ordinanze C.g.a.r.s. 20 febbraio 2019, n. 160; 15 ottobre 2018, n. 556).

15.4. Il primo comma dell'art. 119 della Costituzione stabilisce che: «i Comuni ... hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa» ed il successivo quarto comma che «le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni ... di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite».

15.5. Tali principi costituzionali, nel caso di specie, appaiono essere stati disattesi dal legislatore regionale.



15.6. Inoltre, il principio di correlazione tra risorse e funzioni costituisce un principio immanente e pervasivo del sistema costituzionale, desumibile, per quanto attiene alla Regione Siciliana, dal richiamato art. 15, secondo comma, dello Statuto, secondo cui gli enti locali sono dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria, e l'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo, legge regionale n. 8 del 2012 sembra comunque in contrasto con tale norma statutaria di rango costituzionale.

16. La Corte costituzionale, occupandosi della questione del «trasferimento di funzioni senza risorse», ha affermato che le norme di legge «che consentono operazioni istituzionali di tal fatta» sono costituzionalmente illegittime in quanto lesive del principio di correlazione tra funzioni e risorse, nonché del «principio fondamentale del coordinamento della finanza pubblica» e del «principio dell'equilibrio dei bilanci pubblici», quando determinano i seguenti due effetti: «a) un'alterazione del “rapporto tra complessivi bisogni regionali [o di altro ente locale] e insieme dei mezzi finanziari per farvi fronte”; b) ed una variazione del rapporto entrate/spese foriero di un “grave squilibrio” nel bilancio».

17. Il Collegio ritiene che, nella fattispecie disciplinata dalla norma censurata, ciò si verificherebbe, in quanto all'incremento delle attività necessarie ad assicurare la gestione e la manutenzione degli impianti idrici, fognari e depurativi non si accompagna una corrispondente e proporzionale attribuzione di mezzi finanziari.

18. In sostanza, il Collegio ritiene che l'introduzione, mediante legge regionale, di un congegno atto ad incidere sui richiamati principi potrebbe costituire una “rottura” dell'ordinario assetto delle competenze legislative stabilite dalla Costituzione e determina una eccessiva compressione dell'autonomia finanziaria degli enti locali comunali.

19. La presente questione di costituzionalità è analoga a quella già sollevata dalla Sezione con le sentenze non definitive n. 226 e n. 227 del 23 febbraio 2022, già accolta dalla Corte costituzione con sentenza n. 73 del 17 aprile 2023, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 19, comma 2, lettera *b*), della medesima legge regionale n. 8/2012, nella parte in cui non subordina il trasferimento ai comuni competenti per territorio, da parte del commissario liquidatore dei consorzi ASI, delle strade ad uso pubblico e delle relative pertinenze alla attribuzione ai comuni stessi delle risorse necessarie alla gestione e manutenzione delle infrastrutture trasferite.

20. Inoltre, in esito al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, della legge regionale Siciliana n. 22 del 1986, rubricata «Riordino dei servizi e delle attività socio-assistenziali in Sicilia», nella parte in cui obbliga i Comuni ad assorbire il patrimonio ed il personale delle IPAB soppresse autoritativamente dall'Amministrazione regionale, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 135 del 6 luglio 2020, ha accertato, in relazione alla prima delle due questioni dedotte, la violazione dei principi di autonomia finanziaria degli enti locali, di corrispondenza tra risorse e funzioni, dell'equilibrio di bilancio di buon andamento della pubblica amministrazione (di cui, rispettivamente all'art. 119, primo comma, della Costituzione e all'art. 15, secondo comma, dello Statuto della Regione Siciliana, all'art. 119, quarto e quinto comma, all'art. 119, primo e sesto comma, e all'art. della Costituzione).

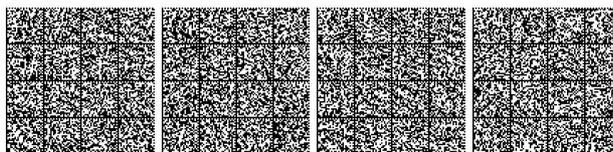
20.1. La Corte costituzionale, ancora di recente, con la sentenza n. 155 del 21 luglio 2020, ha posto in rilievo che le norme di legge (nella fattispecie, l'art. 11-*quater* del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135) non devono porre a rischio la corretta ripartizione delle risorse, la necessaria corrispondenza tra queste ultime e le relative funzioni amministrative e, in ultimo, la garanzia del buon andamento dei servizi con quelle risorse finanziarie (richiama le sentenze n. 10 del 2016, n. 188 del 2015, n. 4 del 2014 e n. 51 del 2013).

21. In ragione delle descritte coordinate ermeneutiche, il Collegio ritiene che il sistema normativo disegnato con la legge regionale n. 8 del 2012 - con cui il legislatore regionale ha affidato ai comuni la concessione in uso temporaneo degli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, con i relativi obblighi di gestione e manutenzione - concreti un evidente *vulnus* al principio di corrispondenza tra funzioni attribuite e risorse finanziarie, in quanto all'attribuzione della funzione gestoria e manutentiva degli impianti idrici, fognari e depurativi non si accompagna l'attribuzione di adeguati mezzi finanziari.

21.1. Va da sé che tale *vulnus*, per quanto già evidenziato, riguardi anche i principi costituzionali di autonomia finanziaria dei comuni e di equilibrio del bilancio.

21.2. La lesione al fondamentale principio di corrispondenza tra risorse finanziarie e funzioni attribuite ai Comuni siciliani ed agli altri principi indicati, peraltro, oltre a concretare una possibile ipotesi di violazione dell'art. 119, primo, quarto, quinto e sesto comma, della Costituzione nonché dell'art. 15, secondo comma, dello Statuto della Regione Siciliana, determina anche un possibile *vulnus* all'art. 97 della Costituzione, poiché idonea ad incidere sul buon andamento dei servizi di gestione e di manutenzione degli impianti trasferiti in concessione d'uso, funzioni che non risultano adeguatamente finanziate.

22. Per tutte le ragioni sopraesposte, il Collegio ritiene rilevante ai fini della decisione della controversia e non manifestamente infondata, per violazione dell'art. 119, primo, quarto, quinto e sesto comma, della Costituzione, nonché dell'art. 15, secondo comma, dello Statuto della Regione Siciliana, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lettera *c-bis*), secondo periodo, della legge regionale siciliana n. 8 del 2012, laddove il predetto art. 19, comma 2,



lettera c-bis), secondo periodo, prevede il trasferimento, in concessione d'uso temporaneo, degli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, prioritariamente al Comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione, o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto, con i connessi obblighi di gestione e manutenzione dei predetti impianti, senza prevedere una contestuale e adeguata provvista finanziaria in favore del medesimo Comune concessionario (sulla possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale mediante sentenza non definitiva, che disponga contestualmente la sospensione del giudizio e la trasmissione degli atti alla cancelleria della Corte costituzionale, *cf.* Corte costituzionale, sentenza n. 73 del 2023, § 3 del «considerato in diritto»).

23. Pertanto, il Collegio, riservata al definitivo ogni statuizione nel merito e sulle spese, così provvede:

accoglie il primo motivo di appello proposto dal Comune e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara ricevibile il ricorso proposto in primo grado ed ammissibili le azioni di annullamento formulate;

con riferimento al secondo motivo del ricorso di primo grado, riproposto in appello, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 119, primo, quarto, quinto e sesto comma, della Costituzione, nonché all'art. 15, secondo comma, dello Statuto della Regione Siciliana, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lettera c-bis), secondo periodo, della legge regionale Siciliana n. 8 del 2012, nei sensi sopra precisati.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 680/2023, come in epigrafe proposto, così provvede:

accoglie il primo motivo di appello proposto dal Comune e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara ricevibile il ricorso proposto in primo grado ed ammissibili le azioni di annullamento formulate;

con riferimento al secondo motivo del ricorso di primo grado riproposto in appello, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 119, commi primo, quarto, quinto e sesto, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lettera c-bis), della legge regionale siciliana n. 8 del 2012, laddove il predetto art. 19, comma 2, lettera c-bis), secondo periodo, prevede il trasferimento, in concessione d'uso temporaneo, degli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei Consorzi ASI in liquidazione, prioritariamente al Comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione, o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto, con i connessi obblighi di gestione e manutenzione dei predetti impianti, senza prevedere una contestuale e adeguata provvista finanziaria in favore del medesimo Comune concessionario.

Dispone la sospensione del giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla cancelleria della Corte costituzionale.

Ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente sentenza non definitiva, avente valore di ordinanza ai fini della rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale, sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati della Repubblica, al Presidente della Regione Siciliana e al Presidente dell'Assemblea Regionale Siciliana.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente;

Michele Pizzi, consigliere, Estensore;

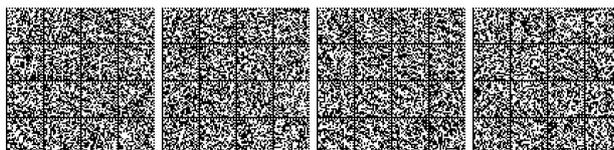
Giuseppe Chinè, consigliere;

Antonino Caleca, consigliere;

Paola La Ganga, consigliere.

Il Presidente: DE FRANCISCO

L'estensore: PIZZI



N. 177

Ordinanza del 6 giugno 2024 del Tribunale di Napoli nel procedimento penale a carico di G. S.

Procedimento penale - Misure cautelari - Allontanamento dalla casa familiare – Applicazione delle modalità di controllo elettronico previste dall’art. 275-bis cod. proc. pen. qualora si proceda per determinati delitti - Previsione che, qualora l’organo delegato per l’esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l’applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi - Mancata previsione che il giudice impone l’applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi “salvo che non le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto”.

- Codice di procedura penale, art. 282-bis, comma 6, ultimo periodo, come modificato dall’art. 12, comma 1, lettera c), della legge 24 novembre 2023, n. 168 (Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica).

TRIBUNALE DI NAPOLI

X SEZIONE - COLLEGIO B

RIESAME DEI PROVVEDIMENTI RESTRITTIVI

DELLA LIBERTÀ PERSONALE E DEI SEQUESTRI

Il Tribunale, nelle persone dei magistrati:

dott.ssa Alessandra Cantone - Presidente;

dott. Alfonso Scermino - giudice est.;

dott.ssa Raffaella de Majo - giudice,

riunito in Camera di consiglio, ha emesso la seguente ordinanza *ex art. 23*, legge n. 53/1987 nel giudizio di appello introdotto dal pubblico ministero presso la Procura della Repubblica di Benevento, in data 27 marzo 2024 avverso l’ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Benevento, in data 19 marzo 2024, con la quale veniva applicata nei confronti di S. G. la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla p.o. senza applicazione dei dispositivi *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale;

esaminati gli atti trasmessi dall’autorità giudiziaria procedente;

sentita la difesa, in assenza del P.M., all’udienza camerale del 3 maggio 2024;

sciogliendo la riserva di cui al separato verbale;

OSSERVA

Par. 1) I fatti e l’oggetto del giudizio.

In data 8 marzo 2024 il pubblico ministero presso il Tribunale di Benevento avanzava al GIP, in relazione a delitto *ex art. 572*, commi 1 e 2 del codice penale, richiesta di applicazione congiunta delle misure cautelari di cui agli articoli 282-bis e 282-ter del codice di procedura penale, con le modalità di controllo di cui all’art. 275-bis del codice di procedura penale, nei confronti dell’indagato S. G.

In particolare, osservava l’accusa pubblica, l’applicazione «del solo allontanamento dalla casa familiare avrebbe consentito come prescrizione solo quella del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla p. o. ma non alla persona offesa stessa», ragione per cui era «necessario il cumulo delle due misure».

Il giudice per le indagini preliminari, con ordinanza del 19 marzo 2024, riteneva sussistenti i gravi indizi di colpevolezza del delitto di maltrattamenti in danno di moglie e figli ascritto al prevenuto.



Applicava, tuttavia, la sola misura *ex art. 282-ter* del codice di procedura penale del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalle pp.oo. — M. N., S. P. ed il minore S. M. P. —, osservando come la stessa fosse sufficiente ai fini preventivi *ex art. 274 lettera c)* del codice di procedura penale in quanto «tale presidio poteva da solo risultare idoneo ad evitare i contatti tra lo Stefanelli ed il resto del nucleo familiare», «non apparendo necessario disporre in aggiunta ulteriori misure cautelari come richiesto dal P.M. precedente».

Inoltre il giudice per le indagini preliminari non disponeva l'applicazione di alcun dispositivo *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale, come di contro richiesto dal pubblico ministero.

In data 20 marzo 2024 il pubblico ministero presentava al Tribunale del riesame atto di appello *ex art. 310* del codice di procedura penale avverso la richiamata ordinanza.

Il pubblico ministero censurava la decisione del primo giudice sotto più profili.

In prima battuta, il pubblico ministero — pg 2 dell'atto di appello — lamentava come non fosse giustificata la mancata applicazione della misura dell'allontanamento dalla casa familiare *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale in relazione ad una vicenda di maltrattamenti posta in essere da un indagato che conviveva con le pp.oo., tanto più che il giudice per le indagini preliminari, nell'enucleare le esigenze cautelari, asseriva come «l'aggressività e la pervicacia manifestata dall'indagato è tale da far ritenere pressoché certo che egli, in assenza di interventi cautelari, continuerà nella sua attività criminosa».

Il motivo di impugnazione era da ritenersi fondato.

Con riguardo alla scelta della misura da applicare il giudice per le indagini preliminari non enunciava alcuna motivazione per la quale non riteneva di accedere alla richiesta del pubblico ministero relativamente all'applicazione della misura dell'allontanamento dalla casa familiare.

Ebbene, fermo il vuoto motivazionale, il Tribunale del riesame non poteva che condividere la prospettazione accusatoria secondo la quale, nella specie, la misura andava concessa.

Ed invero, in vicende di maltrattamenti intrafamiliari, le esigenze preventive da salvaguardare vanno soddisfatte mediante un intervento che impedisca con ragionevole efficacia ogni contatto tra l'indagato e le pp.oo.: il che, quando sussiste — come nel caso, *cf.* denuncia p. o. — una condizione di convivenza, non può che passare per l'ordine di allontanamento dalla abitazione di famiglia, luogo in cui l'indagato sistematicamente realizza gli abusi e i maltrattamenti oggetto della vicenda cautelare.

A tal fine, pertanto, appare «tipicamente idoneo» lo strumento dell'ordine di allontanamento *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale.

Laddove il presupposto della misura cautelare *ex art. 282-bis* è non solo la condizione di «attuale» coabitazione, quanto anche l'esistenza di una situazione — nella specie ricorrente — per cui all'interno di una relazione di contiguità si manifestano condotte in grado di minacciare l'incolumità delle persone offese (Fattispecie in tema di maltrattamenti in famiglia, Cassazione penale, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 17788; in senso conforme alla massima, v. Sez. VI, 4 febbraio 2008, n. 25607, [...], in C.E.D. Cassazione, n. 240773).

Il divieto di avvicinamento, a ben vedere, può essere applicato al posto dell'allontanamento dalla casa familiare — misure queste in tendenziale «rapporto di alternatività» — solo quando ricorra «il presupposto negativo dell'assenza di una situazione di convivenza che renda necessario prima di tutto allontanare l'autore del reato dalla casa familiare» (Cassazione Pen. Sez. 5, sentenza n. 12503 del 2020).

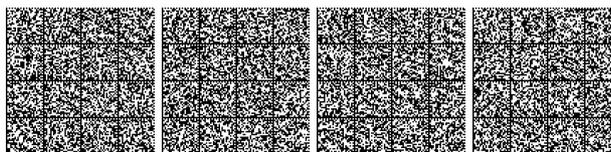
Quando la convivenza esista, di contro, sarà la misura dell'allontanamento (con le prescrizioni di cui si dirà) a soddisfare le esigenze cautelari da presidiare.

In seconda battuta, il pubblico ministero contestava (pg. 2 e 3 dell'atto di appello) la circostanza che il (Giudice per le indagini preliminari non aveva stabilito il divieto di avvicinamento anche direttamente a favore delle pp.oo., avendo il primo giudice inibito ogni avvicinamento solo rispetto «ai luoghi abitualmente frequentati dalle medesime pp.oo.» e non — si ribadiva — alle persone fisiche delle pp.oo.

La censura era fondata, seppur con le precisazioni che seguono.

Il divieto di avvicinamento (direttamente) alla persona offesa rientra tra le prescrizioni accessorie suscettibili di essere inserite nell'ordine di allontanamento della casa familiare *ex art. 282-bis*, comma 2, del codice di procedura penale affinché sia consentito al giudice di conformare lo strumento alle specifiche esigenze da salvaguardare attraverso l'indicazione delle relative modalità e limitazioni.

In particolare, è stato già osservato che sarebbe irrazionale prevedere a tutela della persona offesa, nell'ambito dell'*art. 282-bis* del codice di procedura penale, una prescrizione accessoria di divieto di avvicinamento ai luoghi da lei frequentati ed impedire, invece, al giudice di disporre un divieto di avvicinamento direttamente alla sua persona.



Infatti, una volta delineata con legge n. 154/2001, introduttivo dell'art. 282-*bis* del codice di procedura penale, la misura dell'allontanamento dalla casa familiare, la successiva introduzione dell'art. 282-*ter* del codice di procedura penale (avvenuta con decreto-legge n. 11/2009, convertito con legge n. 38/2009 legge sullo *stalking*), che ha previsto direttamente il divieto di avvicinamento alla persona offesa in prima battuta, è stata determinata dall'esigenza di prevedere un presidio cautelare analogo anche «alle relazioni non fondate sulla convivenza» o comunque «sulla condivisione della casa familiare» (Cassazione Pen. Sez. 6, sentenza n. 24351 del 28 aprile 2023).

Per cui, se nulla impedisce al giudice della cautela di disporre il divieto di avvicinamento alla p.o. mediante una apposita prescrizione accessoria rispetto alla (unica) misura dell'allontanamento alla casa familiare applicata, era inutile invocare (e richiedere) l'ulteriore misura del divieto di avvicinamento, come di contro fatto dal P.M.

Ritiene in ogni caso il Tribunale che, seppur nessuna misura cumulativa andasse nella specie richiesta (né emessa), dovevasi in ogni caso accogliere l'appello del pubblico ministero per il fatto che il giudice per le indagini preliminari, senza motivazioni, non aveva comunque adottato — come pur richiesto — la prescrizione accessoria del divieto di avvicinamento direttamente alle pp.oo., oltre che ai luoghi dalle stesse frequentati.

Laddove — a fronte di gravi indizi di maltrattamenti intrafamiliari — era certamente opportuno impedire, sempre e comunque, rischiosi avvicinamenti dell'indagato alle pp.oo. vittime delle sue vessazioni, a prescindere dai luoghi in cui questi avvicinamenti potevano avvenire.

Con ulteriore motivo di impugnazione, il pubblico ministero lamentava che il giudice per le indagini preliminari non aveva fatto applicazione dei sistemi di controllo *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale, restando completamente silente sulla relativa richiesta pur avanzata.

Preliminarmente, andava riconosciuta la piena ammissibilità del motivo di gravame, relativamente alla applicazione dei sistemi *ex art. 275-bis* del codice penale, in quanto la giurisprudenza riconosce la ricorribilità in appello anche dei provvedimenti (o relative statuizioni) che riguardino o incidano sulle modalità di esecuzione della misura cautelare adottata (C., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 13119, in Mass. Uff., 249946; C., Sez. VI, 24 settembre 2010, in Mass. Uff., 248593; C., Sez. II, 5 giugno 2008, n. 34877, in Mass. Uff., 241815; C., Sez. II, 16 gennaio 2008, n. 5589, in Mass. Uff., 238865 con riferimento all'isolamento diurno in carcere; in generale C., S.U., 3 dicembre 1996, [...], in CP, 1997, 1325).

Sul tema, è stato affermato a più riprese che sono impugnabili mediante appello *ex art. 310* del codice di procedura penale le decisioni del giudice per le indagini preliminari che incidono sulla misura per periodi permanenti o prolungati e che, proprio per il loro carattere permanente, si riverberano in misura apprezzabile sul regime cautelare, qualificandosi, pertanto, come ordinanze cautelari: laddove la decisione di applicare o meno il «braccialetto elettronico» incide significativamente sul regime dei divieti *ex* articoli 282-*bis* del codice di procedura penale, connotandone in termini più pregnanti l'efficacia dissuasiva, per cui il relativo rigetto — rispetto alla richiesta del PM — non può non essere sindacato dal Tribunale del riesame *ex art. 310* del codice di procedura penale (sui principi, Sez. 5, sentenza n. 26601 del 21 febbraio 2018).

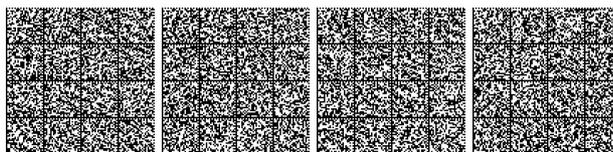
Ciò posto, la doglianza era nuovamente fondata.

A seguito della legge n. 168/2023, l'art. 282-*ter* del codice di procedura penale prevede, al comma 1, che «con il provvedimento che dispone il divieto di avvicinamento il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza, comunque non inferiore a cinquecento metri, da tali luoghi o dalla persona offesa, disponendo l'applicazione delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis*».

Il nuovo disposto letterale della norma evoca un automatismo nell'applicazione delle modalità di controllo *ex art. 275-bis* cit., quando si faccia ricorso alla misura cautelare *ex art. 282-ter* del codice di procedura penale.

Tanto soprattutto ove si confronti il nuovo testo della norma processuale con quello precedente, introdotto con il decreto-legge n. 93/2019, convertito in legge n. 69/2019, secondo cui «con il provvedimento che dispone il divieto di avvicinamento il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi ai luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa, anche disponendo l'applicazione delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis*».

La recente soppressione nel 2023 della parola «anche» — inizialmente inserita nella norma dalla disciplina sul cd. codice rosso — appare confermare il fatto che non residui più in capo al giudice della cautela alcuna discrezionalità con riguardo alla sorveglianza elettronica, dovendosi sempre disporre — in caso di applicazione della misura *ex art. 282-ter* del codice di procedura penale — il cd. «braccialetto elettronico», onde meglio controllare, mediante le segnalazioni a distanza del dispositivo, il rispetto delle prescrizioni di non avvicinamento.



Il dato, peraltro, sembra corrispondere alla *intentio legis* della novella, per quanto evincibile dai lavori preparatori del disegno di legge che ha poi condotto alla emanazione della legge n. 168/2023.

Si legge nel *dossier* n. 123/2 di accompagnamento del disegno di legge che «i numeri 3 e 4 della lettera *c*) prevedono inoltre, sempre in relazione all'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-*bis*, comma 6, che tale misura coercitiva sia sempre accompagnata dalla imposizione, attualmente facoltativa, delle modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* del codice di procedura penale. [...] La lettera *d*) apporta modifiche analoghe a quelle sopra richiamata alla disciplina del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art. 282-*ter* del codice di procedura penale» (pg 60 e 61).

Dal fascicolo *iter* DDL S. 923 (che al Senato ha condotto all'approvazione del testo definitivo) si desume ancora:

che l'eliminazione della parola «anche» — con obbligatorietà del braccialetto — aveva luogo sin dal disegno di legge trasmesso dalla Camera al Senato (art. 12 del disegno di legge);

che nel corso dei lavori della Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea), seduta n. 106 (pom.) del 21 novembre 2023, si sottolineava come «l'art. 12» del progetto di legge contemplasse «il rafforzamento delle misure cautelari e dell'uso del braccialetto elettronico», nel senso di ampliarne chiaramente l'applicazione;

che il disegno di legge era «diretto a rafforzare la protezione delle vittime di violenza attraverso misure di prevenzione nonché il potenziamento delle misure cautelari» (seduta dell'assemblea n. 128 del 22 novembre 2023);

che «la misura coercitiva *ex* art. 282-*bis* del codice di procedura penale va sempre accompagnata (laddove nell'assetto vigente è facoltativa) dall'imposizione del braccialetto elettronico» (*dossier* n. 98 del progetto di legge), tanto che «le norme in esame appaiono suscettibili di determinare, come confermato dalla stessa relazione tecnica, un maggior ricorso all'impiego dei braccialetti elettronici rispetto a quanto previsto nell'ambito della vigente disciplina».

Insomma, la *ratio* sottesa alla proposta di legge in esame è chiaramente quella di rendere più stringente ed efficiente l'attuale disciplina in materia di contrasto della violenza di genere, a fronte degli interventi legislativi che si sono di recente susseguiti per dare piena attuazione ai principi ispiratori della Convenzione di Istanbul per la lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

Per l'effetto, il legislatore ha inteso certamente rafforzare l'efficacia dissuasiva del divieto *ex* art. 282-*ter* del codice di procedura penale (ovvero *ex* art. 282-*bis* del codice di procedura penale, anche nelle sue prescrizioni accessorie), integrando il contenuto dell'intervento cautelare mediante un presidio elettronico obbligatorio, la cui stabile operatività mira a disincentivare ogni violazione e, in tal modo, meglio tutelare le ragioni delle pp.oo.

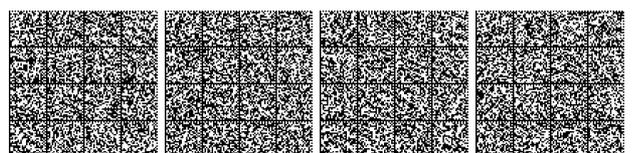
Corrispondentemente, è stato modificato anche l'art. 282-*bis*, comma 6 del codice di procedura penale.

Prima della legge n. 168/2023, tale norma prevedeva che «qualora si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 570, 571, 572, 582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*septies*.1, 600-*septies*.2, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 612, secondo comma, 612-*bis*, del codice penale, commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280, anche con le modalità di controllo previste all'art. 275-*bis*2».

Dopo l'ultima novella, si prevede che «qualora si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 570, 571, 572, 575, nell'ipotesi di delitto tentato, 582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate, 583-*quinqies*, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*septies*.1, 600-*septies*.2, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 612, secondo comma, 612-*bis*, del codice penale, commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280, con le modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* e con la prescrizione di mantenere una determinata distanza, comunque non inferiore a cinquecento metri, dalla casa familiare e da altri luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. In tale caso, il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni».

Nuovamente, sparisce l'epiteto «anche», prima inserito a seguito delle modifiche apportate dal decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 con riguardo alle «modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* del codice di procedura penale», a conferma — secondo un disegno armonicamente coerente — di una volontà di generale automatismo nell'applicazione dello strumento elettronico nei casi di divieto di avvicinamento disposto anche quale prescrizione accessoria nell'ambito della misura *ex* art. 282-*bis* del codice di procedura penale), in relazione ai reati specificamente indicati.

Il nuovo «obbligo del braccialetto» non appare foriero di dubbi di legittimità costituzionale, come di contro ventilato dalla difesa dello S[...].



Il legislatore, infatti, ha semplicemente inteso modificare il contenuto delle misure cautelari *ex* articoli 282-*bis* e 282-*ter* del codice di procedura penale, integrando il relativo regime con un costante sistema di sorveglianza elettronica che ne rafforza l'efficacia preventiva.

Nel fare questo, non si è inciso in alcun modo su di un qualche precetto costituzionale, in quanto si è lasciato sempre al prudente apprezzamento del giudice della cautela se, sulla scorta delle esigenze cautelari ritenute secondo i parametri degli articoli 274 e 275 del codice di procedura penale, si debba fare ricorso o meno all'intervento cautelare (dal che, il richiamo della difesa alle «presunzioni cautelari» *ex* art. 275 del codice di procedura penale è apertamente inconferente).

E se il giudice dà corso alla misura, l'applicazione generalizzata del «braccialetto» non viola alcun principio di uguaglianza, posto che, secondo una valutazione ragionevole del legislatore, il «nuovo» divieto di avvicinamento (prescrizione accessoria *ex* articoli 282-*bis* del codice di procedura penale ovvero misura cautelare *ex* art. 282-*ter* del codice di procedura penale) per tutti gli indagati contemplerà il predetto monitoraggio precauzionale, in attuazione di una — non sindacabile né illogica — scelta di politica criminale, volta a rafforzare la tutela delle vittime di taluni reati socialmente sensibili.

Ad esiti diversi non può pervenirsi, poi, per il solo fatto che, ai sensi dell'art. 275-*bis* del codice di procedura penale (parimenti novellato dalla legge n. 168 cit.), quando il giudice dispone «la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere», «prescrive procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, salvo che le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»: secondo questa norma, infatti, il legislatore non impone un «obbligo di braccialetto», prevedendone l'applicazione sempre che non intervenga una diversa valutazione del giudice, che potrebbe ritenere non indispensabile la sorveglianza elettronica sulla scorta della specificità del caso concreto.

La differente disciplina non può considerarsi intrinsecamente irragionevole.

Tanto sulla scorta del rilievo che diverse sono (pure) le misure cautelari rispetto alle quali essa opera.

Gli arresti domiciliari sono una misura custodiale: per cui in tali casi il «braccialetto elettronico» mira ad evitare allontanamenti non autorizzati (evasioni) e, indirettamente, reiterazioni del reato.

L'ordine di allontanamento e/o il divieto di avvicinamento sono, di contro, misure non custodiali e, stavolta, il braccialetto è finalizzato a prevenire, più che generici spostamenti non autorizzati, direttamente i contatti con la p.o. prodromici alle condotte criminose censurate.

Ne deriva che, se l'ambito operativo della sorveglianza è, solo in quest'ultimo caso, tutto orientato a scongiurare in via immediata (e non riflessa) nuove condotte criminose (corrispondenti ad ulteriori lesioni dei diritti della p.o.), una diversa modulazione del regime dei dispositivi *ex* art. 275-*bis* del codice di procedura penale — con più accentuato utilizzo del medesimo in caso di misure non custodiali — non appare affatto irrazionale.

D'altronde, appare utile rimarcare ancora, le misure non custodiali presuppongono un affidamento alla capacità di autocontrollo dell'indagato nettamente superiore rispetto a quello che si ripone negli indagati sottoposti alle misure custodiali, posto che, nel primo caso, il reo resta comunque in libertà.

Ed anche tale aspetto appare giustificare la scelta legislativa di dare seguito, per garantire l'efficacia dell'intervento, ad un controllo elettronico più stringente nelle misure *ex* art. 282-*bis* e *ter* del codice di procedura penale, laddove un tale maggiore monitoraggio, evitando misure più gravose, risponde, in prospettiva costituzionale, ad un virtuoso bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale («braccialetto») ed i diritti di libertà dell'indagato (misura non custodiate), senza ulteriore ed inutile compressione («minor sacrificio necessario») della sfera giuridica dell'indagato.

In definitiva, il Tribunale è chiamato ad emettere, in questo giudizio di appello, la misura *ex* art. 282-*bis* del codice di procedura penale, con le prescrizioni accessorie del divieto di avvicinamento alle pp.oo. nonché

dell'applicazione dei sistemi di controllo *ex* art. 275-*bis* del codice di procedura penale.

Par. 2) La norma oggetto dell'incidente di costituzionalità e primi profili di rilevanza in questo giudizio.

Il Tribunale deve a questo punto confrontarsi con gli ultimi due periodi dell'art. 282-*bis*, comma 6, pen. (come novellato dall'art. 12, comma 1, lettera c), della legge 24 novembre 2023, n. 168), secondo cui:

«Con lo stesso provvedimento che dispone l'allontanamento, il giudice prevede l'applicazione, anche congiunta, di una misura più grave qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione delle modalità di controllo anzidette».

«Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi».

Il primo periodo riguarda l'ipotesi in cui l'indagato, destinatario di un provvedimento *ex* art. 282-*bis* del codice di procedura penale assistito dal «braccialetto elettronico» *ex* art. 275-*bis* del codice di procedura penale, rifiuti di farselo applicare.



Per la relativa evenienza, la legge prevede che il giudice disponga, sin dal provvedimento genetico, un aggravamento del regime cautelare («misura più grave», «anche congiunta»).

«Negare il consenso» al controllo elettronico da parte dell'indagato giustifica, nella prospettazione legislativa, una valutazione di maggiore pericolosità, capace di fondare di per sé un (obbligatorio) intervento più cogente.

Il meccanismo non era sconosciuto al sistema.

Già l'art. 275-bis del codice di procedura penale, prima della novella *ex* legge n. 168 cit., prevedeva all'ultimo periodo del comma 1, relativamente agli arresti domiciliari assistiti dal «braccialeto», che «con lo stesso provvedimento il giudice prevede l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti».

In sostanza, il rifiuto di collaborare al presidio elettronico è posto dalla legge alla base di una presunzione assoluta di (sopravvenuta) inadeguatezza della misura originariamente disposta, imponendo l'applicazione:

o del carcere *ex* art. 275-bis del codice di procedura penale, quando si parte dai domiciliari;

o di una misura più grave, anche congiuntamente operante rispetto a quella originaria, *ex* art. 282-bis del codice di procedura penale, comma 6 di nuovo conio, quando si parte da un ordine di allontanamento e/o da un divieto di avvicinamento.

Il secondo periodo riguarda un'altra ipotesi.

Ed è proprio questa a destare un ragionevole dubbio di costituzionalità nel Collegio.

La norma prevede che, nel caso in cui «l'organo delegato per l'esecuzione» accerti «la non fattibilità tecnica» delle modalità di controllo a distanza, il giudice interviene (come nel caso precedente) nel senso di «imporre l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi».

La questione di costituzionalità di tale ultima disposizione è rilevante in questo giudizio perché il Tribunale, accogliendo l'appello del pubblico ministero ed integrando la misura emessa dal giudice per le indagini preliminari con i dispositivi elettronici *ex* art. 275-bis del codice di procedura penale invocati dall'appellante, deve fare necessariamente applicazione anche del disposto di cui all'art. 282-bis, comma 6, ultimo periodo del codice di procedura penale.

Il legislatore, infatti, prevede che «con lo stesso provvedimento» — con cui si applicano i sistemi di controllo *ex* art. 275-bis del codice di procedura penale — si imponga l'(automatico) aggravamento del regime per le due ipotesi: «diniego del consenso» al braccialeto e «non fattibilità tecnica» del braccialeto.

Vero è che la locuzione «con lo stesso provvedimento» è inserita dal legislatore solo in apertura del penultimo periodo del comma 6 cit., quello relativo al diniego del consenso («Con lo stesso provvedimento che dispone l'allontanamento, il giudice prevede l'applicazione, anche congiunta, di una misura più grave qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione delle modalità di controllo anzidette»).

Mentre il periodo successivo, senza ripetere la locuzione «con lo stesso provvedimento», recita direttamente «Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi».

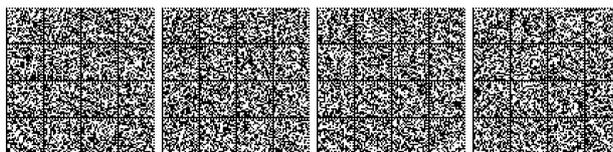
Nondimeno, ritiene questo Collegio che la volontà del legislatore, per quanto implicitamente espressa, è chiara nel senso di richiedere al giudice della cautela — sin dal momento genetico della misura — la previsione dell'aggravamento in entrambe le ipotesi.

La locuzione «con lo stesso provvedimento», sebbene non ripetuta in apertura dell'ultimo periodo, è desumibile, oltre che dalla stretta ed immediata *consecutio* delle proposizioni, dalla identità di *ratio* della disciplina, essendosi voluto prevedere come, tutte le volte che la sorveglianza elettronica non abbia seguito, sia previsto dal giudice, sin dall'origine, un regime cautelare «rafforzato» a tutela della p.o.

D'altronde, ad opinare in senso diverso, dovrebbe affermarsi che solo nel caso di «non fattibilità tecnica» (e non nel caso di «diniego del consenso») il pubblico ministero dovrebbe avanzare una nuova istanza al giudice della cautela per «la misura, anche congiunta e più grave» ed il giudice emettere a sua volta un distinto e successivo provvedimento.

In questo caso, però, la procedura apparirebbe non solo più farraginosa, ma soprattutto non in linea con la *ratio* generale dell'intervento legislativo, *ratio* improntata alla sollecitudine ed alla efficacia della iniziativa cautelare, secondo uno schema di previsione immediata e preventiva di aggravamento che già opera da tempo nell'art. 275-bis del codice di procedura penale (rifiuto del braccialeto da parte del detenuto ai domiciliari e carcere) e che, infatti, è stato pedissequamente riproposto con la novella del 2023.

Insomma, la differenziazione del regime dell'«aggravamento», relativamente alla ipotesi di «non fattibilità tecnica», con necessità solo in quest'ultimo caso di un «ulteriore provvedimento», sembra distonica in una prospettiva di interpretazione logica e sistematica della norma.



Per cui, appare corretto assumere che «con lo stesso provvedimento» che applica i braccialetti il giudice debba prevedere non solo «una misura più grave, anche congiunta, qualora l'imputato neghi il consenso» ai sistemi *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale, ma anche «l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi», «qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica» della sorveglianza elettronica.

Peraltro, l'utilizzo dell'indicativo, riferito al giudice che «impone» le «ulteriori misure», evoca un automatismo (come si dirà) dell'aggiuntivo intervento cautelare che sembra nuovamente militare per una sua previsione (immediata e preventiva) sin dal momento genetico, essendo sostanzialmente inutile una «seconda» richiesta del pubblico ministero per l'emissione di un (nuovo) provvedimento da parte del giudice, quando — di fronte alla «non fattibilità» — nessuna particolare valutazione in ordine all'«*an*» dell'aggravamento è rimessa all'autorità giudiziaria (a parte il «quomodo» del medesimo, in ogni caso obbligato, *cf. infra*).

Tale interpretazione rende pertanto immediatamente rilevante la questione di costituzionalità che si andrà ad esporre con riguardo all'art. 282-*bis* del codice di procedura penale, comma 6, ultimo periodo.

Ciò in quanto — si ribadisce — di tale norma il Collegio deve fare immediata applicazione «con lo stesso provvedimento» di applicazione della misura e delle contestuali prescrizioni accessorie relative ai sistemi *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale.

Par. 3) Non manifesta infondatezza.

Par 3.1) Aggravamento del regime.

La norma oggetto di scrutinio recita:

«Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi».

Secondo la disposizione, per il caso di accertata «non fattibilità tecnica», il regime cautelare deve ricevere una immediata modifica dal giudice.

Il legislatore, a riguardo, utilizza due volte la particella «anche».

Si impone al giudice l'applicazione «anche congiunta» di «ulteriori misure».

Si impone al Giudice l'applicazione di «ulteriori misure» «anche più gravi».

In tutte le ipotesi, a dispetto del tenore letterale della norma, l'effetto che deriva a carico dell'indagato è sempre quello di un aggravamento del regime cui è sottoposto.

Qualora infatti il giudice opti per l'applicazione «congiunta» di «ulteriori misure» (l'espressione «anche congiunta» postula chiaramente una scelta), il secondo «anche» («anche più gravi») consentirà all'organo decidente di applicare, in aggiunta, sia una misura più grave (divieto di dimora o arresti domiciliari) sia una misura meno grave (obbligo di presentazione alla PG).

In entrambi i casi, il trattamento che ne deriverà sarà peggiorativo per l'indagato, in quanto lo stesso si troverà soggetto alla vigenza non solo della misura originaria (ordine di allontanamento, con le prescrizioni accessorie di legge), ma anche della misura «aggiuntiva» (per quanto meno grave) disposta in relazione alla «non fattibilità tecnica», derivandone una maggiore compressione complessiva della sua sfera giuridica.

Il cumulo delle misure, in sostanza, è di per sé «*in malam partem*».

Qualora il giudice opti, invece, per l'applicazione «non congiunta» della «ulteriore misura», la misura (stavolta) «sostitutiva» non potrà che essere più grave di quella originaria, laddove la (seconda) locuzione «anche» (riferita alle «ulteriori misure anche più gravi») solo apparentemente conferisce al giudice un reale potere di scelta.

Ed infatti, una volta che il giudice decida di sostituire (e non cumulare) l'ordine di allontanamento con altra («ulteriore») misura, quest'ultima dovrà essere necessariamente più grave della prima.

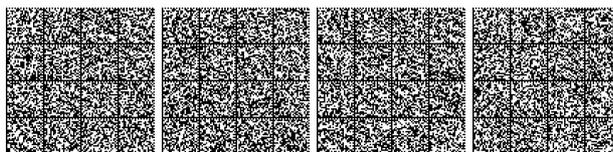
Ciò sulla scorta dell'incontestabile rilievo per cui sarebbe un controsenso logico-giuridico attenuare un regime *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale una volta che lo stesso non possa essere elettronicamente sorvegliato.

In sostanza, se si decide di applicare un ordine di allontanamento, è impossibile «tornare indietro» se, in sede di esecuzione, si scopre che lo stesso non può essere presidiato con i sistemi *ex art. 275-bis* del codice di procedura penale.

Tanto più che, se fosse stata adeguata una misura meno gravosa dell'ordine di allontanamento *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale, quest'ultimo non avrebbe dovuto essere emesso *ab origine*.

In definitiva, a dispetto della equivoca lettera della norma, l'unica sostituzione possibile della misura *ex art. 282-bis*, comma 6, ultimo periodo del codice di procedura penale è nel senso di una misura più grave.

E quando il legislatore evoca un potere di scelta sulla gravità delle ulteriori misure da applicare («anche più gravi») in realtà non può che riferirsi alla sola ipotesi di applicazione cumulativa.



Su tali basi, anche la applicazione «non cumulativa» (quindi sostitutiva) delle «ulteriori misure» ha un effetto negativo sulla sfera giuridica dell'indagato, comportandone un aggravamento del trattamento cautelare.

Par. 3.2) Obbligo per il giudice.

La norma prevede che, in caso di non fattibilità tecnica, il giudice «imponere» l'applicazione del regime cautelare più gravoso.

L'utilizzo dell'indicativo non sembra lasciare diversi margini interpretativi.

Il giudice è obbligato dalla legge a disporre il suddetto aggravamento.

Più volte, nel codice di rito, il legislatore, con specifico riguardo alla materia cautelare, ha posto un vincolo di tal fatta impiegando identica modalità espressiva.

L'indicativo è utilizzato nell'art. 275-*bis* del codice di procedura penale, quando si statuisce che il giudice prevede «l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere qualora l'imputato neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti»: ed è pacifico che, in questo caso, il diniego del consenso sia «causa automatica di applicazione della custodia cautelare in carcere» (Sez. U., sentenza n. 20769 del 2016).

L'indicativo è utilizzato nell'art. 276, comma 1-*ter* del codice di procedura penale quando si prevede che «il giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora», salvo che il fatto sia di lieve entità: ed è stato affermato da tempo che la trasgressione alle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, ove ritenuta non di lieve entità, determina la revoca obbligatoria di tale misura *ex art. 276, comma 1-ter*, del codice di procedura penale, seguita dalla sostituzione con la custodia in carcere, non dovendo il giudice previamente valutare le esigenze cautelari ovvero l'idoneità degli arresti domiciliari con modalità elettroniche di controllo (da ultimo, Cassazione Pen. Sez. 6, Sentenza n. 8630 del 24 gennaio 2024).

L'indicativo è utilizzato, ancora, nell'art. 321 comma 2-*bis* del codice di procedura penale dedicato ai delitti previsti dal Capo I del Titolo II del libro secondo del codice penale, quando si prevede che «il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca»: e nuovamente la Suprema Corte ha ritenuto che l'utilizzo di tale formula verbale abbia un significato di «presunzione di esistenza di esigenze cautelari», in quanto la norma consente al giudice il sequestro sulla scorta della mera confiscabilità della *res*, senza alcuna valutazione del *periculum in mora*, valutazione di contro richiesta ai sensi dell'art. 321, comma 2, del codice di procedura penale (Sez. UU [...], n. 36959/2021).

L'indicativo è da ultimo impiegato nella norma cardine delle presunzioni in materia cautelare, contenuta nell'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale.

In definitiva, secondo la disposizione in esame, al giudice non è dato apprezzare diversamente in punto di esigenze cautelari e/o adeguatezza.

Se vi è la «non fattibilità tecnica» del braccialetto, la misura cumulativa (più o meno grave) o sostitutiva (più grave) va disposta sempre.

Par. 3.3) La presunzione assoluta.

Il disposto normativo esprime, in tal modo, una presunzione «assoluta».

Per l'ipotesi di non «fattibilità tecnica», il legislatore «presume» che l'ordine di allontanamento *ex art. 282-bis* del codice penale, pur assistito da un divieto di avvicinamento, non sia (mai) idoneo a salvaguardare le esigenze cautelari *ex art. 274, lettera c)*, del codice di procedura penale ritenute dal giudice.

E sulla scorta di questo generalizzato «giudizio di inadeguatezza», correlato al mero dato della non fattibilità della sorveglianza elettronica, obbliga il Giudice a disporre un aggravamento del regime nei termini sopra enunciati, senza lasciare allo stesso alcun margine di diverso apprezzamento.

È di intuitiva evidenza la correlazione tracciabile tra tale nuova «presunzione» e la disposizione cardine delle presunzioni in tema di cautela personale contenuta nell'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale.

Già le SS.UU. n. 20769 del 2016 hanno ricordato «il ruolo decisivo» assunto dal giudice delle leggi nel confinare in ambiti ragionevoli le «presunzioni assolute di adeguatezza» (in quel caso, della sola custodia in carcere) in materia cautelare, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010.

Le plurime sentenze della Consulta hanno rimarcato a più riprese (sentenza n. 48 del 2015) come «i principi costituzionali di riferimento implicano che la disciplina della materia debba essere ispirata al principio del “minore sacrificio necessario”: la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto».



Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della «pluralità graduata», predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare, in corrispondenza, criteri per scelte «individualizzanti» del trattamento cautelare, coerenti e adeguate alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti.

Le valutazioni espresse dal giudice delle leggi in questo percorso «demolitorio» hanno evidenziato come «i limiti di legittimità delle misure cautelari risultino espressi, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, della Costituzione) — oltre che dalle riserve di legge e di giurisdizione (art. 13, secondo e quarto comma, della Costituzione) — anche e soprattutto dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, della Costituzione), a fronte della quale le restrizioni della libertà personale dell'indagato o dell'imputato nel corso del procedimento debbono assumere connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità.

Per cui, a partire dal 2010, la Corte costituzionale ha colpito con varie dichiarazioni di illegittimità costituzionale le presunzioni assolute di adeguatezza (del carcere) in materia cautelare.

Ribadendo un principio formulato sin dalla sentenza n. 139 del 2010, si è affermato in tali occasioni che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, e cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Nei casi in esame, a determinare il *vulnus* al principio di eguaglianza — e conseguentemente alle ragioni di tutela del diritto alla libertà personale e della presunzione di innocenza — era il carattere assoluto della presunzione di adeguatezza, che implicava una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minimo sacrificio necessario” della libertà personale dell'interessato».

Nel caso in esame, ritiene il Collegio che la presunzione assoluta di adeguatezza di un regime cautelare più severo, rispetto alla sola misura *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale, per l'ipotesi di «non fattibilità tecnica» della sorveglianza elettronica, sia «arbitraria ed irrazionale» perché:

non risponde ad un dato di esperienza generalizzante la necessità, sempre e comunque, di un ulteriore presidio cautelare a carico di un indiziato di reato *ex art. 572* del codice penale, per il solo fatto che non può essere attivato il «bracciale elettronico» nell'ambito della misura *ex art. 282-bis* del codice di procedura penale, tanto più quando — come nel caso — non vi sono elementi di pericolosità di particolare allarme sociale;

è agevole formulare «ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa», sol che si consideri come sia frequente che indagati per reati di violenza domestica, una volta allontanati dall'abitazione, con aggiuntivo divieto di avvicinamento, si astengono dal reiterare le condotte censurate a prescindere dalla sorveglianza elettronica, senza che sia affatto indefettibile intervenire ulteriormente *in malam partem* per assicurare gli effetti preventivi perseguiti *ex art. 274*, lettera *c*), del codice di procedura penale.

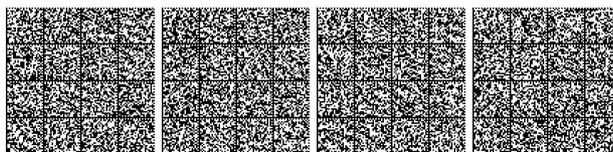
In definitiva, difetta nella specie una regola di esperienza sufficientemente condivisa circa la generale insufficienza della misura *ex art. 282-bis*, del codice di procedura penale a soddisfare le esigenze cautelari *ex art. 274*, lettera *c*), del codice di procedura penale in assenza di monitoraggio elettronico.

Tanto più che nel caso sottoposto a questo Collegio S. G. ha posto in essere una sola aggressione fisica in danno della coniuge (in data [...], *cf.*: denuncia), sta pienamente rispettando la misura senza violare il divieto di avvicinamento già disposto, ha addirittura presentato in data [...] ricorso per separazione giudiziale nei confronti di M. N. e sta dimostrando di accettare — anche civilisticamente — il nuovo assetto familiare conseguente alla rottura del rapporto di coppia.

Il che, se denota come nel caso di specie la mancanza di una sorveglianza elettronica potenzialmente non fattibile non giustifica affatto un regime cautelare (ancora) più severo ai danni di un indagato non particolarmente pericoloso, a maggior ragione conclama come, in generale, possano verificarsi facilmente situazioni interpersonali — di non particolare fibrillazione — nell'ambito delle quali la «presunzione assoluta di adeguatezza dell'aggravamento» (misura aggiuntiva o sostitutiva più grave), per il solo fatto che non possa applicarsi un bracciale, non riposa affatto su dati di esperienza solidi e congruenti.

La norma censurata sembra allora costituire un irragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore, violando gli articoli 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione.

Se viene sottratto al giudice il potere di adeguare la misura al caso concreto, rileva una violazione del principio di uguaglianza, realizzandosi un «appiattimento» tra situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse, con una uguale risposta cautelare.



Inoltre, dalla lettura combinata degli articoli 13 e 27 della Costituzione emerge l'esigenza di circoscrivere allo strettamente necessario le misure limitative della libertà personale, laddove la norma censurata stabilisce un automatismo applicativo di aggravamento tale da rendere inoperanti i criteri di proporzionalità e di adeguatezza, in contrasto:

con l'art. 13, primo comma, della Costituzione, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure privative della libertà personale;

con l'art. 27, secondo comma, della Costituzione, per l'attribuzione alla coercizione cautelare di tratti funzionali tipici della pena.

Come è stato già precisato in tema di presunzioni cautelari, ciò che vulnera i parametri costituzionali richiamati non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del «minore sacrificio necessario».

La presunzione deve essere relativa.

La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza dell'aggravamento — atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, pur suggerita da eventuali aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario — non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso e/o di adeguatezza di un regime più severo (sentenze n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011, e n. 265 del 2010).

Il Collegio pertanto ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 282-bis, comma 6, ultimo periodo del codice di procedura penale (come novellato dall'art. 12, comma 1, lettera c), della legge 24 novembre 2023, n. 168), secondo cui «Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi», nella parte in cui non recita ulteriormente «salvo che non le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto».

Con un inserimento di tale valvola di sicurezza, si consente al giudice di dar seguito ad un regime cautelare sufficientemente individualizzante e si resta all'interno di un ambito compatibile con i precetti costituzionali evocati.

Su tale linea si sono già espresse le SS.UU. della Suprema Corte di cassazione (Sez. U., sentenza n. 20769 del 2016) quando ci si è dovuti pronunciare su quali fossero i corretti parametri di valutazione cui ispirarsi nel momento in cui, dopo che si era disposta la misura degli arresti domiciliari con i sistemi di controllo *ex art. 275-bis*, del codice di procedura penale, si verificava l'ipotesi di «indisponibilità» del braccialetto elettronico.

Le SS.UU. ripercorrevano tutta la giurisprudenza costituzionale in tema di «presunzioni» di adeguatezza.

E sulla scorta di quei *dicta* rifiutavano ogni automatismo a favore del carcere, concludendo:

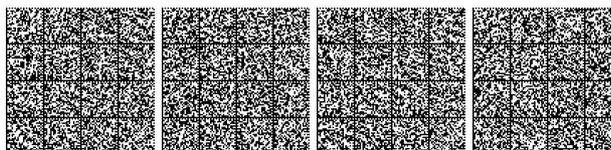
«Nella ipotesi di constatazione della carenza del dispositivo, il giudice ha l'onere di giustificare l'individuazione della specifica misura applicabile, alla luce della circostanza di fatto della indisponibilità del dispositivo. Tale interpretazione è l'unica compatibile con i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 13 della Costituzione».

Le SS.UU., pertanto, ribadivano che i principi costituzionali in tema di libertà personale impediscono di far discendere un effetto di aggravamento del regime cautelare da un elemento tendenzialmente estraneo rispetto al giudizio di adeguatezza (indisponibilità del braccialetto).

Si consideri peraltro che «i problemi tecnici e logistici che rendono impossibile l'installazione del “braccialetto elettronico” (la fattibilità tecnica) è “situazione assimilabile a quella di indisponibilità del suddetto strumento di controllo», per cui il tema oggi in esame è di fatto sovrapponibile a quello valutato dalle SS.UU. (*cf.* in motivazione Cassazione Pen. Sez. 2, sentenza n. 13735 del 2023).

Se allora «i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 13 della Costituzione» impongono che il giudice, una volta che manchino i braccialetti per i detenuti ai domiciliari, non deve «automaticamente» propendere per il carcere, ma «individuare la specifica misura applicabile» sulla scorta di una valutazione del caso concreto (ben potendo lasciare il soggetto agli arresti domiciliari semplici), analogamente oggi quegli stessi «principi costituzionali» impongono al legislatore di non sottrarre completamente al giudice, con la censurata presunzione assoluta a favore dell'aggravamento senza possibilità di prova contraria, la possibilità di individuare il regime cautelare più adeguato al caso concreto, nel caso di «non fattibilità tecnica» della sorveglianza elettronica nelle misure *ex art. 282-bis e ter* del codice di procedura penale.

Ad alimentare da ultimo i dubbi di legittimità costituzionali rimessi alla Consulta è lo stesso confronto tra il regime della «non fattibilità tecnica» normato nella disposizione di cui all'art. 282-bis, comma 6, cit. ed il regime del braccialetto elettronico regolato, in riferimento agli arresti domiciliari, all'art. 275-bis del codice di procedura penale.



Infatti, in questa ultima disposizione, pur innovata dalla legge n. 168/2023, il legislatore si guarda bene dal prevedere effetti di aggravamento automatico per il caso di «non fattibilità tecnica».

Nel caso in cui il giudice, nell'applicare i domiciliari, ritenga di dar seguito alla sorveglianza elettronica ma riscontri («previo accertamento») la «non fattibilità tecnica» della stessa, la norma tace.

Ne deriva che, in ipotesi di tal fatta, il giudice non potrà che (continuare ad) effettuare libere valutazioni di adeguatezza e optare per i domiciliari semplici o il carcere sulla scorta delle specifiche peculiarità della fattispecie rimessa al suo giudizio, secondo i principi — costituzionalmente orientati — tracciati dalle SS.UU. cit.

Sarà il caso concreto ad orientare l'apprezzamento giudiziale.

Non una presunzione (di aggravamento) priva di riscontro empirico.

In definitiva, la diversa ed ingiustificata modulazione dei riflessi sull'indagato della «non fattibilità tecnica» ex art. 275-bis del codice di procedura penale, operata dalle norme messe a confronto, rafforza i profili di fragilità del disposto normativo ex art. 282-bis, comma 6, cit., spingendo nel senso prospettato dal Collegio remittente onde armonizzare il sistema.

Par. 4) Impossibilità di interpretazione conforme.

La giurisprudenza della Corte costituzionale è notoriamente costante nell'affermare che, nel caso di contrasti giurisprudenziali, ovvero in mancanza di pronunce della Cassazione, finanche ove sussista un orientamento prevalente ma si registrino anche decisioni difformi (ordinanza n. 252 del 2005), prima di sollevare l'incidente di costituzionalità sia necessario verificare la praticabilità di interpretazioni alternative della disposizione che siano rispettose del dettato costituzionale.

Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché sia possibile darne, e qualche giudice ritenga di farlo, interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente compatibili (sentenze n. 356 del 1996, n. 308 del 2008, n. 113 del 2015; ordinanze n. 85 e n. 464 del 2007, n. 15 del 2011).

Di fronte a una pluralità di interpretazioni possibili di una disposizione, i giudici sono tenuti a ricercare e preferire quella costituzionalmente adeguata, rifiutando quelle costituzionalmente incompatibili, sicché la rimessione alla Corte diventa necessaria solo quando essi abbiano vanamente sperimentato la possibilità dell'interpretazione adeguatrice (sentenze n. 322 e n. 432 del 2007; ordinanze n. 226 del 2008 e n. 146, n. 310 e n. 338 del 2009, n. 110, n. 192 e n. 322 del 2010, n. 15 e n. 101 del 2011).

Tanto acclarato, si è tuttavia parimenti ritenuto che il punto fino al quale il giudice è tenuto ad esplorare la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata è da individuarsi nel l'univoco tenore della norma, elemento capace di segnare il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (sentenze n. 26 del 2010; ma anche sentenze n. 270 e n. 315 del 2010).

Orbene, ritiene il Collegio che la norma, per il suo tenore letterale, non si presti ad interpretazione diverse da quella per cui si dubita della legittimità costituzionale.

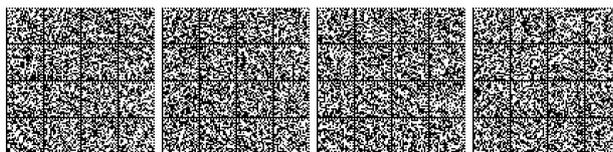
La norma, come ampiamente sopra argomentato, con l'utilizzo dell'indicativo («impone» ulteriori misure) e con le opzioni previste (cumulo delle ulteriori misure o sostituzione con misura più grave) obbliga il giudice, per il caso di «non fattibilità tecnica» del bracciale, a dare seguito ad un aggravamento del regime cautelare in danno dell'indagato, sulla scorta di una presunzione assoluta di adeguatezza che viola i precetti costituzionali evocati.

Ogni interpretazione che lasci spazio ad una diversa valutazione discrezionale del giudice appare in contrasto con la lettera della norma, dal che appare inevitabile chiedere l'intervento della Consulta.

Par. 5) Profili ulteriori di rilevanza.

Il Collegio ritiene rilevante l'intervento della Corte costituzionale (cfr: effettiva incidenza sulla decisione del giudizio *a quo* dell'intervento richiesto, ordinanze n. 403 del 2002, n. 70 e n. 111 del 2009, n. 264 del 2015), anche perché non intende applicare nei confronti dell'indagato «ulteriori misure cautelari» (né cumulativamente né in sostituzione) per l'ipotesi in cui non vi sia la fattibilità tecnica del bracciale (mentre la norma obbliga in questo senso, mediante la «presunzione assoluta» censurata).

S. G., infatti, pur avendo compiuto minacce ed atti di violenza nei confronti dei familiari, è soggetto certamente contenibile mediante un ordine di allontanamento ex art. 282-bis del codice di procedura penale, integrato con le prescrizioni accessorie richieste dal pubblico ministero, senza che sia necessario un regime più severo per il solo fatto che la sorveglianza elettronica da disporre sia, nel caso, «tecnicamente non fattibile».



Infatti, come già ricordato, S. G. ha posto in essere una sola aggressione fisica in danno della coniuge (in data [...], cfr: denuncia), sta pienamente rispettando la misura senza violare il divieto di avvicinamento già disposto, nonostante ad oggi nessuna sorveglianza elettronica sia stata attivata, ed ha addirittura presentato in data [...] ricorso per separazione giudiziale nei confronti di M. N.

Solo la Corte costituzionale, con la pronuncia che si sollecita, può evitare che l'aggravamento sia disposto in ogni caso.

La questione è «attualmente» rilevante, sebbene il Collegio nulla sappia in ordine alla «non fattibilità tecnica» della sorveglianza elettronica.

Secondo la disposizione in esame, infatti, il giudice precedente non può verificare preventivamente la fattibilità tecnica del sistema di controllo, ma è tenuto semplicemente ad applicarlo nonché a disporre contestualmente l'aggravamento per il caso in cui, in sede di esecuzione, sorgano problemi di attivazione.

Se tant'è, sin dal momento genetico della misura l'ordine di dubbia legittimità costituzionale viene emesso.

Ed è solo la sua materiale attuazione ad essere condizionata.

Nondimeno, ritiene questo ufficio remittente che l'aspetto «eventuale e successivo» della «non fattibilità tecnica» del braccialetto non incida sulla attualità della rilevanza della questione sollevata, in quanto il contenuto del provvedimento giurisdizionale da emettersi deve in ogni caso fare applicazione del precetto di cui si chiede il vaglio della Consulta («Ai fini della rilevanza, è sufficiente che il remittente debba fare applicazione in ogni caso nel giudizio *a quo* della norma denunciata», Corte costituzionale n. 216/1993).

D'altronde, nella fase esecutiva il giudice della cautela non avrebbe più alcun modo di sollevare la questione, avendo perso la disponibilità degli atti ed avendo in ogni caso già emesso l'ordine (di aggravamento) potenzialmente illegittimo (sulla tardività in questo caso della questione, per avvenuta pregressa applicazione della norma, ordinanza n. 176/2011 della Corte costituzionale).

In ogni caso, non sarebbe di ostacolo alla ammissibilità della questione l'essere stata la stessa sollevata nel corso di un procedimento cautelare allorché il giudice *a quo* non abbia provveduto in via definitiva sulla istanza cautelare, e non abbia, perciò, consumato la sua *potestas iudicandi* (sentenze n. 172 del 2012, n. 162 e n. 200 del 2014, n. 96 del 2015, n. 84 del 2016).

P.Q.M.

Visti gli articoli 134 della Costituzione e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva di ufficio la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3, 13 e 27 della Costituzione nei termini esplicitati in parte motiva, dell'art. 282-bis, comma 6, ultimo periodo del codice di procedura penale (come novellato dall'art. 12, comma 1, lettera c), della legge 24 novembre 2023, n. 168), secondo cui «Qualora l'organo delegato per l'esecuzione accerti la non fattibilità tecnica delle predette modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione, anche congiunta, di ulteriori misure cautelari anche più gravi», nella parte in cui non recita ulteriormente «salvo che non le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto».

Sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale ed ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone che, a cura della cancelleria, sia notificata la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e che della stessa sia data comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento nonché alle parti.

Napoli, 6 giugno 2024

Il Presidente: CANTONE

Il Giudice estensore: SCERMINO



N. 178

Ordinanza del 14 agosto 2024 del Tribunale di Brescia nel procedimento civile promosso da A. R. e G. D. srl in liquidazione contro Istituto nazionale della previdenza sociale - INPS

Sanzioni amministrative – Previdenza e assistenza – Omesso versamento delle ritenute previdenziale e assistenziali – Previsione che, se l'importo omesso non è superiore a euro 10.000 annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da una volta e mezza a quattro volte l'importo omesso.

- Decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463 (Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria e per il contenimento della spesa pubblica, disposizioni per vari settori della pubblica amministrazione e proroga di taluni termini), convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n. 638, art. 2, comma 1-bis, come modificato dall'art. 23, comma 1, del decreto-legge 4 maggio 2023, n. 48 (Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro), convertito, con modificazioni, nella legge 3 luglio 2023, n. 85.

TRIBUNALE ORDINARIO DI BRESCIA

LAVORO, PREVIDENZA ED ASSISTENZA OBBLIGATORIA

Nella causa civile iscritta al n. r.g. 595/2022.

Il giudice del lavoro dott. Mariarosia Pipponzi, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 24 giugno 2024 ha pronunciato la seguente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

Nella causa civile iscritta al n. r.g. 595/2022 promossa da A... R... (C.F. ...) nata a ..., il ..., residente in ..., via ..., in proprio e nella sua qualità di legale rappresentante di ... in liquidazione (C.F./P.Iva ..., corrente in ..., via ...), rappresentata assistita e difesa, anche disgiuntamente, dall'avv. Antonio Ramera (C.F. RMRNTN85B15B157Z; pec: antonio.ramera@brescia.pecavvocati.it; fax: 030.7833098) e dall'avv. Andrea Giliberto (C.F. GLBNDR85D23B157W; pec: andrea.giliberto@brescia.pecavvocati.it; fax: 030.7833098) entrambi del Foro di Brescia, ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Chiari (BS), vicolo Pace n. 1.

Ricorrente contro I.N. P.S. - Istituto nazionale della previdenza sociale, C.F. 80078750587, in persona del presidente *pro tempore*, con sede legale in 00144 - Roma, via Ciro il Grande n. 21 e sede territoriale in Brescia, via Benedetto Croce n. 32, elettivamente domiciliato nell'Avvocatura distrettuale dell'INPS in Brescia, via Pietro Bulloni n. 14, presso l'avv. Alessandro Mineo (c.f. MNILSN70P18F205T; indirizzo pec: avv.alessandro.mineo@postacert.inps.gov.it), che lo rappresenta e difende in forza di procura generale alle liti rep. 80974 del 21 luglio 2015 per atti Paolo Castellini notaio in Roma resistente.

Rilevato che R... A..., in proprio e quale legale rappresentante della ... in liquidazione, ha proposto tempestiva opposizione avverso le ordinanze ingiunzioni notificate in data ... dall'INPS (n. ..., prot. ... del ..., n. ... prot. ... del ... e n. ... prot. ... del ...) nelle quali, rilevata l'omissione nel versamento delle ritenute previdenziali, è stata irrogata la sanzione amministrativa rispettivamente di euro 21.500 per l'omissione relativa all'anno ..., di euro 22.500 per l'omissione relativa all'anno ... e di euro 29.000 per l'omissione relativa all'anno ..., per un totale di euro 73.000 complessive;

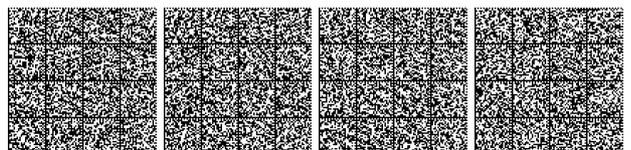
Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 3.809,55;

Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 714,06;

Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 2.628,73;

R... A..., nata il ..., ha evidenziato di essere stata titolare di uno storico punto vendita di calzature in Brescia che aveva dovuto cessare la sua attività per la crisi intervenuta nella prima decade del 2000 precisando che nel ... e nel ... non aveva ottenuto reddito e che aveva registrato nel ... rilevanti perdite per quasi euro 200.000 (a fronte di un volume di ricavi annui di circa euro 260/280.000 nei triennio in questione - *cfi*: doc. 2) e di aver dovuto porre in liquidazione la società nel ...;

Parte ricorrente ha sottolineato, in particolare, che l'omissione contributiva, peraltro non provata dall'istituto, dipendeva da una «scelta necessitata», dettata dall'impossibilità materiale di adempiere in presenza di un rilevante numero di creditori anche privilegiati da soddisfare e che, anche quando era pervenuta la diffida di pagamento nel ..., non era stata in grado materialmente di versare alcunché;



Parte ricorrente ha lamentato la sproporzione della cornice edittale rispetto tanto alla gravità (quantitativa e qualitativa) dell'illecito quanto a fattispecie sanzionatorie assimilabili che analiticamente richiamava ed ha sottolineato che l'entità della sanzione amministrativa irrogata, sia considerata per ciascuna violazione, sia valutata nel suo complesso ne attestava la natura «sostanzialmente penale» sulla base dei criteri di cui alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dalla sentenza Engel;

R... A..., ha affermato che, benché l'omissione del versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali risultata punita sia con una sanzione amministrativa sia con una sanzione penale, a seconda che la violazione superi o meno una soglia data, la sanzione amministrativa - astrattamente prevista per le fattispecie «sotto soglia» e quindi meno gravi - si palesa sempre maggiormente afflittiva di quella penale, tale da rendere l'intera disciplina del tutto incongrua, illogica e irrazionale, oltre che criminogena;

Parte ricorrente eccepiva, quindi, l'incostituzionalità dell'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge n. 463/1983 convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, come sostituito dall'art. 3, comma 6, del decreto legislativo n. 8 del 2016 per contrasto con l'art. 3 della Costituzione nonché con l'art. 27, comma 3, della Costituzione osservando che: *a)* è irrazionale trattare più severamente una violazione più lieve e meno severamente una violazione più grave, tanto più se le due violazioni sono di identica specie e se pertanto la loro comparazione risulta immediata e obiettiva; *b)* la particolare afflittività della sanzione amministrativa, in uno con la corrispondente scarsissima severità della sanzione penale, non può che comportare effetti criminogeni, apparendo obiettivamente di gran lunga più conveniente per il datore di lavoro e per il suo legale rappresentante omettere il versamento di ritenute per importi superiori alla soglia di punibilità penale, in modo tale da accedere ad un regime più favorevole;

L'Inps, nel costituirsi in giudizio, premesso di aver notificato, in presenza di omessi versamenti di importo inferiore alla soglia di rilevanza penale (euro 10,000,00), tre accertamenti di violazione a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3, comma 6, del decreto legislativo n. 8/2016, che ha sostituito l'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, cui non aveva fatto seguito alcun pagamento entro i termini di legge, ha prodotto le denunce contributive provenienti dalla società ... (sub doc.1) e cinque avvisi di addebito regolarmente notificati alla società senza nulla replicare in merito all'eccezione sollevata da controparte circa la sproporzionalità ed irragionevolezza della previsione normativa;

Questo giudice ha pertanto sollevato, con ordinanza in data 16 febbraio 2022, la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, come sostituito dall'art. 3, comma 6, del decreto legislativo n. 8 del 2016 nella parte in cui prevede «Se l'importo omesso non è superiore a euro 10.000 annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000» per contrarietà all'art. 3 della Costituzione.

La Corte costituzionale, con ordinanza del 10 ottobre 2023 pubblicata in data 8 novembre 2023, ha restituito gli atti rimettendo al giudice *a quo* di rivalutare sotto il profilo della rilevanza e della non manifesta infondatezza la questione sollevata tenendo conto delle intervenute modifiche legislative sul comma censurato operate dal decreto-legge n. 48 del 2023 come convertito che ha sostituito le parole «da euro 10.000 a euro 50.000» con le parole «da una volta e mezza a quattro volte l'importo omesso» dando atto che l'art. 23 del citato decreto come convertito poteva trovare applicazione retroattiva;

Riassunto il giudizio la parte ricorrente, preso atto delle rideterminazione operata dall'INPS in applicazione della normativa sopravvenuta, ha nuovamente insistito per la rimessione alla Corte costituzionale producendo un grafico da cui si poteva evincere che la modifica in esame, cui si era aggiunta quella introdotta dal decreto legislativo n. 150 del 10 ottobre 2022, aveva finito per amplificare il divario tra le due fattispecie, quella sanzionata in via amministrativa e quella di rilevanza penale, «rendendosi evidente come la prima finisca irragionevolmente per essere sempre e sistematicamente più afflittiva della seconda, inverando i vulnere di legittimità costituzionale già lamentati in atti, tanto sub art. 3 della Costituzione quanto sub art. 27, comma 3, della Costituzione».

In seguito alla rideterminazione dell'INPS la sanzione amministrativa irrogata è rispettivamente di euro 5.714,33 per l'omissione relativa all'anno ..., di euro 1.428,12 per l'omissione relativa all'anno ... e di euro 6.571,83 per l'omissione relativa all'anno ..., per un totale di euro 13.714,28 complessive.. Si rammenta che:

Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 3.809,55;

Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 714,06;

Per l'anno ... l'omissione contestata era il mancato versamento di ritenute pari ad euro 2.628,73;



O S S E R V A

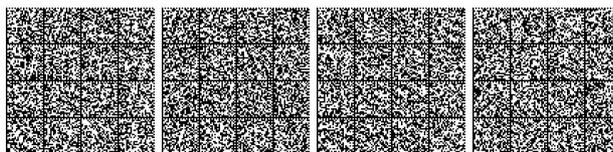
Ad avviso del sottoscritto giudice l'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, nel testo sostituito dall'art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 48 del 2023, come convertito dalla legge 3 luglio 2023, n. 85, nella *Gazzetta Ufficiale* 3 luglio 2023, n. 153, nella parte in cui prevede «Se l'importo omesso non è superiore a euro 10.000 annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da una volta e mezza a quattro volte l'importo omesso» pone dubbi di compatibilità con l'art. 3 della Costituzione e pertanto la questione va nuovamente rimessa alla Corte costituzionale.

Quanto alla rilevanza

I motivi di opposizione afferenti l'insussistenza della prova dell'effettivo versamento delle retribuzioni relative alle omissioni contributive di cui agli atti impugnati non possono essere accolti alla luce dell'ampia ed esaustiva documentazione prodotta dall'INPS. Infatti la presentazione delle denunce mensili con modello DM10 da parte del datore di lavoro attestanti le retribuzioni corrisposte ai dipendenti e l'ammontare degli obblighi contributivi è prova della effettiva corresponsione degli emolumenti ai lavoratori (*cf. ex multis* anche di recente Cassazione penale, Sez. III, sentenza n. 23185 e Cassazione penale Sez. III 26579.2021).

I motivi di opposizione concretandosi nel rilievo che la grave crisi aziendale, che aveva costretto alla messa in liquidazione della società (di cui la ricorrente già ultraottantenne era socia al 98%), avesse impedito il versamento delle ritenute non possono essere accolti in quanto, come da tempo chiarito dalla Corte di Cassazione, la responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento delle ritenute non è esclusa dalla situazione di crisi economica in cui versa l'impresa (*cf. ex multis* Cassazione, 12 luglio 2019, n. 42113, e Cassazione Sezione III, 12 febbraio 2015, n. 11353, proprio in riferimento al caso di una società messa in liquidazione), non rilevando neppure la circostanza, pure dedotta in ricorso, che le (scarse) risorse finanziarie fossero state destinate a far fronte ai crediti retributivi vantati dai lavoratori o comunque da altri creditori muniti di privilegio. La giurisprudenza di legittimità ha, più volte, ribadito che, essendo le ritenute previdenziali parte integrante della stessa retribuzione, il datore di lavoro sarebbe tenuto a ripartire le risorse esistenti al momento di corrispondere i compensi ai lavoratori dipendenti in modo da poter adempiere all'obbligo del versamento delle ritenute, anche se ciò possa riflettersi sulla possibilità di pagare integralmente le retribuzioni medesime (Cassazione Sezione III, 25 settembre 2007, n. 38269).

Quando alla dedotta sproporzionalità ed irragionevolezza delle sanzioni irrogate, non pare percorribile la via della disapplicazione della norma interna, sulla base dei principi affermatasi nell'ambito dell'Unione, per ripristinare la proporzionalità della misura della punizione rispetto all'illecito come segnalato dai più recenti interventi dalla Corte di giustizia UE (*cf. Corte di giustizia UE 8 marzo 2022, C. 205-20; Corte di giustizia UE 3 marzo 2020, C. 482-18*). Come noto, il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili (*cf. in tal senso*, sentenze del 26 aprile 2017, Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, punto 59, e del 27 gennaio 2022, Commissione/Spagna, C-788/19, EU:C:2022:55, punto 48). Tuttavia, benché ad avviso di questo giudice, si sia in presenza di sanzioni sostanzialmente penali in base ai criteri di cui alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Cf. Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, Engel e al. v. Paesi Bassi e Corte EDU, 21 febbraio 1984, Öztürk v. Germania, paragrafo 52, in Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894), il principio di proporzionalità di cui all'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato, non pare direttamente applicabile alla presente fattispecie. Invero nei casi sottoposti alla Corte CEDU, diversamente dal caso in esame, si discuteva circa l'applicazione delle norme interne con le quali si era data attuazione alle direttive comunitarie. A ciò deve aggiungersi che l'art. 6 del decreto legislativo n. 8\2016 che recita «Nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni delle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689», rappresenta, appunto, la declinazione del principio di proporzionalità. In forza di tale principio, dunque, la sanzione inflitta deve essere proporzionata alla gravità dell'infrazione e nella sua concreta determinazione occorre che il giudice possa tenere conto delle particolari circostanze del caso come delineate dall'art. 11 della legge n. 689\1981. Tuttavia la disposizione censurata prevede, come del resto sottolineato dalla stessa Corte costituzionale nella ordinanza n. 199\2023, ancora un importo minimo tassativamente determinato in misura pari ad una volta e mezza l'importo omesso che impedisce ancora, nei casi di più lieve entità della violazione, di applicare i criteri di commisurazione della sanzione di cui all'art. 11 della legge n. 689\1981 e quindi di considerare la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché la personalità dello stesso e le sue condizioni economiche.



La sproporzione della sanzione irrogata rispetto all'entità, nella specie, molto contenuta delle ritenute previdenziali di cui è stato omesso il versamento nonché alla personalità dell'autore della violazione (si tratta delle prime ed uniche violazioni poste in essere) e delle sue condizioni economiche come emergenti dalla documentazione prodotta dalla ricorrente (peraltro non contestate dall'INPS), non potrebbe essere superata neppure in seguito alla rideterminazione, ai sensi dell'art. 9, comma 5, del decreto legislativo n. 8 del 2016, sulla base delle indicazioni di cui alla nota del direttore generale dell'INPS n. 3516 del 27 settembre 2022 (con allegata tabella contenente il nuovo meccanismo di determinazione, che tiene conto di coefficienti predefiniti di conteggio) stante la tassatività del minimo edittale per ciascuna violazione che preclude allo stesso Istituto la concreta possibilità di commisurare la sanzione all'illecito posto in essere.

A questo giudice sarebbe consentito di annullare le ordinanze opposte e di rimodulare la sanzione nel rispetto del principio di proporzionalità solamente ove venisse espunto dal testo della norma in esame il riferimento al limite minimo «da una volta e mezza ... l'importo omesso» per la sanzione amministrativa pecuniaria degli importi non versati sotto soglia penale.

Quanto alla non manifesta infondatezza

Ad avviso di questo giudice il minimo edittale, seppur nella misura modificata dalla normativa sopravvenuta, per la sanzione amministrativa sotto soglia penale conduce a risultati sanzionatori sproporzionati rispetto alla gravità dell'illecito posto in essere e ad una evidente irrimediabile disparità di trattamento in relazione alle condizioni economiche dell'autore del fatto in violazione del disposto dell'art. 3 della Costituzione.

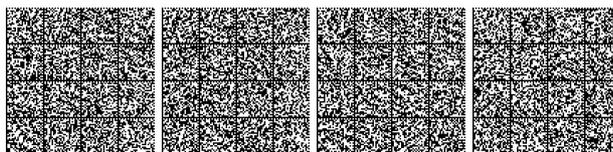
Come esaustivamente chiarito nella sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022 l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene che incontra il limite della manifesta sproporzione ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 27, terzo comma, della Costituzione «non può non valere anche per la pena pecuniaria, che è una sanzione criminale a tutti gli effetti, seppur con una precisazione imposta dalla sua stessa natura» nonché per le sanzioni amministrative. Nella sentenza della Corte si legge infatti: «Analogamente, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, l'art. 11 della legge n. 689 del 1981 dispone che, in sede di determinazione di tali sanzioni, si debba tenere conto, oltre che della gravità della violazione e di eventuali condotte compiute dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle sue conseguenze, anche della personalità e delle condizioni economiche dell'agente medesimo; mentre, nel settore specifico delle violazioni in materia di tutela dei mercati finanziari - caratterizzato da sanzioni pecuniarie amministrative di natura punitiva e di impatto potenzialmente assai significativo - l'art. 194-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) parimenti dispone che nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni debba tenersi conto, tra l'altro, della «capacità finanziaria del responsabile della violazione» (comma 1, lettera c).»

Ne consegue che il suddetto limite costituzionale esclude, più in particolare, che la severità della pena possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito come «accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità.»

Orbene, nel caso in esame, l'art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 48 del 2023 come convertito ha modificato l'originaria formulazione dell'art. 2, comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, per scriminare i fatti che hanno ancora rilevanza penale da quelli per i quali sono previste le sole sanzioni amministrative pecuniarie. In tal modo le fattispecie di illecito che lo stesso legislatore ha ritenuto di maggiore gravità, sul presupposto oggettivo del superamento della soglia di euro 10.000,00, sono punibili ora «con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032.» mentre le fattispecie di illecito di minore gravità, sotto la soglia di euro 10.000,00, sono ora punite con una sanzione amministrativa che va da un minimo pari ad una volta e mezza l'importo omesso sino a quattro volte l'importo omesso.

Ad avviso del sottoscritto giudice mentre il limite massimo, seppur elevato, consente all'Inps prima e comunque al giudice in sede di opposizione di graduare la sanzione utilizzando i criteri di cui al più volte citato art. 11 della legge n. 689\1981 e quindi di proporzionare la sanzione all'illecito concretamente posto in essere ed alla condizione soggettiva del suo autore, altro non si può dire dell'importo minimo che, appunto, vincola il giudice all'inflizione di pene che sono chiaramente eccessive soprattutto per i casi, come quello in esame, in cui l'entità delle ritenute di cui è stato omesso il versamento è di modesta entità e/o dipende da circostanze esterne sulle quali non sempre può incidere il comportamento dell'autore.

Inoltre il limite minimo di importo comunque elevato pone una irragionevole disparità di trattamento fra i trasgressori della norma per le omissioni contributive sotto la soglia di rilevanza penale fino all'omissione di euro 10.000 che la modifica introdotta non consente di superare: in astratto il trasgressore che massimamente viola il precetto normativo



nel suo massimo valore sottosoglia (per importi paria ad euro 10.000) può soffrire una sanzione amministrativa che, nella sua previsione massima, è pari a quattro volte l'importo omesso e può essere graduata dal giudice. Diversamente, il trasgressore per un importo minimo oggetto della omissione che si collochi, come nel caso di specie al di sotto di 1000 euro (714,06), verrebbe comunque sanzionato con un importo rilevante (nel caso in esame pari ad euro 1.428,12) a prescindere dalle sue condizioni economiche o dalla tenuità della condotta posta in essere o dalla sua personalità ect., con un'evidente asimmetria di trattamento dei cittadini che, violando con diversa gravità il precetto normativo, non vedono tale diversa gravità altrettanto diversamente ponderata e graduata nella determinazione della sanzione.

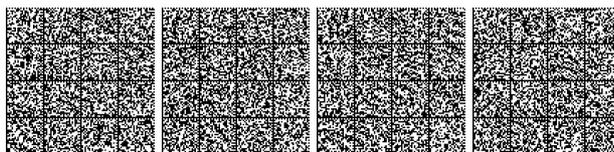
Al tempo stesso, la disposizione censurata ha finito per trasformare l'attuata depenalizzazione in un privilegio per coloro che hanno posto in essere le omissioni più rilevanti sia che si tratti di plurime omissioni di versamenti di ritenute sotto soglia (ma di apprezzabile entità ovvero prossime ai 10.000,00 euro) sia che si tratti di singole o plurime omissioni di versamenti di ritenute sopra la soglia e ciò in evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione. A quest'ultimo proposito, ove si consideri che coloro che hanno posto in essere fatti di rilevanza penale sono puniti «con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032.» e che il limite minimo previsto per la reclusione è stabilito nella durata di quindici giorni, dall'art. 23 del codice penale, appare evidente che la modulazione della pena per il reato operata dal giudice penale sulla base delle circostanze del caso concreto, unita alla possibilità di ottenere la conversione in pena pecuniaria (a prescindere dagli altri istituti sostitutivi della pena cui il reo può accedere) finisce per assoggettare ad un trattamento peggiore proprio coloro che hanno posto in essere i fatti più lievi. Tale disparità di trattamento emerge con evidenza se si considera il tasso di conversione della reclusione in pena pecuniaria (previsto dall'art. 53, legge n. 689/2018, per le pene detentive brevi e, in generale, l'art. 135 del codice penale) risultante dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 28 del 2022 che ha inciso sull'entità dell'importo minimo di conversione. In applicazione dei parametri indicati dalla Corte è agevole verificare che la sanzione amministrativa - astrattamente prevista per le fattispecie «sotto soglia» e quindi meno gravi - si palesa sempre maggiormente afflittiva di quella penale, tale da rendere l'intera disciplina del tutto incongrua, illogica e irrazionale. Infatti, applicando il tasso di conversione della pena della reclusione alla sanzione amministrativa, si può rilevare che la sanzione amministrativa in presenza di una violazione inferiore a 1.000 euro come nel caso di specie (714,06) nel minimo come rideterminata «corrisponde» a diciannove giorni di reclusione (euro 1.487,00/euro 75 giornalieri), mentre per coloro che hanno posto in essere omissioni oltre la soglia di euro 10.000,00 essendo il limite minimo della reclusione pari a quindici giorni, il minimo della pena pecuniaria irrogabile in sede di conversione si attesta su euro 1.125,00 (75 euro per quindici). Peraltro, essendo tale valore previsto sino a sei mesi di reclusione, il ragguaglio consente di evidenziare che per i fatti punibili con la reclusione in caso di sostituzione con pena detentiva la forbice è compresa tra un minimo di euro 1.125 (75 euro x quindici giorni) ed un massimo di euro 13.500 (75 euro x centottanta giorni) cui va aggiunta la multa, prevista dal minimo legale di euro 50 (cfr. art. 24 del codice penale), che tuttavia il giudice può proporzionare alla situazione concreta sottoposta al suo esame.

La disparità di trattamento in senso peggiore rispetto ai fatti di più lieve entità non necessita di ulteriore commento.

Il limite minimo di sanzione amministrativa risulta comunque pur sempre irragionevole e sproporzionato ove si consideri che con decreto legislativo n. 150 del 10 ottobre 2022 è stato ridisegnato anche il quadro generale delle cd. sanzioni sostitutive di pene detentive brevi in precedenza regolamentate dalla legge n. 689/1981. Sicché, per coloro che abbiano superato la soglia dei 10.000 euro di omesso versamento di ritenute, il giudice penale potrà procedere a sostituire la pena detentiva breve (prevista per i casi di minor rilevanza, ma pur sempre sopra la soglia) applicando il valore della quota giornaliera che ora «non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 2.500 euro» e va commisurata alle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato, ottenendo così il risultato di irrogare una pena pecuniaria proporzionata all'illecito posto in essere ed alla situazione anche reddituale del suo autore. Possibilità, viceversa, del tutto preclusa in sede civile per coloro che hanno posto in essere gli illeciti di minor gravità.

Le risultanze sino ad ora ottenute determinano quantomeno la violazione dell'art. 3 della Costituzione poiché appare evidentemente irrazionale trattare più severamente una violazione più lieve e meno severamente una violazione più grave, tanto più se le due violazioni sono di identica specie e se pertanto la loro comparazione risulta immediata e obiettiva. Inoltre la segnalata impossibilità per il giudice civile di graduare la sanzione amministrativa accentua la maggior afflittività di quest'ultima determinando risultati del tutto abnormi in punto di disparità di trattamento come sopra già evidenziato. È appena il caso di aggiungere che tale conclusione si appalesa ancor più afflittiva per coloro che, come la R..., hanno posto in essere la condotta illecita in anni precedenti la modifica normativa introdotta con il decreto legislativo n. 8/2016.

Infine questo giudice rileva che qualora l'eccezione sollevata trovasse accoglimento, non vi sarebbe un vuoto normativo in quanto l'art. 6 del decreto legislativo n. 8 del 2016 ha operato un richiamo specifico alle Sezioni I e II del Capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, e di conseguenza sarebbe applicabile l'art. 10 «la sanzione amministrativa pecuniaria consiste nel pagamento di una somma non inferiore a 10 euro» considerando che l'art. 12 citato decreto



a sua volta prevede «le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale.»

Peraltro, come sottolineato nella più volte richiamata sentenza n. 28\2022 della Corte costituzionale, «l'impossibilità di individuare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata al vulnus denunciato» può essere superata «ben potendo questa Corte reperire essa stessa soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accoglimento della questione; ferma restando poi la possibilità per il legislatore di individuare, nell'esercizio della propria discrezionalità, una diversa soluzione nel rispetto dei principi enunciati da questa Corte. E ciò tanto in materia di dosimetria sanzionatoria (sentenze n. 185 del 2021, n. 40 del 2019, n. 233 e n. 222 del 2018, n. 236 del 2016), quanto altrove (*ex multis*, sentenze n. 63 del 2021, n. 252 e n. 224 del 2020, n. 242 del 2019 e n. 99 del 2019). Un tale adeguamento, come rileva l'odierno rimettente, deve ritenersi imposto dal principio di eguaglianza, da cui discende il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, secondo comma, della Costituzione). Nella prospettiva di un'eguaglianza «sostanziale» e non solo «formale», il vaglio che questa Corte è chiamata a compiere sulla manifesta sproporzione della pena pecuniaria non potrà che confrontarsi con il dato di realtà del diverso impatto del medesimo quantum di una tale pena rispetto a ciascun destinatario. Tale diverso impatto esige di essere «compensato» attraverso uno di quei rimedi cui aveva fatto cenno la sentenza n. 131 del 1979, in modo che il giudice sia posto nella condizione di tenere debito conto - nella commisurazione della pena pecuniaria - delle condizioni economiche del reo, oltre che della gravità oggettiva e soggettiva del reato».

P. Q. M.

Visto l'art. 134 della Costituzione e l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 2, comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638 come sostituito dall'art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 48\203 convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio 2023, n. 85 (in Gazzetta Ufficiale 3 luglio 2023, n. 153) nella parte in cui prevede «Se l'importo omissso non è superiore a euro 10.000 annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da una volta e mezza... l'importo omissso» per contrarietà all'art. 3 della Costituzione.

Sospende il presente procedimento;

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

Dispone che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza venga notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai presidenti delle due Camere del Parlamento.

Si comunichi.

Brescia, 14 agosto 2024

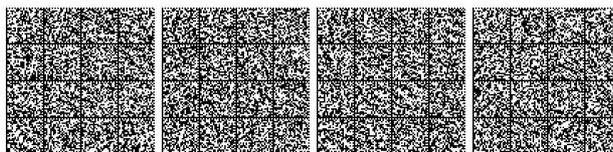
Il Giudice: PIPPONZI

24C00214

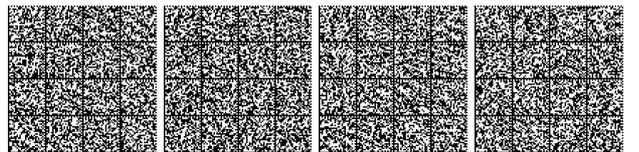
MARGHERITA CARDONA ALBINI, *redattore*

DELIA CHIARA, *vice redattore*

(WI-GU-2024-GUR-040) Roma, 2024 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.



pagina bianca pagina bianca pagina bianca pagina bianca pagina bianca



MODALITÀ PER LA VENDITA

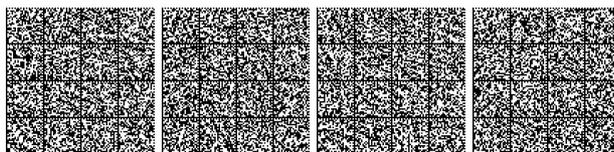
La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- presso il punto vendita dell'Istituto in piazza G. Verdi, 1 - 00198 Roma ☎ 06-8549866**
- 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 S.p.A.
Vendita Gazzetta Ufficiale
Via Salaria, 691
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.



pagina bianca pagina bianca pagina bianca pagina bianca pagina bianca



**CANONI DI ABBONAMENTO (salvo conguaglio)
validi a partire dal 1° GENNAIO 2024**

GAZZETTA UFFICIALE – PARTE I (legislativa)

CANONE DI ABBONAMENTO

Tipo A	<u>Abbonamento ai fascicoli della Serie Generale, inclusi tutti i supplementi ordinari:</u> (di cui spese di spedizione € 257,04)* (di cui spese di spedizione € 128,52) *	- annuale € 438,00 - semestrale € 239,00
Tipo B	<u>Abbonamento ai fascicoli della 1ª Serie Speciale destinata agli atti dei giudizi davanti alla Corte Costituzionale:</u> (di cui spese di spedizione € 19,29)* (di cui spese di spedizione € 9,64)*	- annuale € 68,00 - semestrale € 43,00
Tipo C	<u>Abbonamento ai fascicoli della 2ª Serie Speciale destinata agli atti della UE:</u> (di cui spese di spedizione € 41,27)* (di cui spese di spedizione € 20,63)*	- annuale € 168,00 - semestrale € 91,00
Tipo D	<u>Abbonamento ai fascicoli della 3ª Serie Speciale destinata alle leggi e regolamenti regionali:</u> (di cui spese di spedizione € 15,31)* (di cui spese di spedizione € 7,65)*	- annuale € 65,00 - semestrale € 40,00
Tipo E	<u>Abbonamento ai fascicoli della 4ª serie speciale destinata ai concorsi indetti dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni:</u> (di cui spese di spedizione € 50,02)* (di cui spese di spedizione € 25,01)*	- annuale € 167,00 - semestrale € 90,00
Tipo F	<u>Abbonamento ai fascicoli della Serie Generale, inclusi tutti i supplementi ordinari, ed ai fascicoli delle quattro serie speciali:</u> (di cui spese di spedizione € 383,93)* (di cui spese di spedizione € 191,46)*	- annuale € 819,00 - semestrale € 431,00

N.B.: L'abbonamento alla GURI tipo A ed F comprende gli indici mensili

PREZZI DI VENDITA A FASCICOLI (oltre le spese di spedizione)

Prezzi di vendita: serie generale	€ 1,00
serie speciali (escluso concorsi), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo serie speciale, <i>concorsi</i> , prezzo unico	€ 1,50
supplementi (ordinari e straordinari), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE II

(di cui spese di spedizione € 40,05)*	- annuale € 86,72
(di cui spese di spedizione € 20,95)*	- semestrale € 55,46

Prezzo di vendita di un fascicolo, ogni 16 pagine o frazione (oltre le spese di spedizione) € 1,01 (€ 0,83+IVA)

Sulle pubblicazioni della Parte II viene imposta I.V.A. al 22%. Si ricorda che in applicazione della legge 190 del 23 dicembre 2014 articolo 1 comma 629, gli enti dello Stato ivi specificati sono tenuti a versare all'Istituto solo la quota imponibile relativa al canone di abbonamento sottoscritto. Per ulteriori informazioni contattare la casella di posta elettronica editoria@ipzs.it.

RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI

Abbonamento annuo	€ 190,00
Abbonamento annuo per regioni, province e comuni – SCONTO 5%	€ 180,50
Volume separato (oltre le spese di spedizione)	€ 18,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

Per l'estero, i prezzi di vendita (in abbonamento ed a fascicoli separati) anche per le annate arretrate, compresi i fascicoli dei supplementi ordinari e straordinari, devono intendersi raddoppiati. Per il territorio nazionale, i prezzi di vendita dei fascicoli separati, compresi i supplementi ordinari e straordinari, relativi anche ad anni precedenti, devono intendersi raddoppiati. Per intere annate è raddoppiato il prezzo dell'abbonamento in corso.

Le spese di spedizione relative alle richieste di invio per corrispondenza di singoli fascicoli vengono stabilite di volta in volta in base alle copie richieste.

Eventuali fascicoli non recapitati potranno essere forniti gratuitamente entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del fascicolo. Oltre tale periodo questi potranno essere forniti soltanto a pagamento.

**N.B. – La spedizione dei fascicoli inizierà entro 15 giorni dall'attivazione da parte dell'Ufficio Abbonamenti Gazzetta Ufficiale.
RESTANO CONFERMATI GLI SCONTI COMMERCIALI APPLICATI AI SOLI COSTI DI ABBONAMENTO**

* tariffe postali di cui alla Legge 27 febbraio 2004, n. 46 (G.U. n. 48/2004) per soggetti iscritti al R.O.C





€ 4,00

