

Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni

a cura di

Alessandro Candido, Francesco Conte, Giacomo Delledonne
Andrea Guazzarotti, Michele Massa (coord.), Elio Sparacino

numero 4 del 2016
(luglio-settembre 2016)

Ricorsi in via d'azione

Ricorso n. 31 del 2016 STATO CONTRO PUGLIA XYLELLA CONTRO TAP

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, depositato in cancelleria il 16 giugno
2016,
in GU, 1a serie speciale, n. 30 del 2016

[Legge della Regione Puglia 11 aprile 2016, n. 7, art. 1]

(Cost., artt. 3, 41-43, 117, primo e terzo comma, 118 e 120; TUE, artt. 43 e 49;
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 29, comma 2; legge 23 agosto 2004, n. 239, art. 1,
commi 7 e 8)

La legge pugliese impugnata **vieta la modifica della destinazione urbanistica per le aree del territorio regionale, in cui, a causa della xylella, siano stati espianati, abbattuti o spostati ulivi**. È prevista una deroga solo per le opere pubbliche che non sia possibile localizzare altrove, che servano alla tutela dell'incolumità o dell'ambiente, e che presentino ulteriori requisiti (progettazione esecutiva, "cantierabilità" immediata, accertato adempimento alle prescrizioni di VIA, coerenza con opere accessorie e contesto produttivo territoriale). Secondo la difesa statale, **il vincolo interferisce con la realizzazione di opere private (fuori terra) di interesse pubblico – anzi di preminente interesse nazionale – come quelle per la connessione della *Trans Adriatic Pipeline* con la rete nazionale: precisamente, la norma censurata vieta alla Regione di concedere l'intesa necessaria, ai sensi della legislazione statale, per la realizzazione di tali opere**. Così facendo, la norma regionale viola una lunga serie di parametri, tra cui quelli che garantiscono le competenze statali in materia di determinazione della rete nazionale dei gasdotti e realizzazione per le opere necessarie alla sicurezza del sistema energetico e dell'approvvigionamento. [M. Massa]

Ricorso n. 32 del 2016
LE MOSCHEE DEL VENETO (DOPO QUELLE DELLA LOMBARDIA):
COMPETENZE REGIONALI E TUTELA DEL DIRITTO ALLA LIBERTA' RELIGIOSA

Ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, depositato in cancelleria il 21 giugno
del 2016,

in GU, 1a serie speciale, n. 31 del 2016

[Legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12, art. 2]

[Cost., artt. 2, 3, 8, 19, 20, 117 comma 2 lett. c) e h).]

L'art. 2 della legge regionale Veneto n. 12 del 2016 ha modificato la legge n. 11 del 2004 in materia di governo del territorio e del paesaggio; precisamente, la norma impugnata ha inserito gli artt. 31bis e 31ter.

L'art. 31bis demanda alla Regione e ai comuni del Veneto, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, il compito di **individuare i criteri e di descrivere le modalità** per la realizzazione di nuove strutture religiose; la norma in questione, secondo quanto sostenuto dallo Stato ricorrente, opera una **distinzione illegittima** tra la Chiesa Cattolica, le confessioni che abbiano stipulato un'intesa con lo Stato italiano e le altre confessioni religiose che non abbiano sottoscritto alcun accordo.

Tale disciplina contrasterebbe, pertanto, con quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 3, 8 e 19 della Costituzione sotto diversi aspetti.

Sotto un primo profilo, la violazione sarebbe data dal fatto che la norma rimanda ad una scelta pienamente discrezionale degli organi esecutivi della Regione e dei singoli comuni l'individuazione dei criteri e della modalità per la concessione delle autorizzazioni; ciò comporterebbe il rischio di veder emanati provvedimenti potenzialmente discriminatori nei confronti di alcuni enti religiosi.

Una potenziale discriminazione, inoltre, sarebbe già provocata dalla lettera della norma impugnata nel momento in cui, come detto, usa quale criterio distintivo tra le diverse confessioni religiose l'aver sottoscritto un'intesa con lo Stato italiano. Ciò in quanto la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che il legislatore **non può operare alcuna discriminazione tra le diverse confessioni religiose in base all'esistenza o meno di un'intesa**, pena la violazione della libertà religiosa sancita dall'art. 19 Cost; la libertà di culto è da considerarsi, infatti, un aspetto essenziale della libertà di religione e, pertanto, non può trovare limite nell'assenza di una regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e la singola confessione.

Per tali ragioni, oltre a violare l'art. 19 Cost., la legge regionale impugnata violerebbe anche il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. così come i principi di cui agli artt. 8 comma primo e 20 Cost.

Sotto un secondo profilo, l'illegittimità della norma deriverebbe anche dalla previsione di cui all'art. 31ter terzo comma ove si prevede che il soggetto richiedente il provvedimento autorizzatorio debba stipulare con l'ente pubblico una convenzione; è espressamente previsto, infatti, che tale convenzione possa contenere **l'obbligo per il soggetto richiedente di utilizzare la lingua italiana** per le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi.

Tale aspetto si pone, a parere del ricorrente, in aperto contrasto con la *ratio* stessa dello strumento della convenzione che, come è noto, risponde a finalità urbanistiche e non può in alcun modo prevedere l'obbligo di utilizzare la lingua italiana.

Per di più la norma prevista dall'art. 2 della legge impugnata violerebbe, per i motivi visti, anche la disposizione di cui all'art. 117 comma secondo lett. c) che **riserva allo**

Stato in via esclusiva il compito di disciplinare i rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose.

L'art. 31ter, inoltre, persegue una chiara finalità di controllo delle modalità con le quali è esercitato il culto al fine dichiarato di **tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico**. Tuttavia, secondo quanto previsto della lett. h) del secondo comma dell'art. 117 Cost. anche la disciplina di tale ambito è riservata alla competenza esclusiva dello Stato; l'assunto sarebbe suffragato dalla giurisprudenza costituzionale che ha individuato a favore delle singole regioni unicamente il potere di cooperare nell'attività di contrasto di attività illegali. [E. Sparacino]

Ricorso n. 35 del 2016
LE COMPETENZE AUTORIZZATORIE
DI UNA REGIONE COMMISSARIATA

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, depositato in cancelleria il 21 giugno
2016,
in GU, 1a serie speciale, n. 32 del 2016

[Legge della Regione Calabria 20 aprile 2016, n. 10, artt. 4 e 5]

(Cost., artt. 32, 117, comma 3, 120, comma 2)

Il Governo ha impugnato la legge regionale n. 10 del 2016 (rubricata «Norme per la tutela della salute dei pazienti nell'esercizio delle attività specialistiche odontoiatriche») con la quale, tra le altre cose, la Regione Calabria aveva stabilito che: a) «non sono soggetti ad autorizzazione sanitaria all'esercizio, né a segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), gli studi odontoiatrici che effettuano esclusivamente visite e/o diagnostica strumentale non invasiva» (art. 4); b) è invece soggetta ad autorizzazione sanitaria all'esercizio l'attività volta ad erogare prestazioni odontoiatriche all'interno di ambulatori o di altre strutture sanitarie comunque non rientranti nella definizione di «studio odontoiatrico» nonché, in via residuale, l'attività degli studi odontoiatrici che non rientra tra le prestazioni a minore invasività (art. 5).

Secondo il ricorrente in via principale, la Regione Calabria non avrebbe potuto identificare le **attività odontoiatriche rispettivamente non soggette ad autorizzazione sanitaria all'esercizio o a segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)**, essendo un ambito rimesso alla competenza del **Commissario ad acta** nominato dal Consiglio dei ministri per la realizzazione del **Piano di rientro dai disavanzi nel settore sanitario calabrese**. In particolare, si tratterebbe una funzione nella quale la Regione commissariata non può indebitamente surrogarsi, venendo altrimenti in rilievo la violazione dell'art. 120, co. 2 della Costituzione (e delle relative norme di attuazione), come già accaduto in passato con riferimento ad altre disposizioni emanate dalla Regione Calabria (sempre in materia sanitaria). In quell'occasione la Corte costituzionale era intervenuta con sentenza n. 110 del 2014, chiarendo che «le funzioni amministrative del Commissario, ovviamente fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del Piano di rientro, devono essere poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali»: ciò al fine di assicurare la **tutela dell'unità economica** della Repubblica, oltre che dei **livelli essenziali delle prestazioni** concernenti un diritto fondamentale quale è quello alla tutela della salute. Tra l'altro, in un'ulteriore occasione il giudice delle leggi aveva affermato che anche «la mera potenziale situazione di interferenza con le funzioni commissariali è idonea [...] ad integrare la violazione dell'art. 120, secondo comma, Cost.» (Corte cost., n. 79 del 2013).

Sotto altro profilo, intervenendo in ambito autorizzatorio, che come si diceva è attualmente riservato alla competenza del Commissario ad acta, le norme censurate violerebbero l'art. 117, co. 3, Cost., contrastando con i **principi fondamentali della legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica e di tutela della salute** (sul punto, *ex plurimis*, cfr. Corte cost., n. 79 del 2013 cit.).

Infine, secondo il Governo, l'art. 4 della legge regionale Calabria n. 10 del 2016, prevedendo in modo del tutto generico l'esclusione dall'autorizzazione sanitaria e dalla segnalazione certificata di inizio attività gli studi odontoiatrici che effettuano visite e/o prestazioni diagnostiche strumentali «non invasive», senza peraltro specificare in alcun modo il livello di invasività, si porrebbe in contrasto con il **principio fondamentale in materia di tutela della salute** di cui sono espressione le norme del d.lgs. n. 502 del 1992 (in merito alla definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie) e, pertanto, violerebbe ancora una volta i precetti di cui agli artt. 32 e 117, co. 3, Cost. [A. Candido]

Ricorso n. 37 del 2016 IMPUGNATA UN'ALTRA LEGGE CALABRESE IN MATERIA DI SANITÀ

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 giugno 2016 (del Presidente del Consiglio dei ministri), in GU 1a serie speciale, n. 34 del 2016

[Legge della Regione Calabria 20 aprile 2016, n. 11, artt. 1, comma 1, lettere *b*) e *c*), e 3]

(Cost., artt. 117, comma 3, e 120)

Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri contro alcune disposizioni della legge regionale calabrese n. 11/2016 affonda le radici nella situazione di grave squilibrio economico-finanziario in cui versa il Servizio sanitario nazionale in quella Regione. In conseguenza di ciò, la Regione ha stipulato un accordo coi Ministeri della salute e dell'economia e delle finanze al fine d'individuare gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico. Dal momento che gli obiettivi previsti dal piano di rientro non sono stati conseguiti, a Regione è stata commissariata.

La legge regionale n. 11/2016 regola i servizi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetriche, riabilitative e tecnico sanitarie, nonché le tecniche della prevenzione e delle professioni sociali.

L'art. 1, comma 1, prendendo formalmente atto di quanto definito dal commissario *ad acta* per l'attuazione del vigente piano di rientro, istituisce un Servizio delle professioni sanitarie (SSP) e un Servizio sociale professionale (SSP) in tutte le Aziende sanitarie provinciali, ospedaliere e universitarie e presso il Dipartimento per la tutela della salute della Regione. Il decreto commissariale di attuazione del piano di rientro, per contro, attribuiva alle singole Aziende sanitarie la facoltà d'istituire il SPS e il SSP. **Interferendo con le valutazioni compiute dal commissario ad acta e sovrapponendosi alle previsioni del piano di rientro**, il legislatore regionale avrebbe violato, rispettivamente, l'art. 120 Cost. e i principi fondamentali della legislazione statale in materia di tutela della salute e di contenimento della spesa pubblica sanitaria, desumibili dall'art. 2, commi 80 e 95, della legge n. 191/2009.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato anche il comma 3 dell'art. 1 della legge regionale n. 11/2016, che prevede che per esigenze di carattere straordinario la Giunta possa nominare commissari nelle aziende sanitarie e in quelle ospedaliere per

un periodo – rinnovabile – di dodici mesi. Questo dato contrasta, ad avviso della parte ricorrente, col carattere necessariamente temporaneo di una gestione commissariale; ciò darebbe luogo a una confusione tra la figura del commissario straordinario regionale nominato dalla Giunta e quella del direttore generale, il quale dev'essere invece in possesso di specifici requisiti, previsti all'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 502/1992. L'art. 1, comma 3, è perciò sospettato di mirare a **eludere le procedure di nomina definite nella legislazione cornice statale**. [G. Delledonne]

Ricorso n. 39 del 2016
TUTELA DEI PRODOTTI AGRICOLI E SANZIONI REGIONALI

Ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, depositato in cancelleria l'11 luglio del
2016,
in GU, 1a serie speciale, n. 36 del 2016

[Legge della Regione Veneto 27 aprile 2016, n. 13, art. 3]

[Cost., art. 117, comma secondo, lettera /)]

L'art. 3 della legge regionale veneta oggetto del ricorso in via principale ha provveduto a modificare la legge n. 12 del 2001 in materia di **tutela e valorizzazione dei prodotti agricoli e agro-alimentari di qualità**; precisamente, la norma impugnata ha inserito l'art. 6bis volto a disciplinare la possibilità per la Regione di emanare sanzioni accessorie in caso di violazione della normativa suddetta. L'art. 6bis prevede, infatti, che *"in caso di contraffazione, alterazione e uso non autorizzato del marchio si applicano le norme nazionali, dell'Unione europea e internazionali di tutela civile e penale dei diritti di proprietà industriale"*, riconoscendo in tal modo la competenza dello Stato e delle istituzioni europee in tale ambito. Tuttavia, la stessa norma al comma secondo, prevede che la giunta regionale veneta possa individuare **sanzioni accessorie** da applicare in seguito alle violazioni delle disposizioni di cui all'art. 2 comma terzo della legge regionale del 2001; tale previsione, a parere dello Stato ricorrente, è **illegittima in quanto invasiva della competenza esclusiva statale in materia di giurisdizione e norme processuali**.

La norma impugnata conterrebbe una disciplina **assolutamente generica** delegando alla giunta regionale il potere di individuare le fattispecie concrete sanzionabili; ciò in quanto la disposizione opera unicamente un richiamo alla violazione delle norme contenute nella legge. Per di più detta genericità deriverebbe anche dall'assenza di qualsiasi **richiamo alle sanzioni principali** rispetto alle quali quelle emanate dalla giunta dovrebbero avere unicamente carattere accessorio. Non sarebbe, inoltre, specificato il quantum delle sanzioni accessorie né quali sarebbero gli organismi autorizzati alle attività di controllo e di certificazione. Tali considerazioni dovrebbero portare la Corte a concludere per l'illegittimità della norma perché posta in violazione dei **principi di determinatezza e precisione**; principi questi ultimi al cui rispetto è tenuta anche la Regione ogni qual volta eserciti la potestà punitiva propria della pubblica amministrazione. [E. Sparacino]

Ricorso n. 40 del 2016
IL RIPARTO DI COMPETENZE
IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, depositato in cancelleria il 14 luglio 2016,

in GU, 1a serie speciale, n. 37 del 2016

[Legge della Regione Toscana 9 aprile 2016, n. 31,
art. 2, co. 1, lett. a), c) e d)]

(Cost., artt. 117, co. 1 e co. 2, lett. a, e, l, s)

Il Governo ha impugnato la legge regionale della Toscana n. 19 del 2016, avente la finalità di introdurre disposizioni attuative del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494), al fine di garantire in tutto il territorio regionale la valorizzazione del paesaggio e degli elementi identitari della fascia costiera attraverso la qualificazione dell'**offerta turistico-balneare** e, nel contempo, adeguate e omogenee condizioni di sviluppo per le (micro, piccole e medie) imprese turistico-ricreative operanti in **ambito demaniale marittimo**.

In particolare, poiché il contestato art. 2 della legge regionale stabilisce criteri e condizioni per il rilascio delle concessioni che oltrepassino la durata di sei anni, secondo il ricorrente esso contrasta con l'art. 12 della c.d. direttiva servizi (n. 123 del 2006), che declina il principio della libertà di stabilimento nel settore terziario, vietando di attribuire al prestatore uscente qualsivoglia vantaggio. Siffatta norma comunitaria è stata peraltro trasposta nell'ordinamento interno all'art. 16, co. 4 del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

In ogni caso, a prescindere dal merito della normativa regionale, il Governo ritiene che l'impugnata disciplina leda l'esigenza di garantire la **parità di trattamento** e l'**uniformità delle condizioni del mercato sul territorio nazionale**: obiettivi evidentemente che soltanto la legge statale potrebbe assicurare, nell'esercizio della propria competenza trasversale in materia di tutela della concorrenza.

In secondo luogo, intervenendo in tema di demanio marittimo (settore disciplinato anche dal Codice della Navigazione), la Regione Toscana avrebbe invaso la competenza esclusiva statale in materia di **ordinamento civile** (art. 117, co. 2, lett. l), tenuto conto che, come ha chiarito il giudice delle leggi, «la competenza della Regione nella materia non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario. Queste infatti precedono logicamente la ripartizione delle competenze e ineriscono alla capacità giuridica dell'ente secondo i principi dell'ordinamento civile» (Corte cost., n. 427 del 2004).

Ancora, secondo il Governo la normativa in questione è lesiva dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., poiché non contempla alcuna valutazione dell'ente gestore in merito all'effettiva consistenza dell'impresa insistente sull'area demaniale, così incidendo sulla **tutela del paesaggio**, di competenza dello Stato.

Infine, la norma si propone di disciplinare l'affidamento a terzi della concessione che, attenendo al settore dell'ordinamento civile, è ancora una volta materia riservata alla legge statale. [A. Candido]

Ricorso n. 41 del 2016
I LIMITI ALLA DISCIPLINA DELLE AGENZIE REGIONALI
PER LA PROTEZIONE AMBIENTALE

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, depositato in cancelleria il 14 luglio 2016,
in GU, 1a serie speciale, n. 37 del 2016

[Legge della Regione Molise 4 maggio 2016, n. 4, art. 16]

(Cost., artt. 117, comma 2, lett. p ed s, 118, comma 1)

Con l'impugnato art. 16 della legge regionale n. 4 del 2016, la Regione Molise ha inteso **ampliare le funzioni in materia di ambiente ed energia** dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale (ARPAM), con particolare riguardo all'**inquinamento atmosferico** e agli **impianti termici**.

In prima battuta, giova rammentare che le Agenzie regionali per la protezione ambientale, istituite con il d.l. n. 496 del 1993 (convertito in l. n. 61 del 1994), sono dotate di autonomia tecnico-giuridica, amministrativa e contabile e hanno **competenze limitate allo svolgimento di funzioni di supporto tecnico-scientifico** nei confronti delle Regioni (e delle Province), nonché di **compiti di vigilanza e controllo sul territorio**.

Sulla scorta di tale premessa, il Governo ha contestato la norma regionale molisana, che: in materia di inquinamento atmosferico, ha unificato sotto un unico ente i poteri di pianificazione ambientale, quelli di attuazione di tali piani, nonché l'esercizio del potere sostitutivo nei confronti dei Comuni in caso di inerzia nell'attuazione degli interventi per la gestione operativa di episodi acuti di inquinamento atmosferico; in tema di impianti termici, ha trasferito all'ARPAM sia la funzione di rilasciare autorizzazioni ambientali degli impianti, sia il controllo sul rispetto delle prescrizioni stesse.

In base alle disposizioni contestate l'Agenzia molisana perderebbe quella **funzione prettamente tecnica** che le era stata assegnata dal legislatore nazionale, per assumere invece **ampi margini di discrezionalità**, fino a includere la valutazione dei molteplici interessi pubblici concernenti il rilascio delle autorizzazioni ambientali degli impianti industriali, nonché le attività di pianificazione ambientale. Tra l'altro, si tratta di interessi potenzialmente confliggenti (quali la tutela dell'ambiente e della salute, la sostenibilità economica degli adempimenti, o il rispetto dei vincoli nascenti della pianificazione territoriale) che devono tra loro adeguatamente essere contemperati e che sono riservati ex art. 118 della Costituzione agli enti meglio in grado di soddisfarli, come le Regioni e le Province.

Invero, giova ricordare che nella materia in questione la c.d. legge Delrio (l. n. 56 del 2014) ha configurato le Province come enti territoriali titolari di funzioni fondamentali in specifici settori e, contestualmente, ha istituito le Città metropolitane, enti di governo delle grandi aree urbane, dotati di funzioni proprie di programmazione e gestione del territorio. Siffatta legge prevede l'assegnazione delle funzioni non fondamentali ai Comuni, salvo che, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, queste ultime necessitino di esercizio unitario e, pertanto, debbano essere conferite a un ente di governo superiore (come ad esempio la Regione). Resta invece in capo alle Province, quali enti di area vasta, il solo mantenimento delle funzioni fondamentali, tra le quali rientra la tutela e valorizzazione dell'ambiente.

In tale quadro va osservato che l'art. 117, co. 2, Cost., riserva allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (lett. p), nonché in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» (lett. s).

Secondo il ricorrente la Regione non può avere alcun margine di intervento in questi settori e, pertanto, violando il d.l. n. 496 del 1993 e la l. n. 56 del 2014, il legislatore regionale ha inevitabilmente leso gli artt. 117, co. 2, lett. p) ed s), nonché l'art. 118 Cost. [A. Candido]

Ricorso n. 42 del 2016
MOLISE: ALBO DEGLI AUTISTI PROFESSIONISTI
RISERVATO A CHI HA IL DOMICILIO

Ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri depositato il 14 luglio 2016
in GU, 1a serie speciale, n. 38

[Art. 12, primo comma, lett. b) L.R. Molise 4 maggio 2016, n.5]

(Art. 117, primo comma e secondo comma lett.e.)

Con la Legge di stabilità della Regione Molise, tra le varie disposizioni, il legislatore regionale ha introdotto una modifica alla disciplina che regola il “Registro provinciale dei conducenti di veicoli o natanti adibiti ad autoservizi pubblici non di linea”, introducendo, quale requisito essenziale per l’iscrizione, il possesso del “domicilio professionale nella provincia di Isernia o di Campobasso”.

Tale requisito, ad avviso della difesa erariale, costituisce un’ingiustificata limitazione alla concorrenza tra gli operatori interessati ad ottenere le prescritte autorizzazioni. L’iscrizione nel registro, infatti, costituisce a sua volta presupposto necessario per l’ottenimento della licenza.

La Corte costituzionale, con la sentenza **n. 264 del 2013** aveva già dichiarato l’illegittimità della previsione – sempre preordinata all’iscrizione nel suddetto registro - del requisito della residenza - protratta per almeno un anno - o della sede legale dell’impresa nel territorio della provincia. Requisito che avrebbe determinato «**una palese discriminazione tra soggetti o imprese, operata sulla base di un mero elemento di localizzazione**» che non avrebbe avuto giustificazione in relazione alle finalità del registro medesimo, ovvero quelle di garantire «specifiche idoneità tecniche e le attitudini morali del soggetto al corretto svolgimento dell’attività».

Rispetto alla disposizione dichiarata incostituzionale, il requisito del domicilio professionale è di certo meno stringente, tuttavia, ad avviso della difesa erariale, ugualmente ingiustificato e discriminatorio. Conseguentemente, anche tale previsione comporterebbe un’illegittima limitazione dell’accesso al mercato e della libera circolazione dei lavoratori, in contrasto con il principio comunitario della concorrenza, nonché della competenza legislativa statale a tutela della stessa. [F. Conte]

Conflitti di attribuzione tra enti

Ricorso n. 4 del 2016
CONDANNA UE PER OMESSA BONIFICA:
CHI PAGA TRA STATO, REGIONI E COMUNI?

Ricorso per conflitto tra enti della Regione Emilia-Romagna, depositato in cancelleria il 14 giugno 2016, in GU, 1a serie speciale, n. 30 del 2016

[Nota del Ministero dell’economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, Ispettorato Generale per i rapporti finanziari con l’UE, del 1° aprile 2016, n. R.G. 31511]

(Cost., artt. 117, secondo comma, e 120, secondo comma; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 250; legge 5 giugno 2003, n. 131, art. 8; legge 24 dicembre 2012, n. 234, artt. 41 e 43, commi 4 e 7)

Nel 2013, la Corte di Giustizia UE ha condannato l'Italia per inadempimento all'obbligo di realizzare la bonifica di una discarica, ubicata nel territorio di un Comune emiliano. In conseguenza di ciò, la Ragioneria generale dello Stato ha avviato la procedura di rivalsa: ha imputato alla Regione Emilia-Romagna, ritenuta responsabile in solido con gli enti locali, il pagamento della somma di euro 776.017; l'ha invitata a concordare con gli stessi enti la restituzione della somma; ha minacciato, in mancanza, il trattenimento della somma dai trasferimenti dovuti alla Regione.

La Regione solleva in proposito un conflitto di attribuzione, come ha già fatto in relazione ad altri atti dello Stato (Presidente del Consiglio, Ministero dell'ambiente) relativi alla (incompleta) bonifica in questione [conflitti n. 1 e n. 3 del 2016]. In estrema sintesi – richiamandosi soprattutto al principio di leale collaborazione e alla disciplina della rivalsa (artt. 41 e 43 della legge n. 234 del 2012), nonché alla normativa in materia di bonifiche a cura delle amministrazioni – la ricorrente concentra le proprie articolate critiche sui seguenti punti: **a) la Regione ha fatto tutto quello che poteva** per realizzare la bonifica, compresa la spesa di proprie ingenti risorse e la richiesta, non esaudita, di accedere a finanziamenti statali; **b) l'infrazione deve essere imputata, se mai, allo Stato, per gravi e strutturali carenze normative, inerzie ed omissioni emerse nel corso della procedura contenziosa e messe in luce nella stessa sentenza della Corte di Giustizia;** **c) in ogni caso, la procedura di rivalsa richiede, a monte di tutto, la ricerca** (nel caso, concretamente avviata, senza successo, dalla sola Regione) **in sede politica di un'intesa sull'an**, prima ancora che sul *quantum* e sul *quomodo*, **delle responsabilità regionali**, o in alternativa una pronuncia della Corte costituzionale al riguardo, e, in mancanza di ciò, non potrebbe essere un ufficio burocratico ad avviare la procedura stessa. [M. Massa]

Questioni di legittimità in via incidentale

Ordinanza n. 132 del 2016

“I CASI DI COMPENSAZIONE DELLE SPESE DI LITE NON SIANO TASSATIVI”

Ordinanza del 30 gennaio 2016 del Tribunale di Torino – Sezione lavoro
in GU, 1a serie speciale, n. 28

[Art. 92, secondo comma, c.p.c., come modificato dall'art. 13 d.l. 132/2014 conv. in L.162/2014]

(Artt. 3, 24, 111 Cost.)

Il Tribunale di Torino, con un'articolata ordinanza, solleva d'ufficio una questione di legittimità costituzionale sul testo novellato del secondo comma dell'art. 92 c.p.c. che disciplina i casi di compensazione delle spese di lite. A seguito della modifica introdotta con il d.l. 132/2014, le ipotesi di compensazione sono infatti state indicate in maniera tassativa, in favore di una più rigida applicazione del c.d. “principio di soccombenza”, previsto come regola generale dall'art. 91 c.p.c.

Ricostruendo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della norma censurata, il giudice rimettente individua diverse fasi. Nel suo testo originario, il secondo comma dell'art. 92 fuori dall'ipotesi della soccombenza reciproca (che giustifica sempre la compensazione) subordinava la possibilità di derogare al meccanismo ordinario di riparto delle spese alla mera presenza di "giusti motivi". Tuttavia, solo con le sentenze 20598 e 20599 del 2008 delle Sezioni Unite, superando un contrasto giurisprudenziale, è stato fissato il principio per cui i "giusti motivi" dovessero essere espliciti o comunque desumibili dal complesso della motivazione, configurandosi, al contrario, una violazione di legge censurabile anche in sede di legittimità. *Medio tempore*, una prima novella introdotta con la legge n. 263 del 2005 aveva previsto l'obbligo dell'espressa enunciazione dei motivi della compensazione. Ad avviso della Suprema Corte, tale inciso («esplicitamente indicati nella motivazione») non consentiva che le ragioni della compensazione potessero desumersi dal complessivo *iter* motivazionale, ma richiedeva una più puntuale indicazione delle specifiche ragioni in base alle quali si era derogato al regime della soccombenza. Nel vigore della disposizione nel testo così novellato, la giurisprudenza di legittimità aveva individuato una serie di ipotesi, chiaramente non tassative, che potevano integrare "giusti motivi" di compensazione, tra cui: la non univocità della giurisprudenza; la particolare complessità e novità delle questioni trattate; il divario quantitativo tra *petitum* e statuizione giudiziale di accoglimento; la corresponsabilità nella lite della parte vittoriosa; le oggettive difficoltà degli accertamenti in fatto; il comportamento processuale delle parti. Con una nuova modifica, introdotta con la L. n. 69/2009, il legislatore sostituiva i «giusti motivi» con le «gravi ed eccezionali ragioni». Quest'ultima locuzione era finalizzata a limitare il ricorso alla compensazione delle spese che il legislatore intendeva limitare ad ipotesi tali da poter configurare un'eccezione alla regola generale. Da ultimo, il d.l.132 del 2014 è intervenuto sulla disposizione prevedendo che la compensazione possa avvenire **solo** in ipotesi tassative, ovvero (oltre al caso della soccombenza reciproca) i casi di **assoluta novità della questione** e quelli di **mutamenti giurisprudenziali**.

Tale previsione, ad avviso del giudice rimettente, contrasta però con diversi principi costituzionali e, in particolare: col principio del giusto processo (art. 111 Cost.) in quanto impedisce al giudice di decidere in modo appropriato al caso concreto; con la libertà di agire in giudizio (art. 24 Cost.) scoraggiando incongruamente il ricorso alla tutela giurisdizionale; con il principio di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.) per l'esclusione di ipotesi di eguale gravità senza alcuna giustificazione plausibile. In particolare, il Tribunale osserva come **molte delle ragioni formulate dalla giurisprudenza per giustificare il ricorso alla compensazione delle spese**, come ad esempio il permanere di contrasti giurisprudenziali o l'oggettiva difficoltà degli accertamenti di fatto, o ancora la corresponsabilità della parte vittoriosa, **fossero altrettanto meritevoli** di consentire al giudicante di derogare al principio della soccombenza: e ciò anche in relazione alla *ratio* specifica sottesa alle due ipotesi tassative indicate dalla novella. Pertanto, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità del legislatore in materia processuale, il giudice rimettente ritiene che sia stato superato il limite della ragionevolezza. [F. Conte]

Ordinanze nn. 139 e 140 del 2016
UNA NUOVA IMPUGNAZIONE RELATIVA AL REGIME IMPOSITIVO
IN MATERIA DI SIGARETTE ELETTRONICHE

Ordinanze del 16 dicembre 2015 del TAR Lazio sui ricorsi proposti, rispettivamente, da ASSIFEL – Associazione italiana fumo elettronico e altri e da ANAFE – Associazione produttori fumo elettronico e altri contro Agenzia delle dogane e dei monopoli e altri, entrambe pubblicate in GU 1a serie speciale, n. 34 del 2016

[Decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, art. 62-*quater*, comma 1-*bis*, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera *f*), del decreto legislativo 15 dicembre 2014, n. 188]

(Cost., art. 3, 23, 32, 51 e 97)

Diverse aziende, attive nella produzione e nella commercializzazione di sigarette elettroniche, hanno impugnato dinanzi al giudice amministrativo una determinazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli con cui sono definite le procedure tecniche per stabilire l'equivalenza di consumo convenzione tra sigarette tradizionali e liquidi da inalazione senza combustione, in applicazione dell'art. 62-*quater*, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 504/1995, a sua volta introdotto dal d.lgs. n. 188/2014. Tale disposizione prevede **l'assoggettamento dei prodotti da inalazione senza combustione – indipendentemente dal fatto ch'essi contengano o no nicotina – a un'imposta di consumo** in misura pari al 50 per cento dell'accisa gravante sull'equivalente quantitativo di sigarette.

Il giudice *a quo* ha perciò sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 62-*quater*, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 504/1995, lamentandone il contrasto con gli artt. 3, 23, 32, 53 e 97 Cost. Sebbene sia differente da una previgente disciplina già dichiarata incostituzionale dalla Corte con sentenza n. 83/2015, la disposizione impugnata appare affetta da vizi simili. Poiché assoggetta al medesimo regime fiscale e alla medesima misura dell'imposta di consumo prodotti liquidi contenenti nicotina e prodotti liquidi senza nicotina – e che perciò non hanno nulla a che vedere coi tabacchi lavorati – essa darebbe luogo, *in primis*, a un vizio di ragionevolezza. Dal riferimento, contenuto all'art. 62-*quater*, ai prodotti succedanei dei prodotti da fumo, discende l'indeterminatezza della base imponibile, con conseguente violazione dell'art. 23 Cost. Se una politica di disincentivazione del consumo può essere fondata con riferimento a prodotti contenenti nicotina, non si può affermare lo stesso a proposito dei prodotti che non contengono tale sostanza, con un vizio d'irragionevolezza che si ripercuote in una violazione dell'art. 32 Cost. Ne deriva, infine, anche una violazione dell'art. 53 Cost., poiché le finalità extrafiscali dell'imposta – legate alla disincentivazione del consumo di liquidi contenenti nicotina – devono tenere conto della necessità di una disciplina impositiva differenziata fra liquidi contenenti nicotina e liquidi che ne sono privi. [G. Delledonne]

[Della questione di legittimità costituzionale risolta dalla Corte con la sentenza n. 83/2015 si è data notizia nel *Bollettino* n. 1/2015.]

Ordinanze nn. 141-143 e 157 del 2016
RISERVA DI LEGGE IN MATERIA DI PRESTAZIONI PATRIMONIALI
ED ESENZIONE DALL'IMU PER I COMUNI MONTANI

Ordinanze del 16 dicembre 2015 del TAR Lazio sui ricorsi proposti, rispettivamente, dal Comune di Perugia e altri contro Ministero dell'economia e delle finanze e altri; dal Comune di Regalbuto e altri contro Ministero dell'economia e delle finanze e altri; e dai Comuni di Castoreale, Rodì Milici e Centuripe contro Presidenza del Consiglio dei ministri e altri, in GU 1a serie speciale, n. 34 del 2016; ordinanza del 16 dicembre 2015 del TAR Lazio sul ricorso proposto dal Comune di Moricone e altri contro Ministero dell'economia e delle finanze e altri, in GU 1a serie speciale, n. 37 del 2016

[Decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 34, art. 1, comma 1, lettere a) e b)]

(Cost., art. 23)

Numerosi Comuni hanno presentato ricorso dinanzi al giudice amministrativo, chiedendo l'annullamento del decreto interministeriale del 28 novembre 2014, avente ad oggetto l'esenzione dall'IMU prevista per terreni agricoli. All'IMU, come già all'ICI, si applicano le esenzioni relative ai terreni agricoli situati in aree montane o di collina; in virtù dell'art. 22, comma 2, del d.l. n. 66/2014, l'individuazione di tali aree avviene mediante decreto interministeriale di natura non regolamentare. Il decreto impugnato dai ricorrenti nei giudizi *a quibus* ha stabilito l'esenzione dall'IMU per i terreni agricoli dei comuni ubicati a un'altitudine uguale o superiore a 601 metri. Successivamente il d.l. n. 4/2015 ha dettato nuovi criteri per l'individuazione dei Comuni esenti, **rinviano all'elenco dei Comuni montani e parzialmente montani predisposto dall'ISTAT** e alle tabelle sulle variazioni compensative al Fondo di solidarietà comunale. Ad avviso dei Comuni ricorrenti, questo rinvio non sarebbe idoneo ad attribuire a tali atti la forza di legge formale.

Il giudice *a quo* sospetta l'art. 1 del d.l. n. 4/2015 d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 23 Cost. Tale previsione, infatti, darebbe luogo a una **violazione della riserva di legge in materia di prestazioni patrimoniali o personali**; una riserva di legge, questa, che si applica anche alle norme di agevolazione tributaria, com'è stato chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 123/2010 e 60/2011). Se è vero che si tratta di una riserva di legge relativa – che cioè non esclude l'intervento di fonti regolamentari o di altre fonti subordinate – ci si deve interrogare sul contenuto minimo di tali disposizioni legislative.

Nella disposizione impugnata il presupposto di fatto per l'applicazione dell'agevolazione discende dalla classificazione dei Comuni operata dall'ISTAT. Si tratta allora di **chiarire la natura del potere amministrativo esercitato in questa circostanza dall'ISTAT**. L'art. 1 della legge n. 991/1952 vincolava sostanzialmente l'esercizio del potere amministrativo in sede di definizione dell'elenco dei Comuni montani e parzialmente montani; tale previsione, però, è stata abrogata dall'art. 29 della legge n. 142/1990. Da allora, perciò, il potere esercitato nella predisposizione dell'elenco è espressione di discrezionalità amministrativa. Da ciò deriva dunque una violazione della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. [G. Delledonne]

Ordinanza n. 144 del 2016
CRISI FINANZIARIA E PRELIEVO STRAORDINARIO
SUI CONCESSIONARI VIDEOPOKER: COME GESTIRLO?

Ordinanza emessa dal TAR per il Lazio il 16 dicembre 2015, sul ricorso proposto da Cogetech s.p.a. e ACADI contro Agenzia delle dogane e dei monopoli e altri, in GU, 1a serie speciale, n. 35 del 2016

[Legge 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, comma 649]

(Cost., artt. 3 e 41, primo comma)

Nelle more della riforma dei giochi pubblici, prevista dalla cd. delega fiscale (legge n. 23 del 2014, art. 14), la quale dovrebbe investire anche i compensi (aggi) dei concessionari, la legge di stabilità 2015, attraverso la disposizione in questione, ha stabilito una riduzione immediata (dal 1° gennaio 2015) di tali compensi per le videolotterie (VLT): per un valore totale annuo di 500 milioni di euro, da ripartire proporzionalmente in base al numero degli apparecchi; le somme devono essere versate per intero all'amministrazione dai concessionari, i quali poi devono accordarsi per la suddivisione degli importi con i singoli esercenti (presso i quali sono collocati i terminali). Ciò allo scopo dichiarato di fronteggiare la crisi finanziaria.

Adito per l'annullamento del decreto di ripartizione tra i (tredici) concessionari, il TAR ravvisa nella disposizione in questione – intesa come legge-provvedimento – diversi profili di sospetta illegittimità costituzionale.

Sulla base di un'istruttoria economica compiuta dallo stesso rimettente, quest'ultimo non ritiene sproporzionato l'importo di 500 milioni posto a carico dell'intera filiera (la difesa statale aveva rilevato che il totale dei compensi per concessionari, esercenti ecc. era, prima della riduzione in questione, pari a 4 miliardi di euro).

I dubbi si concentrano sulla ripartizione dell'importo nella filiera. Nella prospettiva dell'**art. 3 Cost.** (inteso come matrice dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, accuratamente distinti) il rimettente sottolinea che, mentre la delega fiscale prevede una revisione dei compensi secondo un criterio di progressività basato sul volume delle giocate (dato di flusso), la disposizione in questione – pur presentandosi come 'misura-ponte' – segue un criterio proporzionale basato sul numero degli apparecchi (dato statico), sicché essa: **a) contraddice irragionevolmente il principio della delega** che vorrebbe, transitoriamente, anticipare; **b) in modo parimenti irragionevole, assume un criterio** che, rispetto a quello della legge delega, **è meno indicativo della capacità contributiva effettiva**; **c) in violazione del principio di eguaglianza, penalizza gli operatori i cui apparecchi registrino un volume di giocate minore.** Inoltre, sempre nella prospettiva del principio di eguaglianza, si censura che la disposizione in questione riguardi **solo le video-lotterie**, e non l'intero settore dei giochi (come la delega di riforma).

Nella prospettiva dell'art. 41 Cost., poi, **la disposizione in questione frustra in modo sproporzionato l'affidamento degli operatori nelle concessioni:** l'imposizione di un contributo in misura fissa potrebbe produrre un onere insostenibile per gli operatori, ove la redditività si contraesse. Inoltre, **i concessionari non hanno strumenti efficaci per ripartire il contributo con gli operatori 'a valle'**, pur essendo comunque obbligati a versare in prima persona l'intero importo previsto dalle norme in questione. Del resto, anche l'imposizione di una rinegoziazione dei rapporti a valle sarebbe una violazione della libertà di iniziativa economica. [M. Massa]

[La stessa GU riporta altre sei ordinanze analoghe dello stesso rimettente. Nel periodo di riferimento, si vedano altresì le ordinanze nn. 151-153 (GU n. 36), nn. 158-160 (GU n. 37) e nn. 164-171 (GU n. 38)]

Ordinanza n. 163 del 2016
L'ORDINANZA TORINESE CONTRO L'ITALICUM

Ordinanza emessa del 5 luglio 2016, emessa dal Tribunale di Torino nel procedimento
civile
promosso da Ciotti Luigi Pio e altri contro Presidente del Consiglio dei ministri e Ministro
dell'interno,
in GU, 1a serie speciale, n. 30 del 2016

[Legge 6 maggio 2015, n. 52, art. 1, comma 1, lettera f); art. 2, commi 25 e 27]

(Cost., art. 1, comma secondo, 3 e 48, comma secondo)

Adito da un ricorso con molte firme celebri, ai fini dell'accertamento del diritto dei ricorrenti a «votare conformemente alla Costituzione», il Tribunale di Torino aggiunge le proprie censure contro il cd. *Italicum* a quelle già sollevate dal Tribunale di Messina [con l'ordinanza n. 69 del 2016, segnalata nel precedente *Bollettino*].

Le considerazioni su incidentalità e rilevanza ricalcano la falsariga della sentenza n. 1 del 2014, con un'aggiunta: poiché la legge n. 52 del 2015 è applicabile dal 1° luglio 2016 [quindi da una data anteriore, sia pure di soli quattro giorni, a quella dell'ordinanza di rimessione], il Tribunale precisa che **l'interesse ad agire dei ricorrenti sussiste perché le nuove norme regoleranno certamente le elezioni successive e, dopo la convocazione dei comizi elettorali, non vi sarebbe più uno spazio di tutela effettiva**, data l'impossibilità di ottenere tempestivamente pronunce giurisdizionali in grado di incidere concretamente sui risultati elettorali (senza scontrarsi con la loro ritenuta definitività, dopo la proclamazione).

Il Tribunale dichiara manifestamente infondate, o irrilevanti, una lunga serie di eccezioni di incostituzionalità formulate dai ricorrenti, con riguardo: alla procedura di approvazione della legge; alla ritenuta lacuna sul caso che più di una lista superi la soglia del 40% dei voti al primo turno (lacuna insussistente: il premio di maggioranza logicamente andrà a chi ha più voti); all'eventualità che, in caso di forte dispersione del voto, una lista consegua al primo turno 340 seggi, ma meno del 40% dei suffragi (la lista conserverà i seggi conseguiti e il premio non scatterà); alla (esclusa) interferenza con il potere del Presidente della Repubblica di nominare il Presidente del Consiglio; all'effetto combinato di soglie legali di sbarramento e premio di maggioranza (l'incidenza sul risultato finale non è irragionevole né sproporzionata); alla situazione dei capilista, che hanno la precedenza nell'elezione e possono candidarsi in 10 collegi (il risultato finale non è comunque eccessivamente distorsivo, considerato che restano spazi per i voti di preferenza); alle norme relative ai voti espressi dagli elettori di Valle d'Aosta e Trentino-Alto Adige; alla tutela di minoranze linguistiche quali quelle slovene o sarde; al favore per le liste elettorali collegate a partiti già presenti nel parlamento nazionale o in quello europeo.

Due sono le questioni ritenute non manifestamente infondate. In primo luogo, **le norme sull'attribuzione del premio di maggioranza in esito al turno di ballottaggio altererebbero oltre misura la rappresentatività**. Ciò soprattutto perché queste norme: non richiedono, ai fini dell'attribuzione del premio, il conseguimento di un *quorum* minimo

di voti al primo turno; non danno alcun rilievo all'astensione, anche se essa potrebbe essere elevata per l'indotta restrizione dell'offerta elettorale; sanciscono esplicitamente il divieto di apparentamenti. Ne consegue che, ad esempio, il premio pari al 54% dei seggi potrebbe essere anche assegnato a una lista che nel primo turno ha conseguito appena il 25% dei voti; mentre le forze, che hanno conseguito il restante 75% dei suffragi, dovrebbero suddividersi il residuo di 278 seggi.

In secondo luogo, **la norma, che consente ai capilista eletti in più collegi di optare per uno di essi, è censurata in quanto non la facoltà di opzione a criteri oggettivi, predeterminati e rispettosi della volontà degli elettori.** In questo modo, non avendo idea di come il capolista eserciterà le sue prerogative, l'elettore non può fare alcuna valutazione prognostica sull'utilità del proprio voto di preferenza [M.Massa].

Ordinanze nn. 172-180 del 2016 I CONSIGLIERI DI STATO E LE DIVERSE VOCI DELLA LORO RETRIBUZIONE

Ordinanze del 6, 7 e 8 aprile 2016 del TAR Lazio sui ricorsi proposti, rispettivamente, da M.M., M.Z., A.P., V.S., S.M., E.T., P.L.R., N.P. e C.B. e altri contro Segretariato generale della giustizia amministrativa e altri, tutte in GU 1a serie speciale, n. 39 del 2016

[Legge 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, comma 489]

(Cost., artt. 3, 4, 6, 36, 38, 95, 97, 100, 101, 104, 108)

Il giudice amministrativo regionale ha sollevato numero questioni di legittimità costituzionale, tutte d'identico tenore. I ricorrenti nei giudizi *a quibus* sono consiglieri di Stato che hanno chiesto l'annullamento della nota con cui il Segretario generale della giustizia amministrativa, in applicazione della legislazione statale, preannunciava la **decurtazione del trattamento economico per la somma eccedente il limite massimo della retribuzione annua di chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni.** Tale limite è stato stabilito dal d.P.C.m. del 23 marzo 2012, adottato in attuazione dell'art. 23-ter del d.l. n. 201/2011.

Con l'art. 1, comma 489, della legge n. 147/2013 il legislatore ha stabilito che ai fini del raggiungimento del suddetto tetto **si debbano computare anche i trattamenti pensionistici** pregressi eventualmente percepiti a carico di gestioni previdenziali pubbliche. Il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale di quest'ultima disposizione.

Gli argomenti adoperati dal giudice *a quo* in questa circostanza ricalcano in buona misura quelli già utilizzati nelle ordinanze numerate da 220 a 230 del 2015, emesse nell'ambito di ricorsi proposti da magistrati della giurisdizione contabile contro una nota del Segretario della Corte dei conti, concernente anch'essa il computo del limite massimo della retribuzione annua. Si fa perciò rinvio al *Bollettino* n. 1 del 2016 per una più esauriente presentazione di quelle questioni. [G. Delledonne]

Ordinanza n. 181 del 2016 ASSOCIAZIONE DI STAMPO MAFIOSO E PRESUNZIONE ASSOLUTA DI ADEGUATEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE

Ordinanza del 14 giugno 2016 della Corte di appello di Torino nel procedimento penale a carico di F.C., in GU 1a serie speciale, n. 39 del 2016

[Codice di procedura penale, art. 275, comma 3]

(Cost., artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma)

L'imputato nel procedimento *a quo*, sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere in relazione al reato di associazione di tipo mafioso – previsto all'art. 416-*bis* c.p. – ha chiesto la sostituzione di tale misura con gli arresti domiciliari. All'accoglimento della sua istanza, tuttavia, fa ostacolo la previsione dell'**art. 275, comma 3, c.p.p., stando alla quale, nel momento in cui sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di associazione di tipo mafioso, si applica la misura della custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi da cui risulta che non sussistono esigenze cautelari.**

Il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui esso non fa salva, rispetto all'applicazione della misura cautelare, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

La presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare in carcere qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza relativamente al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. è stata già valutata dalla Corte con l'ordinanza n. 450/1995, che dichiarò manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 275, comma 3, c.p.p. Nel frattempo, però, sono intervenute numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno eliminato fattispecie di reato previste da tale disposizione del codice di rito, trasformando così la previsione assoluta in previsione relativa, superabile nel momento in cui siano acquisiti elementi specifici da cui risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure; ciò è avvenuto anche per delitti aggravati dal metodo mafioso o dall'agevolazione mafioso e per il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa (sentenze nn. 57/2013 e 48/2015). Successivamente, la legge n. 47/2015 ha modificato l'art. 275, comma 3, c.p.p., affiancando alla presunzione assoluta una presunzione relativa di pericolosità.

Alla luce degli **orientamenti maturati nella giurisprudenza costituzionale e degli indirizzi di politica legislativa**, il giudice *a quo* ritiene che anche per il delitto di associazione di stampo mafioso debba essere riconsiderata la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. Con riferimento al reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., essa violerebbe gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione. Più in particolare, la disposizione impugnata violerebbe i **canoni di congruità e adeguatezza** per il fatto che non consente di effettuare una graduazione di pericolosità fra le condotte dei singoli partecipi, laddove, per converso, lo stesso legislatore prevede pene edittali differenti per i meri partecipi e per le posizioni apicali. In secondo luogo, il **principio della minor compressione possibile dei diritti fondamentali** – fra i quali, *in primis*, la libertà personale – induce a ritenere che misure differenti dalla custodia in carcere siano ugualmente idonee a recidere o ridurre il vincolo associativo nel caso in cui questo appaia relativamente tenue.

Per queste ragioni il giudice *a quo* chiede la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui, in relazione al delitto di associazione di stampo mafioso, non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, da cui risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure differenti dalla custodia in carcere. [G. Delledonne]

Conflitti di attribuzione tra poteri

Ricorso n. 3 del 2016 L'INSINDACABILITÀ IN UN CASO DI DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

Ricorso del Tribunale di Bergamo per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, depositato in cancelleria il 28 giugno 2016, in GU, 1a serie speciale, n. 27 del 2016

[Deliberazione del Senato della Repubblica del 16 settembre 2015]

(Cost., art. 68, co. 1)

Il ricorso per conflitto interorganico sollevato dal Tribunale di Bergamo origina da un procedimento penale a carico del Senatore Roberto Calderoli il quale, in occasione di una festa indetta dal proprio partito, offendeva l'onore e il decoro dell'allora Ministro per l'Integrazione Cecile Kyenge Kashetu, con l'aggravante di aver recato offesa mediante comizio, quale particolare mezzo di pubblicità, nonché – si legge nel capo di imputazione – di aver commesso il fatto per finalità di **discriminazione razziale**. In particolare, il parlamentare veniva imputato del reato di cui: all'art. 595, co. 3, c.p., che punisce la diffamazione e dispone che, «[s]e l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516»; all'art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (convertito con modificazioni in legge 25 giugno 1993, n. 205), in base al quale «[p]er i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà».

Nelle more del processo interveniva la decisione del Senato che, nella seduta pubblica del 16 settembre 2015, esprimeva voto favorevole alla relazione della Giunta sull'**insindacabilità del fatto** ai sensi delle poc'anzi menzionate norme.

Tanto premesso, il Tribunale di Bergamo riteneva di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, secondo il remittente, l'art. 68 della Costituzione e l'art. 3, co. 4, l. n. 140 del 2003 assegnano alle Camere il compito di **valutare la sussistenza o meno del nesso funzionale tra opinioni espresse dal parlamentare e l'esercizio delle relative funzioni**, a prescindere dalla qualificazione giuridica del fatto, ambito per sua natura riservato alla giurisdizione. Nell'ipotesi di specie **il Senato** avrebbe invece apprezzato «non un fatto, naturalisticamente unitario, ma la sua qualificazione giuridica»: in sintesi, **ha ritenuto sindacabile il reato base** (la diffamazione con finalità di discriminazione razziale) **e insindacabile la circostanza aggravante**, la Camera alta si sarebbe illegittimamente espressa sulla **declinazione giuridica di un fatto storico**.

Sotto altro profilo, secondo il Tribunale lombardo non vi sarebbe in ogni caso il nesso funzionale tra aggravante ed esercizio delle funzioni parlamentari, posto che le dichiarazioni in discussione, volte ad assimilare una persona di colore a un orango, non potrebbero ritenersi neppure vagamente attinenti al contesto politico. Per questa ragione, esse devono considerarsi prive di nesso funzionale con atti rientranti nel mandato parlamentare e, conseguentemente, la cognizione in merito alla loro idoneità a integrare o meno il delitto in questione dovrebbe – in virtù degli artt. 27, 101 e 102, Cost. – essere

riservata all'autorità giudiziaria ordinaria, venendo altrimenti in rilievo la lesione di attribuzioni giurisdizionali costituzionalmente garantite. [A. Candido]

Ricorso n. 4 del 2016 NUOVI DUBBI SULL'AUTODICHA

Ricorso del Tribunale di Roma per conflitto d'attribuzione tra poteri dello Stato depositato il 9 settembre 2016, in GU, 1a serie speciale, n. 38

[Reg. Cam. per la tutela giurisdizionale dei dipendenti del 28 aprile 1988]

(Artt. 3, 24, 102, 108, 111 Cost.)

175 dipendenti della Camera dei Deputati hanno presentato ricorso, davanti al Tribunale di Roma contro il blocco delle progressioni economiche disposto dalla presidenza della Camera stessa. Tuttavia, ai sensi del Regolamento della Camera per la tutela giurisdizionale dei dipendenti, gli stessi possono ricorrere, a tutela dei propri diritti e interessi legittimi, davanti alla Commissione giurisdizionale istituita nella Camera medesima. Ciò, ad avviso della Camera dei deputati, comporterebbe il difetto di giurisdizione del giudice del lavoro. Lo stesso Tribunale rileva, peraltro che, nell'interpretazione «ormai a lungo consolidata, gli organi di giustizia istituiti all'interno delle camere hanno non solo natura giurisdizionale ma anche competenza esclusiva sulle competenze affidate alla propria giurisdizione».

Cionondimeno, ad avviso del Tribunale ricorrente, tale assetto comporterebbe, in relazione alla giurisdizione sui rapporti di lavoro dei dipendenti della Camera, un contrasto con i principi costituzionali in materia di giusto processo. Contrasto che non potrebbe però essere rilevato nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, stante la peculiare natura dei regolamenti parlamentari che li rende insindacabili in quella sede, come anche di recente confermato dalla sentenza C. cost. 120 del 2014. In quella stessa pronuncia, tuttavia, la Consulta non ha escluso che la tutela dei diritti sottostanti possa avvenire mediante la promozione di un conflitto tra poteri, in quanto «anche norme non sindacabili potrebbero essere fonti di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili e, d'altra parte, deve ritenersi sempre soggetto a verifica il fondamento costituzionale di un potere decisorio che limiti quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità». Pertanto, **il Tribunale di Roma ritiene di poter sollevare un conflitto di attribuzione nei confronti della Camera dei Deputati sulla scia di analoghi ricorsi promossi dalle Sezioni Unite della Cassazione nei confronti del Senato (ord. 26934 del 19 dicembre 2014) e della Presidenza della Repubblica (ord. 740 del 19 gennaio 2015)** [entrambi i conflitti sono segnalati nel *Bollettino* n. 4 de 2015].

In particolare, il Tribunale ricorrente, richiamando pedissequamente i contenuti del ricorso delle Sezioni Unite nei confronti del Senato, ha ritenuto che «l'autodichia della Camera dei deputati appare in contrasto con il principio di eguaglianza (art. 3 primo comma, Cost.), di cui è espressione il diritto di ognuno di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», nonché in contrasto con il divieto di giurisdizioni speciali (in assenza – quantomeno – della revisione di cui alla VI disp.trans. e finale) e con i principi del giusto processo e di indipendenza del giudice (per mancanza di terzietà del giudicante, che è al contempo datore di lavoro). [F. Conte]

Decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni

Cass., n. 19599 del 2016
TRASCRIVIBILE L'ATTO DI NASCITA ALL'ESTERO
DEL FIGLIO DI DUE 'MADRI' CONIUGATE TRA LORO

Cassazione, Sez. I civ., n. 19599/16, 21 giugno-30 settembre 2016

La Cassazione è chiamata a decidere sulla **trascrivibilità dell'atto di nascita, formato in Spagna e valido per l'ordinamento spagnolo, di un bambino che risulti figlio di due donne coniugate in quel Paese** (una che lo ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo). Per il Procuratore generale (che aveva impugnato la sentenza di secondo grado che riconosceva la trascrivibilità) tale trascrizione cozzerebbe con **l'ordine pubblico**, ex art. 18 del d.P.R. n. 396/2000 e l'art. 65 della legge n. 218/1995 (sul diritto internazionale privato). La Cassazione ricostruisce l'evoluzione del concetto di ordine pubblico, quale originariamente funzionale a escludere l'applicabilità di norme straniere espressione di principi etici contrastanti con quelli dell'ordinamento interno in un determinato momento storico, con la conseguenza di impedire «l'applicazione di qualsiasi disposizione di diritto straniero non conforme a quelle norme di diritto interno che dal giudice fossero ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale». A tale **concezione statualista di ordine pubblico** se ne è opposta un'altra di maggior **apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, co. 1, Cost.**, una concezione fondata «su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da **sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali**. Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato». A conferma di ciò, la Cassazione cita norme del **diritto derivato dell'UE** che escludono il riconoscimento di decisioni di un altro Stato membro nei soli casi di 'manifesta' contrarietà all'ordine pubblico, nonché la **definizione data dalla Corte di giustizia all'ordine pubblico** quale limite alla libera circolazione delle persone, come concetto che presuppone una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (sent. 4 ottobre 2012, C-249/11). Conformemente ai più recenti orientamenti della stessa Cassazione, l'ordine pubblico internazionale sarebbe dato dal complesso di **principi fondamentali** caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato momento storico, ma **ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali comuni ai diversi ordinamenti e posti a livello sovralegislativo**, mentre il legame con l'ordinamento nazionale va **limitato ai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione e, laddove compatibili con quest'ultima, dai Trattati istitutivi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché dalla CEDU**. L'individuazione dei principi costituzionali non deve fermarsi a livello meramente letterale, posto che esistono norme costituzionali che non esprimono principi inviolabili.

Nell'applicare in concreto tale scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico, il giudice non deve guardare all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti in termini di compatibilità col nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento italiano, con un **giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale**,

dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico solo nel caso in cui possa ritenersi che persino al legislatore ordinario sia ipoteticamente precluso introdurre una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari.

Nel caso in questione, si tratta di verificare se tale introduzione di norme straniere sia o meno contraria all'**interesse superiore del minore**, nella sua valenza più ampia comprensiva dell'identità personale e sociale e del diritto delle persone di autodeterminarsi e formare una famiglia, valori presenti nella Costituzione (artt. 2, 3, 31 e 32) e rafforzati dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale. Tale interesse superiore del minore (riconosciuto a livello di trattati internazionali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE) è complesso e articolato, ma nella specie si sostanzia nel **diritto a conservare lo status di figlio**, riconosciuto da un atto validamente formato in un altro Paese dell'UE. Il diritto alla continuità di tale status deriva dal ***favor filiationis***, sancito dalla stessa legge sul diritto internazionale privato (n. 218/1995) e implicitamente riconosciuto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Sulla scorta della giurisprudenza CEDU, la Cassazione conclude che il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, pacificamente esistente in Spagna, determinerebbe una situazione di **incertezza giuridica che inciderebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore**, relativamente, ad es., alla possibilità di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini. Ad essere violato sarebbe anche **l'interesse del minore ad avere due genitori**, in contrasto con l'**art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE**. Con particolare riguardo alla **Corte EDU**, quest'ultima ha lasciato sì ampia discrezionalità agli Stati in materia, ma ha precisato che il margine d'apprezzamento degli Stati si restringe in caso venga in gioco l'identità individuale. Il bambino, inoltre, non potrebbe essere responsabile delle conseguenze del comportamento imputabile ad altri (il ricorso delle madri a una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia), a pena della violazione del principio di eguaglianza, intesa come **pari dignità sociale di tutti i cittadini e divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali**.

Quanto al possibile **conflitto tra la tutela dell'interesse superiore del minore e altri valori costituzionali in gioco**, il loro ragionevole punto di equilibrio è rimesso, per espresso riconoscimento della Corte costituzionale, alla valutazione del legislatore (C. cost. n. 162/2014): da tale constatazione non deriva l'inammissibilità del riconoscimento degli effetti dell'atto dell'ordinamento straniero, bensì l'astratta modificabilità da parte del legislatore italiano futuro delle attuali norme interne che non riconoscono quel tipo di rapporto di filiazione, trattandosi di **scelte legislative non costituzionalmente obbligate**.

Con riguardo al **divieto legislativo derivante dalla legge n. 40 del 2004 di accedere alla procreazione assistita da parte delle coppie dello stesso sesso**, pena la sanzione pecuniaria, la Cassazione nega che tale divieto possa integrare un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico. Né può dirsi che la situazione in questione sia assimilabile alla **maternità surrogata**, anch'essa vietata dalla l. 40/2004, posto che si ha a che fare con la donazione dell'ovulo da parte di una donna alla propria partner (con la quale è coniugata nell'ordinamento spagnolo), la quale partorisca utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto.

La Cassazione riconosce il diritto alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica (quella avente cittadinanza italiana), il quale sarebbe ingiustificatamente travolto in caso di mancata trascrizione in Italia dell'atto di nascita perfezionato all'estero. Oltre dalla giurisprudenza CEDU, tale conclusione sarebbe desumibile dalla sentenza della **Corte costituzionale n. 494/2002**, in cui si è dichiarata l'illegittimità della norma che impedisce il riconoscimento dei figli incestuosi sulla base del diritto a uno *status filiationis*

riconducibile all'art. 2 Cost. e dal principio di uguaglianza come pari dignità sociale, diritto che sarebbe travolto in conseguenza di scelte e comportamenti non imputabili al figlio. Né tale conclusione può essere smentita dalla norma codicistica per cui madre è soltanto colei che partorisce (art. 269, co. 3, c.c.), con esclusione della donna che ha fornito l'ovulo. La previsione codicistica, infatti, non tiene conto dell'evoluzione scientifico-tecnologica intervenuta nel frattempo: se è indiscutibile l'importanza della gestazione per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre fisica, **non può negarsi l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il proprio patrimonio genetico al figlio**. Lungi dall'esprimere un principio immodificabile (e dunque un limite di ordine pubblico), la disposizione del codice civile può essere modificata dal legislatore ordinario al fine di adeguarla ai tempi e al mutato contesto sociale. Né vale a contraddire ciò il richiamarsi all'**art. 31 della Costituzione sulla protezione della maternità**: tale tutela costituzionale non necessariamente va limitata a un'unica forma di maternità, relegando nell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico dell'ovulo donato dalla donna. Il legame genetico, inoltre, rileva sotto il profilo dell'identità personale, come confermato sia da giurisprudenza CEDU che dalla stessa **Corte costituzionale, nella sent. n. 278/2011, sul diritto dell'adottando a conoscere le proprie origini, nonché nell'ord. n. 7/2012, sulla verità biologica della procreazione quale componente essenziale del minore**.

Quanto infine al presunto contrasto tra il riconoscimento di un rapporto di filiazione all'interno di una coppia dello stesso sesso e **l'art. 29 Cost.**, che vedrebbe nella famiglia matrimoniale l'unica comunità riconosciuta idonea ad accogliere figli, la Cassazione afferma l'insostenibilità di tale lettura costituzionale. In virtù dell'art. 2 Cost., infatti, **anche l'unione tra persone dello stesso sesso rappresenta una formazione sociale ove la persona 'svolge la sua personalità'** e la volontà di una coppia di diventare genitori e formare una famiglia costituisce "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" (C. cost. nn. 162/2014, 138/2010) riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., e non all'art. 29 Cost., da ciò potendosi dedurre l'inesistenza di un divieto costituzionale per le sole coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli. Né risulta dimostrato scientificamente o dall'esperienza alcun pericolo per il minore sul piano educativo e della crescita derivante dall'inserimento in una famiglia omosessuale. Con un'ardita costruzione di diritto giurisprudenziale fondato su altro diritto giurisprudenziale, la Cassazione afferma che la conferma di ciò verrebbe dal recente riconoscimento del **diritto delle coppie omosessuali ad adottare figli**, ex art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184/1983, come interpretata (o manipolata?) da Cassazione, n. 12962 del 2016. La conclusione è quella per cui non solo non esiste un principio di ordine pubblico consistente nella pretesa esistenza di un vincolo costituzionale che escluda il diritto alle coppie omosessuali di accogliere e generare figli, bensì esiste il contrario principio della "**fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone dello stesso sesso**". [A. Guazzarotti]

Cass., n. 40032 del 2016
MANDATO D'ARRESTO EUROPEO
E SITUAZIONE DELLE CARCERI IN ROMANIA

Cassazione, Sez. VI Pen., n. 40032/16, 21 - 26 settembre 2016

L'autorità giudiziaria dello Stato d'esecuzione di un mandato d'arresto europeo (MAE) non può dare seguito alla richiesta di consegna qualora disponga di elementi

oggettivi, affidabili accurati e debitamente aggiornati che attestino un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti per le persone detenute nello Stato membro di emissione, dovuto a carenze sistemiche o generalizzate del sistema carcerario. Nel caso della Romania, la Corte di giustizia ha rilevato nell'aprile 2016 l'esistenza di gravi indizi in tal senso, a sua volta basandosi sulla giurisprudenza CEDU e sul Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa del settembre 2015. Per la Cassazione, "(a) **il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri**, che fonda il meccanismo di consegna previsto dalla Decisione quadro 2002/584/JAI, si accompagna (...) la presupposta considerazione che i sistemi giuridici dei primi siano capaci di fornire una **protezione equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti a livello UE** - così per la Carta dei diritti fondamentali - conseguenti al **divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti**". La consegna, in tal caso, non è automaticamente esclusa, bensì subordinata a un supplemento di istruttoria, ossia a **informazioni individualizzate** ottenute dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione che consentano di escludere la sussistenza di un tale rischio, ai sensi della stessa Decisione quadro sul MAE (art. 15, par. 2). [A. Guazzarotti]

Cass., n. 42996 e n. 44193 del 2016
GLI EFFETTI (SCHIVATI?) DELLA CEDU
SULLA LEGALITÀ PENALE

Cassazione penale, V Sez., sent. 14 settembre 2016-12 ottobre 2016, n. 42996/16,
Ciancio

Cassazione penale, I Sez., sent. 11 ottobre 2016-18 ottobre 2016, n. 44193/16,
Dell'Utri

La Cassazione penale è alle prese con l'annosa questione della legalità del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, reato la cui scarsa 'prevedibilità' è stata recentemente oggetto di una condanna della Corte EDU nel caso *Contrada* (del 14 aprile 2015), che si è pronunciata ai sensi dell'art. 7 CEDU (*Nulla poena sine lege*).

Nel primo caso, la V Sezione della Cassazione ritiene che in quella decisione di Strasburgo non si è esclusa la legalità penale per il solo fatto della necessaria considerazione dell'interpretazione giudiziale data alle disposizioni penali incriminatrici; che la Corte EDU ha riconosciuto che, a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 16 del 5 ottobre 1994, *Demitry*, era stato ammesso esplicitamente il concorso esterno in associazione mafiosa, risultando però i fatti relativi al caso *Contrada* anteriori a quella data. Ne deriva **l'impossibilità di desumere dal precedente CEDU in questione la non prevedibilità e, dunque, la non legalità del reato de quo**. Qui, però, arriva la parte 'polemica', in cui la V Sezione contesta a Strasburgo di muovere dalla «**premessa del tutto errata**» che **il reato di concorso esterno sia d'origine giurisprudenziale**, laddove, invece, esso nasce, «nel rispetto del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, co. 2, Cost., dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrici speciali e l'art. 110 cod. pen.». Il problema investe, in maniera più generale, la sufficiente ragionevolezza dell'interpretazione sfavorevole, ai fini della prevedibilità del reato da parte dell'imputato: occorre evitare, in tale ambito, un eccessivo rigore, posto che, diversamente, si corre il rischio che la Cassazione non possa mai fornire, per la prima volta, una lettura diversa e più sfavorevole all'imputato rispetto all'esegesi recepita in precedenti pronunce. «Ciò comporterebbe che (...) **il precedente giudiziario sarebbe vincolante anche in**

altri procedimenti (e, nella prospettiva garantista europea, sarebbe tale anche per le Sezioni Unite).» Il che cozzerebbe con l'art. 101, co. 2, Cost.

Se, per il reato in questione, dovesse davvero ritenersi che la possibilità di letture diverse della norma incriminatrice, compresa l'interpretazione sfavorevole, derivi da una patologica indeterminatezza della fattispecie e non da una razionale correlazione alla lettera della previsione, **sarebbe necessario sollevare la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale in relazione alla norma di esecuzione della CEDU.** Il che, tuttavia, non è, posto che «nella progressiva evoluzione della giurisprudenza» non può rinvenirsi una violazione del principio di legalità.

Nel secondo caso, la I Sezione penale ritiene che **gli effetti del caso *Contrada* non siano generalizzabili ad altri casi**, aventi in comune il solo dato della condanna formale per il medesimo reato di concorso esterno in associazione mafiosa. In particolare, **non è utilizzabile a tal fine lo strumento dell'incidente d'esecuzione**, come pure in passato si era fatto in casi assai noti (*Dorigo* e altri). Dopo l'intervento della **Corte costituzionale nella sent. n. 113/2011**, lo strumento principe, in simili casi, è quello della **revisione 'europea' del processo**. Per cui, «l'incidente di esecuzione rappresent(a) in linea teorica – stante la perdurante inerzia del legislatore – solo *uno dei* possibili strumenti di adeguamento dell'ordinamento interno alle decisioni definitive emesse dalla CEDU, postergato rispetto alla revisione (sent. 113 del 2011) cui **può farsi ricorso solo nel caso in cui: a) la decisione, sia o meno stata adottata nelle forme della 'sentenza pilota', abbia effettiva e obiettiva portata generale; b) le situazioni in comparazione (caso deciso dalla CEDU/caso soggettivamente diverso sottoposto a scrutinio) siano identiche; c) non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti nessun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto**». Con particolare riguardo alla comparazione tra i casi *Contrada* e *Dell'Utri*, la Prima Sezione rileva come la sentenza di Strasburgo nel primo caso abbia tenuto in particolare conto la **condotta processuale dell'imputato**, condotta che si è rivelata assai diversa nel caso *Dell'Utri*, il quale non aveva prospettato una precisa ipotesi di qualificazione giuridica del fatto alternativa. Per ricadere nell'identica situazione a quella già ritenuta contraria all'art. 7 CEDU dalla Corte di Strasburgo, dunque, occorre che le ricadute negative del conflitto interpretativo sull'accusato siano percepibili attraverso l'esame della condotta processuale da costui tenuta, data l'**ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità** e che sia stata almeno sollecitata dallo stesso accusato una diversa qualificazione giuridica del fatto. [A. Guazzarotti]

**Cons. St., n. 4004 del 2016
L'UNGHERIA NON È UN PAESE SICURO PER I RICHIEDENTI ASILO
(E NEMMENO LA BULGARIA)**

Consiglio di Stato, Sez. III., n. 4004/2016, 7 luglio - 27 settembre 2016

Per il Consiglio di Stato vi è il rischio attuale che lo straniero richiedente asilo venga sottoposto a trattamenti inumani e degradanti in Ungheria (Paese di primo ingresso, ai sensi del Regolamento 604/2013 del 26 giugno 2006). Ciò emergerebbe da fonti ulteriori e più recenti dell'unica considerata dal giudice di primo grado (il rapporto della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza adottato nel marzo 2015): oltre alla famigerata legge del luglio 2015 di modifica alla legge ungherese sull'immigrazione, il Supremo giudice amministrativo cita il **'muro anti-immigrati'** (**"che ben rappresenta il clima culturale e politico di avversione al fenomeno dell'immigrazione e della richiesta di**

protezione dei rifugiati”). Le novità normative introdotte dal Parlamento ungherese vanno dalla cancellazione della richiesta di asilo per coloro che lasciano la loro residenza designata per più di 48 ore senza autorizzazione, al prolungamento della detenzione nonché alla possibilità di obbligare i richiedenti asilo a lavori di pubblica utilità per coprire le spese di mantenimento, con l'estensione indiscriminata di un regime detentivo a tutti i richiedenti, senza distinzione per sesso, età e condizioni fisiche, comprese donne in gravidanza e minori non accompagnati. Le fonti cui il Consiglio di Stato fa riferimento sono Human Rights Watch, l'UNHCR, Amnesty International, oltre alla notizia dell'avvio di un procedimento di infrazione della Commissione europea contro l'Ungheria a seguito delle modifiche legislative in questione. Trattasi di **circostanze notorie, sufficienti a far ritenere fondato il rischio che il provvedimento di trasferimento impugnato esponga il ricorrente alla possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.**

[Ad identica conclusione la stessa Sez. III del Consiglio di Stato è pervenuta nei confronti della **Bulgaria** nella **sent. n. 3999/2016** recante stessa data]. [A. Guazzarotti]

Forum di Quaderni Costituzionali