



Consiglio di Stato
Adunanza della Commissione Speciale
del 15 febbraio 2005

N. Sezione n. 11548/2004

La Sezione

OGGETTO

**MINISTERO DEL LAVORO E DELLE
POLITICHE SOCIALI – Quesito
riguardante gli effetti della sentenza della
Corte costituzionale n. 320 del 2004, che
ha dichiarato l’illegittimità costituzionale
dell’art. 91, commi 1, 2, 3, 4, e 5, della l. n.
289 del 2002, relativo al Fondo di
rotazione per il finanziamento in favore di
datori di lavoro che realizzano, nei luoghi
di lavoro, servizi di asili-nido e micro-
nidi.**

Vista la relazione del Ministero del
lavoro e delle politiche sociali, con
la quale si chiede il parere del

Consiglio di Stato sul quesito in oggetto;

Vista la nota del 20 gennaio 2005 del Presidente della Seconda Sezione;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 24 gennaio 2005, con il
quale – rilevato che le questioni poste con il suddetto quesito risultano di interesse
generale – è stata costituita una commissione speciale per la definizione dell’affare in
oggetto;

Esaminati gli atti ed udito il relatore ed estensore, consigliere Luigi Carbone;

PREMESSO e CONSIDERATO:

1. Con la richiesta di parere in oggetto, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali pone un quesito in ordine agli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 320 del 2004 (depositata il 5 novembre 2004 e pubblicata sulla G.U. del 10 novembre 2004), concernente la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 91, commi 1, 2, 3, 4, e 5 della l. n. 289 del 2002 (legge finanziaria 2003).

Il Ministero fa presente che la norma poi dichiarata incostituzionale aveva istituito, dall'anno 2003, un fondo di rotazione per il finanziamento dei datori di lavoro che realizzano, nei luoghi di lavoro, servizi di asili-nido e micro-nidi, al fine di assicurare un'adeguata assistenza familiare alle lavoratrici e ai lavoratori dipendenti con prole, stanziando la somma massima di 10 milioni di Euro per l'anno 2003.

Come previsto dal comma 4 del suddetto art. 91, i criteri per la concessione dei finanziamenti e la disciplina specifica per la loro erogazione sono stati determinati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto con il Ministro per le pari opportunità del 16 maggio 2003, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 agosto 2003.

Una volta scaduto (in data 11 ottobre 2003) il termine per la presentazione delle domande, esse sono state valutate da una apposita commissione ed è stato infine emanato un elenco dei progetti "ammessi al finanziamento" con decreto del Ministro del lavoro dell'11 febbraio 2004 (registrato dalla Corte dei conti il 21 giugno 2004). Con nota del 10 maggio 2004, n. 1131, i soggetti ammessi al finanziamento sono stati invitati a sottoscrivere entro 60 giorni, a pena di decadenza, la convenzione bilaterale allegata e a far pervenire la documentazione richiesta dal citato decreto interministeriale del 16 maggio 2003.

Nelle more, in data 25 marzo 2004, è stata impegnata la somma di circa 10 milioni di euro in favore dei 97 soggetti beneficiari. Dal maggio 2004, inoltre, il Ministero referente fa presente di avere più volte sollecitato il Ministero dell'economia e delle finanze ai fini dell'ottenimento della relativa disponibilità di cassa sul capitolo di pertinenza n. 7208 "Fondo di rotazione per il finanziamento di datori di lavoro che realizzano nei luoghi di lavoro servizi di asili nido e micro-nidi".

Con il quesito in oggetto si fa presente che, alla data dell'11 novembre 2004 – data di pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità dei primi 5 commi dell'art. 91 – la situazione era la seguente: per 41 progetti era “stata già stipulata la convenzione individuale con i datori di lavoro, registrata e vistata dalla Corte dei conti”; per 20 progetti si era “in attesa del visto e registrazione della Corte dei conti sulle singole convenzioni individuali” (che quindi sembrerebbero essere state anch'esse ormai stipulate); per 9 progetti si era “in attesa del completamento della documentazione fidejussoria, richiesta dalla convenzione individuale” (in relazione a questi progetti, il Ministero non specifica se le relative convenzioni erano state anch'esse stipulate ovvero se la presentazione di questa documentazione è propedeutica alla stipula).

Questo per 70 progetti sui 97 totali.

Con decreto ministeriale del 28 ottobre 2004 sono stati, poi, individuati gli ultimi 27 progetti non ancora finanziati, poiché gli originari datori di lavoro ammessi al contributo vi avevano rinunciato ovvero erano a vario titolo decaduti. Ciò è avvenuto tramite lo scorrimento della graduatoria degli idonei, per un importo pari a 2.588.642,46 euro. Non appare chiaro dalla relazione ministeriale se anche per questi 27 progetti sia stata stipulata la convenzione individuale con i relativi datori di lavoro.

Di fronte a questa situazione in fatto, il quesito pone la questione dell'impatto, sui procedimenti in corso come sopra descritti, della sentenza di dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 91, commi 1, 2, 3, 4, e 5 della l. n. 289 del 2002 ad opera della citata sentenza n. 320 del 2004 della Consulta.

2. La Seconda Sezione del Consiglio di Stato ha esaminato il quesito in oggetto nell'Adunanza del 12 gennaio 2005.

In quella sede, ha rilevato come il descritto quesito presentasse implicazioni di principio in relazione all'esercizio sia dell'attività normativa che di quella amministrativa dello Stato a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione e come la sua soluzione incidesse sulla questione generale degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale di accoglimento sui procedimenti amministrativi in corso e della conseguente individuazione di eventuali diritti quesiti e rapporti esauriti.

Pertanto, con decreto del Presidente del Consiglio di Stato è stata costituita la presente Commissione speciale per la definizione dell'affare in oggetto.

3. La sentenza n. 320 del 2004 della Consulta – che peraltro non costituisce il suo primo pronunciamento in materia, ma si richiama alla sentenza di accoglimento n. 370 del 2003 (cfr. *infra*, il punto 10 del presente parere) – afferma che la materia degli asili-nido va ricondotta all’ambito della materia dell’istruzione, nonché, per alcuni profili, alla materia della tutela del lavoro, e dunque affidata alla potestà legislativa statale concorrente ai sensi del terzo comma dell’articolo 117 Cost. .

In quest’ambito – afferma la Corte – “il legislatore statale può determinare soltanto i principi fondamentali della materia e non dettare una disciplina dettagliata ed esaustiva, quale quella contenuta nei primi cinque commi dell’art. 91 della legge n. 289 del 2002”.

Inoltre, la Corte stabilisce che “il tipo di ripartizione delle materie fra Stato e Regioni di cui all’art. 117 Cost. vieta comunque che in una materia di competenza legislativa regionale, in linea generale, si prevedano interventi finanziari statali seppure destinati a soggetti privati, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere allo Stato potestà legislative e amministrative sganciate dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze”.

La sentenza in parola non contiene alcun riferimento agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, a differenza di altre pronunce sulla medesima o su analoga materia (cfr., ad esempio, le sentenze nn. 370/03, già citata, e n. 423/04: su tale rilevante profilo cfr. *infra*, il punto 10 del presente parere).

4. Per fornire risposta al quesito proposto, questa Commissione speciale ritiene opportuno muovere – in assenza di riferimenti espliciti sul destino degli atti eventualmente compiuti sulla base della disciplina rilevata incostituzionale – dalla ricognizione delle norme e dei principi generali che, al di là della fattispecie in questione, vanno applicati a seguito di una pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale, con conseguente dichiarazione di incostituzionalità di una norma di rango legislativo.

L’art. 136, primo comma, della Costituzione, dispone come è noto che la norma dichiarata incostituzionale “*cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*” della Corte sulla Gazzetta Ufficiale.

Sul punto è poi intervenuto l’art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”, il

quale, al terzo comma, afferma che: “*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza*”.

Dalla citata disposizione si rinviene, ormai pacificamente, il principio della “retroattività” degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale, che intende la “cessazione di efficacia” di cui all’art. 136 Cost. non soltanto come divieto di ulteriore applicazione della norma dichiarata incostituzionale ma anche come obbligo di sua disapplicazione nei rapporti e nei procedimenti da essa disciplinati. E ciò non soltanto da parte del giudice *a quo* – come pure inizialmente qualcuno aveva sostenuto, anche sull’esempio dell’ordinamento austriaco – ma anche da parte di ogni altro giudice, nonché da parte di qualunque soggetto, pubblico o privato, sarebbe stato tenuto ad applicarla.

5. In presenza di tale quadro ordinamentale, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che, se gli effetti della deliberazione di accoglimento decorrono dal giorno successivo alla pubblicazione del dispositivo della decisione, una pronuncia di illegittimità costituzionale ha efficacia anche relativamente ai rapporti giuridici sorti anteriormente, purché ancora pendenti e cioè non “esauriti”.

5.1. Per “rapporti esauriti” si intendono, di regola, soltanto quei rapporti nell’ambito dei quali non siano decorsi termini di prescrizione o decadenza per l’esercizio dei relativi diritti e per i quali non si sia formato il giudicato (cfr., *ex multis*, Cassazione civile, sentt. n. 6487 del 6 maggio 2002; n. 10963 dell’8 agosto 2001; n. 9767 del 18 luglio 2001; n. 194 del 10 maggio 2001; Corte dei conti a Sezioni riunite, sentenza n. 8/2000/QM del 12 settembre 2000; Consiglio di Stato, VI sez., decisione n. 464 del 10 giugno 1992 e n. 99 del 1997 nonché, da ultimo, sez. IV, n. 6489 del 5 ottobre 2004 e ord. n. 1612 del 6 aprile 2004).

Di tale assetto è stata, da tempo, fornita conferma anche dalla Corte di Giustizia europea (sent. 30 ottobre 1975, n. 232), secondo la quale “la declaratoria d’incostituzionalità delle leggi italiane ha efficacia solo parzialmente retroattiva: i suoi effetti non si esplicano di fronte ai cosiddetti rapporti ‘esauriti’, cioè quelli che risultino regolati in modo definitivo e irrevocabile in forza di atti od eventi che hanno efficacia assolutamente preclusiva di ogni mutamento”.

Non sono, quindi, incise dalla pronuncia di incostituzionalità, ad esempio, quelle situazioni che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e immodificabile

conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono incisi dalla successiva pronuncia di incostituzionalità (questa regola, peraltro, non vale in materia penale, dove vige il principio della retroattività assoluta delle sentenze della Corte favorevoli agli imputati, anche nei confronti del giudicato di condanna, ai sensi del quarto comma del citato art. 30 l. n. 87 del 1953, il quale afferma che: “*Quando in applicazione della norme dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”).

Allo stesso modo, sono considerati esauriti anche i rapporti rispetto ai quali sia decorso il termine di prescrizione o di decadenza stabilito dalla legge per l’esercizio dei diritti a essi relativi: in tali ipotesi ci si trova, infatti, dinanzi a situazioni non più contestabili in giudizio (cfr., anche qui *ex multis*, Cass. sent. n. 11812 del 6 agosto 2002 e n. 5206 del 28 maggio 1999).

5.2. In conclusione, sono definibili esauriti quei rapporti giuridici che – sorti, regolati o decisi in base alla legge (successivamente) dichiarata incostituzionale – non richiedano più l’applicazione di quest’ultima e siano qualificabili come “esauriti” in forza di altra e diversa norma di legge, sulla quale perciò, indipendentemente da quella dichiarata incostituzionale, sia possibile fondare siffatta qualificazione (ad esempio, situazioni o rapporti “esauriti” secondo la disciplina del giudicato, della prescrizione, della decadenza, delle preclusioni processuali, dell’inoppugnabilità del provvedimento amministrativo).

Appare utile ribadire che la qualificazione come “esauriti” di un rapporto o di una situazione non deve mai fondarsi sulla norma di legge dichiarata costituzionalmente illegittima per la decisiva ragione che, altrimenti, continuerebbe ad applicarsi – operando la predetta qualificazione, appunto, nonostante e dopo tale dichiarazione – la norma incostituzionale: e ciò, in manifesta violazione del divieto stabilito dal combinato disposto degli articoli 136 comma 1 Costituzione, 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell’art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953 (cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 124 del 1996, n. 139 del 1984, n. 49 del 1970 e n. 58 del 1967; nonché Cassazione, sent. n. 15062 del 22 novembre 2000, n. 12061 del 1998, n. 610 del 1978, n. 2634 del 1973 e nn. 3100 e 2146 del 1972).

Solo in caso di rapporti esauriti, infatti, sull’esigenza di depurare l’ordinamento dagli effetti di norme incostituzionali prevale l’esigenza di salvaguardare la stabilità dei

rapporti, anche per ragioni di tutela del legittimo affidamento di coloro che versano in situazioni ormai consolidate.

6. Con riferimento agli effetti delle sentenze declaratorie di incostituzionalità sui provvedimenti amministrativi, non può non ricordarsi l'indirizzo interpretativo espresso da questo Consiglio di Stato sin dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 8 aprile 1963, n. 8.

Anche in quella decisione si ribadisce che “la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha efficacia *ex tunc*, salvo il limite degli effetti irrevocabilmente prodotti dalla norma incostituzionale (situazioni e rapporti divenuti incontrovertibili per il maturarsi di termini di prescrizione o di decadenza, o perché definiti con giudicato, etc.) ed opera *erga omnes*, cioè anche fuori dell'ambito del rapporto processuale in cui è stato sollevato l'incidente di incostituzionalità, distinguendosi dalla abrogazione della legge, perché si estende ai fatti anteriori” e si afferma contestualmente l'obbligo del Consiglio di Stato di pronunciare l'annullamento dell'atto amministrativo in base alla legge dichiarata incostituzionale.

La decisione richiamata fa discendere dall'efficacia della pronuncia d'incostituzionalità della legge e dall'autonomia del momento esecutivo l'invalidità dell'atto amministrativo emanato in applicazione della legge incostituzionale: il vizio dell'atto amministrativo fondato su norme incostituzionali non incontra, quindi, i limiti derivanti dal non essere stato denunciato nei termini, né quello del diverso apprezzamento espresso precedentemente dal giudice sullo stesso vizio e può essere fatto valere anche d'ufficio dal giudice amministrativo alla stregua del divieto di applicazione della norma dichiarata incostituzionale, anche per il tramite del suo atto applicativo (ovviamente, entro i limiti della rilevanza della questione di costituzionalità nel caso sottoposto al suo giudizio, da apprezzarsi con riferimento alle disposizioni di legge ordinaria da applicarsi nel giudizio medesimo, nei loro riflessi sui poteri del giudice).

Con tali precisazioni, viene altresì superata la teoria, sino a quegli anni maggioritaria, della “inesistenza” degli atti amministrativi emanati in virtù di una norma dichiarata incostituzionale.

7. Applicando i principi ora menzionati al caso di specie, non può che rilevarsi la radicale invalidità dell'elenco dei progetti “ammessi al finanziamento” di cui al decreto

del Ministro del lavoro dell'11 febbraio 2004, che si configura come un atto plurimo, che reitera il medesimo contenuto per una molteplicità di destinatari.

Risulta evidente che, laddove l'amministrazione dovesse proseguire il suo operato attraverso ulteriori interventi di natura provvedimentoale, essa non potrebbe farlo, poiché i nuovi atti si fonderebbero su un atto presupposto certamente illegittimo, che in ogni momento può (e deve) essere definitivamente rimosso dalla stessa amministrazione, in via di autotutela, ovvero dal giudice amministrativo.

Altrettanto può dirsi, ma in termini diversi, per la prosecuzione del rapporto attraverso strumenti negoziali e non provvedimentoali, come previsto per il caso di specie. Secondo la norma dichiarata incostituzionale, l'attività conseguente a quella dell'individuazione dei progetti ammessi al contributo si svolge, infatti, non attraverso altri provvedimenti amministrativi, bensì attraverso accordi, attraverso convenzioni consequenziali al provvedimento.

7.1. Va ricordato come la norma venuta meno aveva un effetto quantomeno duplice: quello di fondare il potere di intervento diretto, in materia, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e quello di stanziare le risorse finanziarie necessarie per l'esercizio di tale potere.

Limitandosi, per ora, al primo di tali effetti (per quello relativo agli aspetti di spesa cfr. *infra*, il punto 8 del presente parere), tali convenzioni – pur se aventi natura consensuale – si configurano come atti dovuti, anche per i contraenti privati (come si è detto, i soggetti ammessi al finanziamento erano obbligati a sottoscrivere la convenzione bilaterale, a pena di decadenza, e a far pervenire al più presto la documentazione richiesta). Come fase terminale di un processo con passaggi fortemente connessi l'uno con l'altro, avviato dalla legge (ora privata di efficacia con effetto *ex tunc*) e proseguito in un'attività provvedimentoale prima e negoziale poi.

In tale situazione, il procedimento amministrativo espletato sulla base del potere conferito dalla legge incostituzionale aveva una funzione peculiare, che andava al di là della mera individuazione del contraente privato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica (peraltro, come è noto, ormai anche su tali procedure la giurisprudenza amministrativa tende a riconoscere, in caso di loro illegittimità, effetti travolgenti sulla sorte del contratto di appalto). Il procedimento radicava in capo all'amministrazione il potere a stipulare il negozio, ne determinava il contenuto, costituiva il fondamento della sua stessa esistenza.

La norma in contrasto con la Costituzione non può configurarsi, nel descritto contesto, come un presupposto storico di eventi che trovano in se stessi un loro (autonomo) fondamento giuridico, ma costituisce un elemento strutturalmente e funzionalmente immanente della successiva attività, sia amministrativa che consensuale.

7.2. Non sembra, pertanto, potersi applicare al caso in questione quell'indirizzo secondo il quale, in caso di incostituzionalità di norme che prevedono determinate figure negoziali, si ha in genere, come conseguenza della pronuncia di illegittimità costituzionale, solo un errore sui presupposti di diritto concordemente ammessi dalle parti.

Piuttosto, l'incostituzionalità della legge fondante e la conseguente invalidità dell'attività amministrativa di attuazione sembra viziare la causa delle convenzioni già stipulate, causa intesa nell'accezione civilistica di "tipico scopo immanente", di ragione e funzione economico-sociale di ogni negozio.

Analoghi effetti travolgenti si avrebbero anche a prendere in considerazione non la causa ma la presupposizione, intesa come *Geschäftsgrundlage*, come "base negoziale" identificata per prima dalla dottrina tedesca nel 1921. In questa ipotesi, la riconosciuta carenza del potere dello Stato a intervenire con legge esplicherebbe un effetto risolutivo sui negozi stipulati sulla base – e in diretta derivazione – dell'esercizio di tale potere.

In entrambi i casi, nel rapporto tra l'amministrazione e i beneficiari dei contributi entra in gioco un contrasto con norme costituzionali assolutamente inderogabili da parte dei contraenti, in base alle quali lo Stato non aveva il potere di costituire e disciplinare, con una sua legge, quell'articolato meccanismo procedimentale che ha poi condotto alla stipulazione delle convenzioni di concessione di contributi.

7.3. Diversa sarebbe stata, ovviamente, la situazione laddove il venir meno delle norme in questione fosse derivato non da una dichiarazione di incostituzionalità, bensì dalla loro abrogazione ad opera di una legge successiva. Difatti, la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato è nel senso di affermare che mentre l'efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale è giustificata dalla stessa eliminazione della norma che non può più regolare alcun rapporto giuridico salvo che si siano determinate situazioni giuridiche ormai esaurite, in ipotesi di successione di legge – dal momento che la norma

anteriore è pienamente valida ed efficace fino al momento in cui non è sostituita – la nuova legge non può che regolare i rapporti futuri e non anche quelli pregressi, per i quali vale il principio del *tempus regit actum*, secondo il quale la disciplina applicabile è quella vigente al momento in cui si è realizzata la situazione giuridica o il fatto generatore del diritto, salvo che il legislatore non attribuisca egli stesso effetti retroattivi alla legge, nei limiti consentiti dalla Costituzione (cfr., ad es., Cass. civile, n. 311 del 28 maggio 1979).

In conclusione sul punto, questa Commissione speciale ritiene che, anche nel caso in cui le convenzioni in esame siano state già stipulate e registrate dalla Corte dei conti, il rapporto tra il Ministero del lavoro e i beneficiari dei contributi non può essere considerato “esaurito” con la conclusione della procedura di individuazione dei beneficiari, anche se divenuta inoppugnabile, ovvero con la stipulazione delle relative convenzioni. Tali eventi si configurano, nel caso di specie, come fasi di un rapporto ancora in corso al momento della dichiarazione di incostituzionalità, che deve proseguire con l’erogazione materiale dei contributi (che invece pacificamente non è ancora, in nessun caso, avvenuta) e con l’effettiva attuazione dei progetti prescelti.

8. Ad analoghe conclusioni si perviene esaminando il secondo degli effetti prima attribuiti alla normativa dichiarata incostituzionale: quello connesso con la disciplina della finanza pubblica e della contabilità di Stato.

Con la rimozione integrale dell’intervento normativo statale in materia, non è stata rimossa soltanto la disciplina che ha dato luogo al procedimento amministrativo al termine del quale – in base all’atto plurimo di ammissione al contributo – sono poi state stipulate le convenzioni: è stata rimossa anche l’individuazione, con le medesime norme, delle risorse economiche necessarie per finanziare l’intervento.

Con la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale è quindi venuto meno, con effetto *ex tunc*, anche lo stanziamento delle somme necessarie per l’erogazione dei contributi *de quibus*. In altri termini, si è estinto non solo il potere di agire per erogare i contributi ma anche quello di pagarli materialmente.

Nel caso di specie, pertanto – anche in considerazione della totale assenza di un avviso dell’amministrazione responsabile per la spesa pubblica, il Ministero dell’economia – non si possono configurare posizioni giuridiche a rilevanza patrimoniale che possano avere effetti sulla gestione del bilancio dello Stato.

L'erogazione delle somme in questione, per le quali non esiste più uno stanziamento disposto dalla legge, sarebbe da considerare a tutti gli effetti una erogazione indebita, dalla quale scaturisce il diritto/dovere dell'amministrazione di ripetizione, secondo le regole ordinarie, anche in relazione alla eventuale insorgenza di profili di responsabilità erariale.

Certo, la situazione fattuale del caso oggetto del quesito rende più chiara e agevole la sua soluzione, poiché in nessun caso alle convenzioni, anche se già definitivamente stipulate e registrate dalla Corte dei conti, ha fatto seguito l'emissione di un mandato di pagamento. In caso di avvenuto pagamento delle somme e in assenza di pronunciamenti specifici della sentenza di accoglimento, ci si sarebbe dovuti chiedere se alla dichiarazione di incostituzionalità non avrebbe dovuto far seguito anche un obbligo di ripetizione di quanto indebitamente versato dall'amministrazione, e se il rapporto non dovrebbe essere considerato esaurito soltanto al momento della prescrizione del diritto di ripetizione dell'indebito. Ma l'analisi di tale profilo esula, come si è visto, dalla decisione sul quesito in oggetto.

9. La soluzione identificata dalla Commissione speciale non sembra essere contraddetta neppure dalla eventuale sussistenza di un "principio di affidamento" da parte dei soggetti che hanno già stipulato le convenzioni, o di quelli che hanno comunque partecipato al procedimento di ammissione al contributo.

Nella specie si è di fronte ad una modifica dell'assetto legislativo sottostante, ad un vero e proprio *factum principis*, di cui è responsabile soltanto il legislatore statale che – in maniera reiterata – ha dato luogo ad una serie di eventi tutti concatenati ma fondati su una normativa che – pur se con una finalità certamente commendevole – non avrebbe avuto il potere di emanare, poiché in contrasto con il riparto stabilito dall'art. 117 Cost. .

Peraltro, l'esistenza di precedenti anche in termini sulla materia degli asili nido e la stessa pendenza della questione di costituzionalità consentivano di far comunque ritenere *sub iudice* la procedura in oggetto, indebolendo l'eventuale affidamento indotto dallo Stato.

10. Una conferma finale della soluzione ora esposta si ricava anche dall'esame di altre pronunce della Corte costituzionale e, per converso, dall'assenza, nella sentenza

n. 320 del 2004, di ogni riferimento agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, a differenza di altre pronunce sulla medesima o su analoga materia.

10.1. Come è noto, la Consulta, a partire dalla fine degli anni ottanta, ha ritenuto in qualche caso di porre limiti all'effetto retroattivo delle sue pronunce per evitare che da un'applicazione radicale e generalizzata del principio della efficacia retroattiva limitata dai soli rapporti esauriti "potessero prodursi effetti sconvolgenti sul piano sociale, ovvero oneri economici insopportabili, rispetto a situazioni da molto tempo cristallizzate".

Si è ritenuto che in fattispecie del genere la pronuncia costituzionale, nel suo concreto risultato, non avrebbe aderito alla propria funzione, in quanto avrebbe dato luogo ad un grave turbamento della convivenza, e che tale effetto negativo avrebbe potuto, inavvertitamente, indurre a non riconoscere il vizio di illegittimità costituzionale e quindi ad un vero e proprio diniego di giustizia.

Così – pur quando non fosse in questione la cosiddetta "incostituzionalità sopravvenuta", la quale anche secondo il precedente orientamento poteva giustificare un'efficacia *ex nunc* della sentenza di accoglimento – la Corte ha ritenuto di potere talora discostarsi dall'indirizzo costantemente seguito nel primo trentennio della sua attività, inserendo in qualche sua decisione dei *dicta* volti a regolare gli effetti di quella specifica dichiarazione di incostituzionalità (cfr., ad esempio, una delle prime pronunce in tal senso, la n. 50 del 16 febbraio 1989, che ha statuito che la pronuncia di illegittimità della norma che escludeva la pubblicità delle udienze nel processo tributario non incideva sugli atti processuali pregressi e quindi anche sui provvedimenti anteriormente emanati dalle competenti commissioni; sempre all'inizio del filone si colloca la sent. n. 398 del 13 luglio 1989, concernente la nomina, da parte del ministero dell'agricoltura e foreste, di magistrati ordinari all'ufficio giurisdizionale di commissario agli usi civici, che è stata circoscritta, nei suoi effetti, alle nomine future; già nel 1988, quasi anticipando il nuovo orientamento, la Corte dichiarò l'incostituzionalità di una norma concernente l'organizzazione della giustizia militare, attribuendo alla sua decisione soltanto un'efficacia *de futuro* con la sent. n. 266 del 9 marzo 1988).

10.2. Una conferma di quanto rilevato emerge direttamente anche nella materia in esame, proprio con riguardo alla sentenza che costituisce il precedente diretto della sent. n. 320/04.

Si tratta della sentenza n. 370 del 23 dicembre 2003, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 70, commi 1, 3, 4 (in parte) e 8, della l. n. 448 del 2001 (la legge finanziaria relativa all'anno 2003, precedente a quella in esame): la normativa dichiarata incostituzionale istituiva e regolava un fondo speciale per gli asili nido nell'ambito dello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, disponendo che il fondo venisse ripartito annualmente tra le Regioni, sentita la Conferenza unificata, con decreto del Ministero del lavoro di concerto con il Ministro dell'economia.

In quella sede, la Corte ha ritenuto che "l'attività dello speciale servizio pubblico costituito dagli asili nido" rientrasse "palesamente nella sfera delle funzioni proprie delle Regioni e degli enti locali": pertanto, è stata ritenuta "contraria alla disciplina costituzionale vigente la configurazione di un fondo settoriale di finanziamento gestito dallo Stato, che viola in modo palese l'autonomia finanziaria sia di entrata che di spesa delle regioni e degli enti locali e mantiene allo Stato alcuni poteri discrezionali nella materia cui si riferisce".

Particolare rilievo assume, anche ai fini della soluzione del quesito in oggetto, la circostanza che in quella sentenza la Corte abbia ritenuto di soffermarsi espressamente anche sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, disponendo che "*la particolare rilevanza sociale del servizio degli asili-nido, relativo a prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, comporta peraltro che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti*".

Un siffatto riferimento – che non compare affatto nella sentenza n. 320 del 2004, che ha dato adito al quesito in oggetto – fa ritenere che, di regola, in assenza di specifiche indicazioni fornite dalla stessa Corte, i procedimenti di spesa "non esauriti" sono travolti dalla pronuncia di incostituzionalità della norma sottostante.

10.3. Ulteriore conferma di quanto sopra affermato si ricava anche dalla recente sentenza n. 423 del 29 dicembre 2004, anch'essa relativa a questioni simili a quella trattata in questa sede.

Con la sentenza n. 423, la Corte ha chiaramente dimostrato di distinguere – anche all’interno della stessa sentenza – i casi nei quali gli effetti travolgenti andavano, in qualche modo, temperati o regolati, dai casi nei quali, nel silenzio della pronuncia, vale il principio generale della retroattività delle pronunce facendo salvi i soli rapporti esauriti, secondo quanto sopra ricostruito.

Ad esempio, nel dichiarare incostituzionale l’art. 46, comma 6, della l. n. 289 del 2002 (la stessa legge finanziaria per il 2003 che ha dato luogo al quesito in oggetto), relativo alla assegnazione di un contributo annuo all’ente privato della Federazione dei maestri del lavoro d’Italia, la Corte (punto 7.6. della sentenza 423/04) ha richiamato espressamente il principio enunciato con la sentenza n. 320 del 2004 in oggetto, secondo cui il tipo di ripartizione delle materie fra Stato e Regioni di cui all’art. 117 Cost. “vieta comunque che in una materia di competenza legislativa regionale, in linea generale, si prevedano interventi finanziari statali seppur destinati a soggetti privati, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere allo Stato potestà legislative e amministrative sganciate dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze” (cfr. *retro*, il punto 3). E anche in questo caso non ha disposto alcuna deroga al principio generale della retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

Per contro, la stessa sentenza n. 423 (al punto 8.2), nel dichiarare fondata la questione di costituzionalità in relazione all’art. 3, comma 101, della l. n. 350 del 2003 (legge finanziaria per il 2004), nella parte in cui prevede l’erogazione delle somme ivi indicate per le finalità previste dall’art. 2, comma 7, della legge n. 289 del 2002, non soltanto ha ribadito che non sono ammessi finanziamenti caratterizzati da vincoli di destinazione, ma ha anche aggiunto espressamente che *“la particolare rilevanza della misura in questione – che richiede continuità di erogazione, in relazione ai diritti costituzionali implicati – giustifica «che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti» (sentenza n. 370 del 2003)”*, con un richiamo espresso a quel precetto della sentenza n. 370 del 2003 che – si ripete – non compare nella sentenza n. 320 del 2004.

10.4. La mancata presenza, nella sentenza n. 320 del 2004, di un riferimento agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, che avrebbe potuto essere operato anche attraverso un semplice rinvio ai precedenti giurisprudenziali (come avvenuto nella successiva sentenza n. 423 del 2004), costituisce un ulteriore argomento per la soluzione fornita al quesito.

Probabilmente, il giudice delle leggi ha ritenuto che, nel caso in esame, la norma costituzionalmente illegittima incideva in via soltanto mediata sugli interessi costituzionalmente rilevanti, a differenza che nel caso della sentenza n. 370 del 2003: nel caso della sent. n. 320/04, infatti, si tratta di finanziamenti a singoli datori di lavoro per la costituzione di micro-nidi o di servizi di asili-nido, mentre nel caso precedente la norma incideva direttamente sul servizio pubblico generale. Pertanto, non si è ritenuta giustificabile una deroga ai principi fondamentali in assenza di una lesione diretta di diritti fondamentali, o di “effetti sconvolgenti sul piano sociale, ovvero oneri economici insopportabili, rispetto a situazioni da molto tempo cristallizzate”.

Fatto sta che la mancata salvezza dei rapporti “non esauriti” impone di applicare i principi generali sopra enunciati, come ribaditi dalla Corte in un’altra recente pronuncia, la n. 49 del 29 gennaio 2004.

In quella sede, nel dichiarare incostituzionali gli articoli 54 e 55 della legge n. 448 del 2001 (finanziaria per l’anno 2002), recanti rispettivamente l’istituzione *ex novo* del “Fondo nazionale per il sostegno alla progettazione delle opere pubbliche delle Regioni e degli enti locali” e il “Fondo nazionale per la realizzazione di infrastrutture di interesse locale”, rinviando a decreti ministeriali la disciplina regolamentare degli interventi, la Corte ha ritenuto che gli interventi di cui alle norme impugnate si atteggiano “come prosecuzione di una pratica di trasferimento diretto di risorse dal bilancio dello Stato agli enti locali in base a criteri stabiliti dall’amministrazione centrale, senza tenere presente che, per quanto riguarda la disciplina della spesa ed il trasferimento di risorse dal bilancio statale, lo Stato deve agire in conformità al nuovo riparto di competenze e alle nuove regole, disponendo i trasferimenti senza vincoli di destinazione specifica, passando, se del caso, attraverso il filtro dei programmi regionali e coinvolgendo le Regioni interessate nei processi decisionali concernenti il riparto e la destinazione dei fondi, nel rispetto dell’autonomia di spesa degli enti locali”.

Secondo la sentenza, *“poiché la caducazione di tali norme non comporta diretto e immediato pregiudizio per diritti delle persone, non sussistono ragioni di ordine costituzionale che si oppongano ad una dichiarazione di incostituzionalità in toto, con la conseguenza che i Fondi in questione dovranno essere assoggettati, se del caso, ad una nuova disciplina legislativa, rispettosa della Costituzione, per essere destinati alla finanza locale”*.

La “dichiarazione di incostituzionalità *in toto*” e gli effetti travolgenti di qualsiasi atto compiuto dall’amministrazione in attuazione delle norme in questione devono, pertanto, ritenersi applicabili anche al caso di specie oggetto del quesito.

P.Q.M.

Nelle suesposte considerazioni è il parere del Consiglio di Stato.

IL PRESIDENTE DELLA
COMMISSIONE SPECIALE
(Livia Barberio Corsetti)

IL RELATORE
ED ESTENSORE
(Luigi Carbone)

IL SEGRETARIO DELLA
COMMISSIONE SPECIALE
(Licia Grassucci)