

Fumo: resta il divieto a monte, cadono gli obblighi e il meccanismo si inceppa  
Articolo di [Giuseppe Buffone](#) 06.08.2005

*E' illegittima la circolare emanata dal Ministero della Salute, per violazione dell'art. 23 cost., nella parte in cui, in mancanza di una legge che lo preveda, impone ai gestori dei locali privati obblighi positivi diversi dalla esposizione dei cartelli riproducenti i divieti di fumo, ovvero: a) l'obbligo di vigilare sul rispetto del divieto di fumo all'interno del locale, di richiamare i trasgressori all'osservanza del divieto attraverso interventi attivi e formali di dissuasione e di ammonizione, b) l'obbligo di curare che le eventuali infrazioni siano immediatamente segnalate agli agenti o ai funzionari di polizia, ovvero ai soggetti pubblici incaricati di accertare e di contestare la violazione di legge, oltre che di applicare la relativa sanzione (Tar Lazio, sezione III ter, [Sentenza 1° agosto 2005, n. 6068](#))*

*Riferimenti Normativi: [legge 16 gennaio 2003, n. 3](#), (specificamente, art. 51 di cui sono attuazione gli atti amministrativi impugnati, segnatamente: circolare Ministero della Salute in data 17 dicembre 2004)*

Resta il "Divieto" a monte. Cadono gli obblighi a valle. E il meccanismo si inceppa  
(Nota a Tar Lazio, sezione III ter, [Sentenza 1° agosto 2005, n. 6068](#))

di [Giuseppe Buffone](#)

*1. Quadro normativo di riferimento - 2. Circolari lesive autonomamente impugnabili - 3. Accordi sanciti in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano: atto politico? - 4. Gli obblighi positivi ex art. 51 legge 3/03 - 5. Prestazioni personali ed art. 23 cost. - 6. Effetti della pronuncia*

1. Con la [pronuncia dell'1 agosto 2005 n. 6068](#), il Tar Lazio annulla parzialmente la circolare emanata dal Ministero della Salute in data 17 dicembre 2004, (Gazzetta Ufficiale N. 300 del 23 Dicembre 2004), recante "Indicazioni interpretative e attuative dei divieti conseguenti all'entrata in vigore dell'articolo 51 della [legge 16 gennaio 2003, n. 3](#), sulla tutela della salute dei non fumatori", (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 15 del 20 Gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 5).

Il quadro normativo di riferimento, che fa da sfondo alla pronuncia, è rinvenibile nell'art. 51 della legge 16.1.2003 n. 3, il quale ha predisposto specifici strumenti di tutela, in via preventiva, della salute dei non fumatori, bene primario che assurge a diritto fondamentale della persona ai sensi dell'art. 32 della Costituzione. Tale disposizione normativa, peraltro, ha previsto l'emanazione di successivi provvedimenti volti ad eterointegrare il contenuto della tutela.

In attuazione del settimo comma dello stesso art. 51, quindi, è stato adottato, in sede di Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, un accordo amministrativo volto a definire "le procedure per l'accertamento delle infrazioni, la relativa modulistica per il rilievo delle sanzioni, nonché l'individuazione dei soggetti legittimati ad elevare i relativi processi verbali, di quelli competenti a ricevere il rapporto sulle infrazioni accertate ai sensi dell'art. 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e di quelli deputati a irrogare le relative sanzioni".

Tale accordo ha, dunque, previsto l'obbligo dei conduttori dei predetti locali, o loro delegati, ad operare una generale vigilanza ed a segnalare la trasgressione ai soggetti pubblici indicati nello stesso accordo.

Il contenuto di tali obblighi, ed in particolare di quelli prescritti dai punti nn. 4, 2.5 e 3 dell' Accordo, è acclarato nell'interpretazione che degli stessi viene fornita dalla circolare emanata dal Ministero della Salute in data 17 dicembre 2004, la quale stabilisce che il richiamo al trasgressore deve essere "formale".

Segnatamente, sono enucleati specifici obblighi cd."positivi" di ammonimento (a non fumare) e di segnalazione a pubblico ufficiale, oltre che obblighi strumentali in capo a soggetti privati (i conduttori di locali privati aperti al pubblico) i quali, (rileva il Tar Lazio) "esercitano una libertà costituzionalmente tutelata" (la libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 della Costituzione).

Nella intensa trama delle relazioni intersoggettive, convivono, quindi, diverse situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate con la necessità di un balancing a livello costituzionale e, in ogni caso, il rispetto delle disposizioni immediatamente precettive rinvenibili nel testo della Carta fondamentale.

2. Parte ricorrente del processo de quo, ritiene che proprio quelle disposizioni inderogabili siano state violate nei provvedimenti amministrativi gravati.

Il ricorso introduttivo avverso gli atti succitati, (Accordo e Circolare ministeriale), infatti, sollecita il Tar Lazio ad un intervento demolitorio muovendo verso gli atti impugnati specifiche censure circostanziate fonte di una evidente e grave illegittimità.

Preliminarmente, il Collegio amministrativo rigetta l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa avverso la circolare del Ministero della Salute del 17.12.2004, confermando l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27/11/1996, n.1246 in Foro Amm., 1996, 3215): ad avviso del Tribunale laziale, infatti, non si è in presenza di una mera circolare interpretativa, (che è atto interno all'Amministrazione), poiché, dal punto di vista contenutistico, la circolare riproduce vincoli nei confronti di soggetti terzi, e cioè estranei all'Amministrazione, e dunque presenta caratteri di lesività, che la rendono autonomamente impugnabile.

La circolare intersoggettiva impugnata, infatti, si distanzia notevolmente dalle ordinarie norme interne attraverso cui un organo amministrativo indica una ricostruzione interpretativa di talune norme di legge e regolamenti, al fine di assicurarne l'uniforme applicazione nell'ambito della Pubblica Amministrazione: essa ha un autonomo e chiaro contenuto precettivo vincolante il cui effetto non è limitato alla mera rilevanza esterna mediata.

D'altronde, la succitata circolare ha un contenuto normativo innovativo che non si rinviene nell'art. 51 della legge 3/2003.

3. Sempre preliminarmente, il Collegio non ritiene meritevole di positiva valutazione l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa dell'accordo, del 16 dicembre 2004, (adottato in sede di Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano), motivata con riguardo alla natura non amministrativa, ma politica, di tale atto.

Nell'occasione, il Tribunale laziale, sottolinea come "il modulo consensuale nei rapporti tra Stato e regioni è espressione di quel principio di leale collaborazione che la giurisprudenza costituzionale ha elaborato come strumento da utilizzare nel caso in cui si verificano interferenze sia per la competenza legislativa, che per quella amministrativa". La "dimensione amministrativa" che caratterizza tali accordi induce ad escludere, già sul piano oggettivo, la natura di atto politico.

3. Nel merito, a scanso di equivoci, il Tar adito, precisa come l'oggetto della controversia non sia il divieto di fumo, "inteso quale limite posto ai privati a tutela del diritto alla salute, bene primario che

assurge a diritto fondamentale della persona, ed impone piena ed esaustiva tutela (Corte cost., 20 dicembre 1996, n. 399)", ma solamente "gli "obblighi positivi" (di ammonimento e di segnalazione a pubblico ufficiale) che gli atti impugnati prevedono in capo ai conduttori di locali privati aperti al pubblico.

La circolare impugnata, al riguardo, prevedeva espressamente, tra l'altro, che sui soggetti responsabili della struttura o sui loro delegati ricadessero gli obblighi di:

- a) richiamare formalmente i trasgressori all'osservanza del divieto di fumare;
- b) segnalare, in caso di inottemperanza al richiamo, il comportamento del o dei trasgressori, ai pubblici ufficiali e agenti ai quali competono la contestazione della violazione del divieto e la conseguente redazione del verbale di contravvenzione
- c) esporre cartelli, (come indicato nell'accordo stipulato in sede di Conferenza Stato-regioni nella seduta del 16 dicembre 2004).

Viene dedotta, quindi, la violazione del principio di legalità, e, "più pregnantemente, della riserva di legge contenuta negli artt. 23, 25 e 41 della Costituzione, nella considerazione che i doveri di vigilanza, di ammonizione e di segnalazione agli agenti di polizia, prescritti dagli atti impugnati ai conduttori dei locali privati (od ai collaboratori da essi formalmente delegati), sono privi di base legislativa".

4. A tal proposito, il Tar Lazio riconosce come venga ad essere imposta una specifica prestazione personale che non ha alcun fondamento legislativo: "appare dunque evidente in primo luogo la violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 23 della Costituzione, alla stregua del quale "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Trattasi, peraltro, di una riserva relativa, violata, quindi, per l'assenza di una legge che delimiti l'ambito discrezionale della p.a., al fine di evitare arbitri (cfr. Corte cost., 15/03/1994, n.90; Corte cost., 10/06/1994, n.236 in Cons. Stato, 1994, II, 861 ed in Giur. Costit., 1994, 1950, Giust. Civ., 1994, I, 2089; cfr anche Commiss. Trib. Reg. Torino, 21/11/2000, n.70 in Boll. Trib., 2002, 144).

Occorreva, dunque, una previsione legislativa per imporre i descritti doveri di vigilanza a fini pubblici nei confronti di soggetti che esercitano la propria libertà di iniziativa economica privata nell'ambito di locali aperti al pubblico, e che vengono, per effetto delle contestate prescrizioni, "ad essere in qualche misura trasformati in incaricati di una pubblica funzione, o, quanto meno, di un pubblico servizio".

Sotto tale profilo, ad avviso dei giudicanti, gli atti amministrativi impugnati sono inidonei a svolgere la funzione loro assegnata, la quale si palesa non già meramente integrativa della disciplina sul divieto di fumo, ma, in violazione della norma costituzionale attributiva della competenza normativa, di regolamentazione ex novo dei doveri dei gestori privati.

La materia de qua, pertanto, non poteva essere trasferita dalla sede legislativa a quella amministrativa in assenza di uno specifico provvedimento parlamentare in ottemperanza agli artt. 23 e 41 della Costituzione.

Sulla scorta di tali argomentazioni, il Tar Lazio rileva il fondamento legislativo del solo obbligo di esporre i cartelli riproducenti il divieto di fumo, e non anche degli ulteriori "obblighi positivi" illegittimamente previsti dagli atti oggetto di gravame (in specie al punto n. 4 dell'Accordo, ed ai punti nn. 4 - 5 della circolare).

In conclusione, dall'accoglimento del ricorso consegue l'annullamento degli atti impugnati, "nella parte in cui impongono ai soggetti responsabili di locali privati aperti al pubblico, o loro delegati, l'obbligo di richiamare formalmente i trasgressori all'osservanza del divieto di fumare, e di segnalare, in caso di inottemperanza al richiamo, il comportamento dei trasgressori ai pubblici ufficiali competenti a contestare la violazione e ad elevare il conseguente verbale di contravvenzione".

Il divieto di fumare resta fermo; ma gli obblighi positivi imposti ai gestori vengono meno.

5. La pronuncia del Tar Lazio n. 6068/2005 crea una crepa nel sistema legislativo delineato dall'art. 51 legge 3/2003, di cui sono attuazione gli atti impugnati: il ruolo specifico, infatti, rivestito dai gestori dei locali privati aperti al pubblico, aveva una autonoma funzione nell'ambito del sistema normativo confezionato dal legislatore poiché introduceva, di fatto, un controllo diffuso che altri operatori non avrebbero potuto porre in essere.

Ciò che viene meno, quindi, con la sentenza in esame, è un intero ventaglio di funzioni di notevole rilevanza nell'impianto legislativo di tutela dei non fumatori: quello che per il gestore si traduceva in un obbligo, costituiva, a vantaggio del non fumatore, un forte deterrente per le condotte illecite e, nello specifico, una forma di tutela in via preventiva.

Cadendo l'obbligo, viene anche meno la funzione di tutela del diritto a cui quello specifico obbligo rispondeva.

Nulla quaestio, in verità, sulla caducazione degli atti. Dibattito aperto, invece, per la soluzione da dare al caso concreto: si renderà, infatti, opportuno e necessario, un provvedimento legislativo volto a ricucire il tessuto strappato, (non è da escludere un imminente decreto legge, salvo possibili ribaltoni in sede del probabile secondo grado di giudizio).

A tal fine, innanzitutto, il legislatore potrebbe optare per la conferma del vecchio impianto con l'introduzione degli obblighi nell'art. 51 della legge 3/2003, confermando il sistema previgente alla pronuncia 6068/05 del Tar Lazio.

A tal riguardo, come sostiene il Tar Lazio, poteva rinvenirsi nella fattispecie il conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati ma tale istituto non è né sconosciuto nel nostro ordinamento né carente di fondamento legislativo: come rileva autorevole dottrina, la concessione ai soggetti privati di pubbliche funzioni risponde al principio generale di sussidiarietà orizzontale, oggi recepito dall'art. 118 IV della Costituzione e già intriso nella normativa precedente, di cui al d.lgs 112/1998.

Il legislatore, infatti, ha spesso stabilito che determinate funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati i quali abbiano una particolare investitura da parte della P.A. , in relazione al servizio svolto, (cfr. Cassazione , sez. I civile, sentenza 07.04.2005 n° 7336 già su Altalex).

Quale che sia la soluzione, non deve e non può essere trascurato il peso specifico della sentenza e, segnatamente, dei suoi effetti nell'ambito della disciplina de qua: basta un piccolo sassolino ed il meccanismo può ben incepparsi.

Quanto agli effetti immediati, essi discendono dalla declaratoria di illegittimità di un atto amministrativo a monte che si ripercuote su tutti i provvedimenti attuativi a valle, salvo i rapporti ormai esauriti: così i ricorsi ancora pendenti avverso le sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 51 comma V legge 3/03, laddove la sanzione faccia riferimento al contenuto normativo espunto dal Tar Lazio per contrasto con la disciplina costituzionale.

## Breve Bibliografia e Riferimenti

- T. Martines - Diritto Costituzionale, Giuffr  Editore, 2003
- L. Delpino, F. Del Giudice, F. Caringella - Compendio di Diritto Amministrativo, XIII Edizione, Edizioni Simone, 2003
- F. Caringella, Corso di Diritto Amministrativo, Giuffr  Editore, 2003
- Mazarrolli, Romano, Scoca, Pericu, Roversi Monaco - Diritto Amministrativo, Monduzzi Editore, 2003
- P. Perlingieri, Manuale di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli
- N. Lipari (a cura di), Trattato di diritto privato Europeo, vol. I, Cedam, Padova 2003
- F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2003
- Giannini, M.S., Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. Santaniello, I vol., Padova, 1988
- Sandulli, A.M., Manuale di diritto amministrativo, XIV ed., Napoli, 1984.
- Corte cost., 20/12/1996, n.399 in Cons. Stato, 1996, II, 2090; Giur. Costit., 1996, fasc.6, 0: "La tutela della salute - bene primario oggetto di un diritto fondamentale della persona e richiedente piena ed esaustiva tutela sia in ambito pubblicistico che in quello dei rapporti di diritto privato - riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale: tale tutela implica non soltanto situazioni attive di pretesa, ma comprende, oltre a misure di prevenzione, anche il dovere di non ledere o porre a repentaglio con il proprio comportamento la salute altrui, con la conseguenza che, di fronte al contrasto tra il diritto alla salute, costituzionalmente protetto, ed altri liberi comportamenti, privi di diretta copertura costituzionale, la prevalenza va necessariamente al primo.
- Corte cost., 15/03/1994, n.90 in Cons. Stato, 1994, II, 394; Giur. Costit., 1994, 856: "L'art. 23 cost., il quale stabilisce che le prestazioni patrimoniali devono essere imposte per legge, non preclude la possibilit  che la prestazione sia stabilita con atti non legislativi, in base a presupposti ed elementi stabiliti dalla legge; pertanto,   infondata la questione di legittimit  costituzionale, per violazione dell'art. 23 cost., dell'art. 2 comma 1 lett. b) l. 26 luglio 1965 n. 966, sollevata sotto il profilo che le tariffe relative all'impiego del personale dei vigili del fuoco, inizialmente stabilite dalla legge sono poi state aggiornate con decreto del ministro dell'interno, di concerto con quelli delle finanze e del tesoro, in base all'art. 40 l. 23 dicembre 1980 n. 930"
- Commiss. Trib. Reg. Torino, 21/11/2000, n.70 in Boll. Trib., 2002, 144: "Sono illegittime le disposizioni con le quali il d.m. 10 settembre 1992 ha determinato gli indici e coefficienti presuntivi di reddito ai fini dell'accertamento sintetico del reddito complessivo netto del contribuente, statuendone l'applicazione anche agli anni anteriori alla sua emanazione, perch  contrastanti con l'art. 23 cost., il quale consente l'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali esclusivamente in base alla legge, e perci  esclude la possibilit  che nei confronti del contribuente sia introdotto un nuovo tributo o sia incrementata la base imponibile con semplici provvedimenti del potere esecutivo, nel caso di specie addirittura ristretti ad un solo Ministro, n  in contrario vale obiettare che le modifiche contenute nei suddetti decreti non comporterebbero alcuna variazione di sostanza alle situazioni reddituali pregresse, ma sarebbero limitate solo alle modalit  applicative della legge tributaria di riferimento, per cui non si verificherebbe alcun effetto retroattivo sui rapporti tributari preesistenti, poich  in realt  la base imponibile   con tutta evidenza volutamente modificata rispetto alla precedente regolamentazione del redditometro, com'  agevole rilevare dal confronto fra gli elementi che i contribuenti erano tenuti ad indicare per la dichiarazione dei redditi degli anni 1989-1990 con quelli elencati nella nuova tabella allegata al d.m. 10 settembre 1992, applicato retroattivamente dall'amministrazione finanziaria.

- LEGGE 16 gennaio 2003, n. 3 (in Suppl. ordinario n. 5 alla Gazz. Uff., 20 gennaio, n. 15). - Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione: Art. 51. (*Tutela della salute dei non fumatori*) 1. È vietato fumare nei locali chiusi, ad eccezione di: a) quelli privati non aperti ad utenti o al pubblico; b) quelli riservati ai fumatori e come tali contrassegnati. 2. Gli esercizi e i luoghi di lavoro di cui al comma 1, lettera b), devono essere dotati di impianti per la ventilazione ed il ricambio di aria regolarmente funzionanti. Al fine di garantire i livelli essenziali del diritto alla salute, le caratteristiche tecniche degli impianti per la ventilazione ed il ricambio di aria sono definite, entro centottanta giorni dalla data di pubblicazione della presente legge nella *Gazzetta Ufficiale*, con regolamento, da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro della salute. Con lo stesso regolamento sono definiti i locali riservati ai fumatori nonché i modelli dei cartelli connessi all'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo. 3. Negli esercizi di ristorazione, ai sensi del comma 1, lettera b), devono essere adibiti ai non fumatori uno o più locali di superficie prevalente rispetto alla superficie complessiva di somministrazione dell'esercizio. 4. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro della salute, possono essere individuati eventuali ulteriori luoghi chiusi nei quali sia consentito fumare, nel rispetto delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3. Tale regolamento deve prevedere che in tutte le strutture in cui le persone sono costrette a soggiornare non volontariamente devono essere previsti locali adibiti ai fumatori. 5. Alle infrazioni al divieto previsto dal presente articolo si applicano le sanzioni di cui all'articolo 7 della legge 11 novembre 1975, n. 584, come sostituito dall'articolo 52, comma 20, della legge 28 dicembre 2001, n. 448. 6. Al fine di consentire una adeguata attività di informazione, da attivare d'intesa con le organizzazioni di categoria più rappresentative, le disposizioni di cui ai commi 1, 2, primo periodo, 3 e 5 entrano in vigore decorso un anno dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2. 7. Entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione della presente legge nella *Gazzetta Ufficiale*, con accordo sancito in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, su proposta del Ministro della salute di concerto con i Ministri della giustizia e dell'interno, sono ridefinite le procedure per l'accertamento delle infrazioni, la relativa modulistica per il rilievo delle sanzioni nonché l'individuazione dei soggetti legittimati ad elevare i relativi processi verbali, di quelli competenti a ricevere il rapporto sulle infrazioni accertate ai sensi dell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e di quelli deputati a irrogare le relative sanzioni. 8. Le disposizioni di cui al presente articolo non comportano maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. 9. Rimangono in vigore, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 3, 5, 6, 8, 9, 10 e 11 della legge 11 novembre 1975, n. 584. 10. Restano ferme le disposizioni che disciplinano il divieto di fumo nei locali delle pubbliche amministrazioni.
- [Cassazione, sez. I civile, sentenza 07.04.2005 n° 7336](#), su Altalex: cfr. articolo 17, comma 132, legge 127/97: "i comuni possono, con provvedimento del sindaco, conferire funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta a dipendenti comunali o delle società di gestione dei parcheggi, limitatamente alle aree oggetto di concessione". Cfr. anche L'articolo 68, comma 1, legge 488/99.

( da [www.altalex.it](http://www.altalex.it) )