

ANNO LXII - N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 2010

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Glauco Nori. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Getano Scoca.*

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Maurizio Fiorilli - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Antonio Palatiello - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Luigi Gabriele Correnti - Giuseppe Di Gesu - Paolo Grasso - Pierfrancesco La Spina - Maria Vittoria Lumetti - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Pietro Vitullo.*

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giuseppe Albenzio, Mario Capolupo, Ignazio Francesco Caramazza, Dorian De Feis, Roberto De Felice, Enrico De Giovanni, Michele Gerardo, Gianni Letta, Sara Lucia, Grazia Matteo, Adolfo Mutarelli, Gabriella Palmieri, Carmela Pluchino, Jacopo Polinari, Marina Russo, Massimo Salvatorelli, Agnese Soldani, Daniele Spuri, Marco Stigliano Messuti, Barbara Tidore, Dalida Torsello, Francesco Vignoli, Mariagiovanna Zubbo.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829597

antonella.quirini@avvocaturastato.it - tel. 066829205

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando codice IBAN: IT 42Q 01000 03245 348 0 10 2368 05, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

I destinatari della rivista sono pregati di comunicare eventuali variazioni di indirizzo

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
E-mail: rassegna@avvocaturastato.it - Sito www.avvocaturastato.it

Stampato in Italia - Printed in Italy

Autorizzazione Tribunale di Roma - Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Insediamiento dell'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza. Intervento del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dott. Gianni Letta - Roma, 14 ottobre 2010 - Sala Vanvitelli, Palazzo S. Agostino</i>	pag.	1
<i>Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza, Roma, 14 ottobre 2010 - Sala Vanvitelli, Palazzo S. Agostino</i>	»	6
<i>Codice del processo amministrativo - Circolare A.G.S. n. 52/2010 del 29 settembre 2010</i>	»	24
<i>Svolgimento della funzione consultiva - Circolare A.G.S. n. 53/2010 del 12 ottobre 2010.</i>	»	47
<i>Mario Capolupo, Limiti all'accesso per i pareri legali dell'Avvocatura dello Stato (Cons. St., Sez. VI, sent. 30 settembre 2010 n. 7137).</i>	»	49

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Dalida Torsello, Evoluzione e problematicità del diritto di accesso ambientale nell'ordinamento comunitario e nazionale.</i>	»	59
---	---	----

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Maurizio Borgo, La censura della Consulta sulla «acquisizione sanante» dell'art. 43 del T.U.Espropri (C. cost., sent. 8 ottobre 2010 n. 293)</i>	»	87
<i>Roberto De Felice, Sara Lucia, Un duplice commento alla decisione 22 gennaio n. 1170 della Cassazione tributaria. Litisconsorzio necessario in caso di contenzioso a carico di una società di persone. Procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia e sua opponibilità al Fisco (Cass., Sez. V, sent. 22 gennaio 2010 n. 1170).</i>	»	101
<i>Grazia Matteo, Mariagiovanna Zubbo, Alloggio di servizio e «casa coniugale» (Trib. Bari, Sez. Altamura, ord. 11 maggio 2010; Trib. Bari, Sez. II civ., ord. 11 maggio 2009)</i>	»	116
<i>Francesco Vignoli, Ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato ex d.lgs. n. 231/01 (Trib. Milano. Sez. IV pen., ord. 16 settembre 2010)</i>	»	132

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Gabriella Palmieri, <i>Accise sui tabacchi. Il depositario, che fruisce del regime di sospensione dall'accisa, è responsabile in caso di ammanco, da equiparare alla immissione in consumo - AL 46391/08</i>	pag. 137
Agnese Soldani, <i>Rito del lavoro: sulle conseguenze non decadenziali della notifica effettuata oltre il termine ordinatorio di 10 giorni prescritto dall'art. 435, comma 2, c.p.c., (ma entro il termine a comparire di 25 giorni prescritto dal comma 3) per la notifica del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza - AL 38942/09</i>	» 141
Stefano Varone, <i>Sull'assunzione del patrocinio da parte dei docenti universitari a tempo definito in controversie contro le amministrazioni di appartenenza - AL 42048/09</i>	» 156
Carmela Pluchino, <i>Applicabilità della normativa in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori i sensi dell'art. 125 D.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) - AL 15682/10</i>	» 158
Massimo Salvatorelli, <i>Patrocinio extra districtum degli avvocati e procuratori dello Stato. Proposta per l'autorizzazione alla trattazione di giudizio incidentale dinanzi alla Corte costituzionale - AL 24626/10</i>	» 162
Barbara Tidore, <i>Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate: applicazione delle agevolazioni previste dall'articolo 33 comma 3 della legge 104/92 - AL 29102/10</i>	» 164
Dorian De Feis, <i>Transazioni commerciali: non può considerarsi usuraio il tasso d'interesse direttamente stabilito dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231; per le cessioni di beni e servizi allo Stato l'obbligo del pagamento dell'IVA diviene esigibile all'atto dei relativi pagamenti; la parte soccombente in giudizio non è tenuta al rimborso dell'IVA sull'onorario legale ove la parte vittoriosa assistita sia a sua volta soggetto I.V.A - AL 33552/10</i>	» 166
Giuseppe Albenzio, <i>Pubblico impiego contrattualizzato. Restituito in integrum relativa a periodi di sospensione obbligatoria dal servizio conseguente all'adozione di misure restrittive della libertà personale - AL 90/06</i>	» 170
Marina Russo, <i>Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni. Pagamenti nei confronti delle società cessionarie in caso di fallimento della società cedente: spettanza dei crediti ceduti - AL 6569/10</i>	» 172
Enrico De Giovanni, <i>Istanze di rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. n. 67/97. Proscioglimento ex art. 425 comma 3 cod. proc. pen.. Spettanza - AL 36023/10</i>	» 176

Marco Stigliano Messuti, <i>Responsabilità esclusiva del Dirigente per le sanzioni amministrative irrogate per violazione della normativa in materia di “tutela della salute dei non fumatori”. Non addebitabilità all’Amministrazione di appartenenza - AL 12531/10.</i>	pag. 181
---	----------

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Michele Gerardo, Adolfo Mutarelli, <i>Indagine sul processo civile in Italia. Irragionevole durata del processo e possibili “ragionevoli” linee di intervento</i>	» 185
Jacopo Polinari, <i>La possibile deflazione delle controversie amministrative. Transazione e altri mezzi di prevenzione e/o risoluzione. Premesse ad uno studio sull’arbitrato nel diritto amministrativo.</i>	» 268
Francesco Vignoli, <i>Il creditore erariale dissenziente al concordato preventivo. Spunti di riflessione tratti dalla giurisprudenza del Tribunale di Monza.</i>	» 314

TEMI ISTITUZIONALI

Insediamiento dell'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza

Intervento del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dott. Gianni Letta

Roma, 14 ottobre 2010
Sala Vanvitelli, Palazzo S. Agostino

Signor Presidente della Repubblica, Signor Presidente della Camera, Signora Vice Presidente del Senato, Signori Ministri, Autorità.

Nel portare oggi il saluto del Governo e mio personale al nuovo Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza, desidero vivamente rallegrarmi per una scelta felice, da tutti condivisa. Rivolgo, inoltre, un sincero ringraziamento all'Avvocato Fiumara e agli eminenti predecessori che, nel corso del tempo, hanno rivestito questa prestigiosa carica.

Illustre Avvocato Generale,

nel corso di un lunga carriera al servizio delle Istituzioni, ricca di riconoscimenti, Ella ha avuto modo di evidenziare qualità professionali sempre spiccate.

Dal 1964 nell'Avvocatura dello Stato - Istituto da Lei coordinato per dieci anni come Segretario generale -, non vi è giurisdizione ove non abbia sostenuto con successo la difesa erariale nei più delicati processi. Ha, inoltre, operato sia in ambito internazionale, prestando la Sua consulenza a prestigiosi organismi delle Nazioni Unite, sia a livello di Governo, ricoprendo l'incarico di Sottosegretario di Stato al Ministero dell'Interno.

E' stato un impegno fecondo che, in altri ruoli, prosegue anche oggi. In questo momento, ad esempio, Ella sta dando alla Presidenza del Consiglio dei

ministri - e in primo luogo a me - un contributo molto importante quale Vice Presidente della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Nel ringraziarLa per il Suo aiuto, colgo l'occasione per estendere un sincero ringraziamento all'intera Avvocatura dello Stato, che assicura una preziosa funzione di supporto giuridico alle pubbliche amministrazioni.

Quella dell'Avvocato dello Stato - come ebbe modo di ricordare un altro grande Avvocato Generale dello Stato, Giorgio Zagari -, è una figura peculiare, che partecipa, ad un tempo, della natura dell'avvocato, di quella del funzionario e, sotto un certo profilo, anche di quella del magistrato. Analoghe riflessioni riecheggiano, ancor prima, in un dibattito parlamentare della fine dell'Ottocento.

Come gli altri protagonisti del Foro, l'Avvocato dello Stato è in primo luogo un avvocato e deve impiegare le sue elevate competenze tecniche per conseguire un risultato processuale.

Si tratta, tuttavia, di un'attività di difesa legale con connotati particolari, perché per un verso essa è affidata a uno specifico ufficio statale al servizio esclusivo degli interessi pubblici - e in questo l'Avvocato dello Stato opera come un pubblico funzionario -, mentre, per altro verso, è esercitata in posizione di indipendenza funzionale rispetto alle autorità politiche, e ciò avvicina l'Avvocato erariale al magistrato.

Questi caratteri singolari hanno avuto modo di manifestarsi pienamente nel corso della storia dell'Avvocatura, ma erano rinvenibili con chiarezza già nei lineamenti fondativi dell'Istituto.

Quanto alla posizione di indipendenza funzionale, ad esempio, già il primo Avvocato Generale dello Stato - Giuseppe Mantellini - nel suo celebre Decalogo invitava i suoi Avvocati dello Stato, "*nel trattare gli affari erariali*" a essere "*prima giudici che avvocati*".

Parimenti, l'assunzione diretta da parte dello Stato della rappresentanza e difesa in giudizio delle pubbliche Amministrazioni, affidata ad un particolare corpo di avvocati pubblici, era un carattere già rinvenibile nell'Avvocatura regia del Granducato di Toscana, sul cui modello venne concepita l'Avvocatura erariale italiana.

Questi elementi, pur importanti, non sono, tuttavia, sufficienti a descrivere compiutamente l'Avvocatura dello Stato.

Occorre, infatti, fare cenno anche ad un altro fondamentale profilo che, anch'esso, caratterizza l'Istituto sin dalla sua nascita: l'essere un organismo, ad un tempo, unitario, per assicurare indirizzi omogenei alla difesa erariale in tutta l'Italia, e, contemporaneamente, articolato sul territorio, a presidio delle diverse realtà locali che connotano il nostro Paese.

Sotto questo profilo l'Avvocatura venne configurata, sin dal suo regolamento istitutivo del 1876, come organismo dotato di elevate competenze tecniche, che fosse coordinato a livello centrale, ma in grado di conoscere,

attraverso la rete delle Avvocature distrettuali, le specifiche esigenze locali.

Se questi sono i caratteri che contraddistinguono da sempre l'Avvocatura dello Stato, è sorprendente notare quanto essi risultino attuali.

Si considerino, in particolare, le due principali tendenze evolutive che caratterizzano il nostro ordinamento: l'una, in senso orizzontale, che si esprime attraverso quel processo di valorizzazione e incremento delle competenze regionali e locali, culminato nella modifica del Titolo V della Costituzione; l'altra, in direzione verticale, nel senso di ampliare progressivamente i livelli di integrazione del nostro ordinamento con realtà sopranazionali e internazionali.

Quanto al primo aspetto, in un ordinamento che si avvia ad assumere un assetto federale, l'Avvocatura dello Stato, proprio per la sua struttura capillare e la sua posizione di indipendenza, si candida a svolgere un importante ruolo di collegamento e di mediazione fra le diverse Amministrazioni statali e fra queste, le Regioni e gli enti locali, conservando una visione d'insieme degli interessi pubblici. Del resto, sempre nel Decalogo di Mantellini si affidava, con lungimiranza, agli Avvocati dello Stato il compito di essere "*pacieri sempre fra Stato e Comuni*" - all'epoca principale forma di autonomia locale presente nell'ordinamento -, perché i Comuni "*sono parti di Stato*".

Questo ruolo acquista preminente rilievo soprattutto quando l'Avvocatura dello Stato svolge un'attività di consulenza legale. Ancor più della difesa giudiziaria - che comporta, talvolta, soluzioni obbligate -, la consulenza consente di garantire la tutela non tanto e non soltanto dell'interesse contingente e parziale della singola Amministrazione, ma anche degli interessi pubblici generali, realizzando in concreto il principio di legalità. Il suo carattere tecnico consente, dunque, all'Istituto di tutelare gli interessi non solo dello Stato-apparato, ma anche dello Stato-comunità. Riprova di questa attitudine è la proficua attività di assistenza che l'Avvocatura presta anche alle Autorità indipendenti. L'Istituto è, inoltre, in grado di svolgere le sue funzioni in relazione alle nuove forme di organizzazione delle attività di rilevanza pubblica, come le società per azioni costituite per la privatizzazione di enti pubblici economici e aziende autonome.

Questo compito - come si è innanzi anticipato - non è destinato ad affievolirsi, anzi, si rafforza con l'evoluzione della forma dello Stato in senso federale.

La competenza tecnica e la visione unitaria espresse al livello più elevato dall'Avvocatura dello Stato costituiscono, ad esempio, un indispensabile ausilio nella gestione del contenzioso costituzionale tra lo Stato e le Regioni, al fine, da un lato, di ridurre la conflittualità; dall'altro, di indirizzare l'attività dell'Amministrazione centrale nell'alveo dei principi delineati dalla Corte Costituzionale.

Il Vostro Istituto assume, tuttavia, una posizione di rilievo anche rispetto

all'altro importante cambiamento che sta interessando la nostra forma di Stato.

Lo Stato nazionale, da alcuni decenni, si sta, infatti, evolvendo oltre la sua tradizionale dimensione interna di Stato-comunità e il suo, pur indispensabile, profilo territoriale, per misurarsi e integrarsi sempre di più con ordinamenti giuridici sovranazionali e internazionali.

Occorre, quindi, che lo Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni, operi avendo riguardo ad un orizzonte più ampio di quello interno, perché qualsiasi sua azione ha oggi ripercussioni anche oltre i confini del Paese.

Questa evoluzione porta a valorizzare in modo particolare l'apporto dell'Avvocatura dello Stato, che assicura la difesa e la rappresentanza del nostro Paese anche nell'ambito di tali ordinamenti.

L'attitudine dell'Istituto, maturata in primo luogo nel contenzioso costituzionale, a considerare in modo unitario e come espressione complessiva lo Stato, gioca un ruolo determinante proprio in questi nuovi ambiti.

L'Avvocatura dello Stato partecipa, esprimendo le sue elevate competenze e la sua professionalità, ai processi che si svolgono innanzi alle corti internazionali - come la Corte internazionale di Giustizia e la Corte europea dei Diritti dell'Uomo - in controversie di particolare complessità. Ricordo, di recente, quella sulla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche.

Un rilievo particolare assume, poi, l'attività defensionale svolta davanti alla Corte di Giustizia e al Tribunale dell'Unione europea.

L'ampliamento del numero degli Stati componenti l'Unione europea a 27 Paesi Membri, l'intensificarsi delle relazioni fra gli Agenti dei rispettivi Governi nazionali e l'entrata in vigore, dal 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, hanno reso ancor più centrale la funzione di rappresentanza degli interessi statali nella fase contenziosa e indispensabile la funzione di raccordo fra la difesa innanzi ai Giudici nazionali e quella innanzi ai Giudici dell'Unione europea.

Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato è altrettanto prezioso nella fase pre-contenziosa delle relazioni con la Commissione europea, ove occorre rappresentare la posizione nazionale calandola nel peculiare contesto comunitario.

Per tutte le ragioni esposte è indispensabile che l'Avvocatura dello Stato sia messa nelle condizioni di assolvere con efficacia alle sue delicate funzioni.

Nei primi due anni di questo Governo sono stati adottati alcuni provvedimenti di natura organizzativa in favore dell'Avvocatura dello Stato mirati a rendere più agevole lo svolgimento dei suoi compiti istituzionali.

Ulteriori interventi si rendono, peraltro, necessari.

Il Governo non ignora, ad esempio, che la recente riforma del processo amministrativo, così come le modifiche al codice di procedura civile introdotte con la legge n. 69 del 2009, impongono anche all'Avvocatura dello Stato un significativo onere di adeguamento.

Signor Presidente della Repubblica,

la storia di quasi centoquarant'anni di vita dell'Avvocatura dello Stato conferma che questa Istituzione ha sia le capacità tecniche sia l'attitudine professionale per assolvere, con equilibrio e correttezza istituzionale, alle sue tradizionali funzioni e per svolgere tutti quei nuovi compiti imposti dall'evoluzione dei sistemi giuridici.

L'Istituto, con le sue antiche origini - e proprio in ragione di esse -, si rivela particolarmente idoneo a rispondere alle continue modificazioni del nostro ordinamento. Esso, costituisce, oggi come in passato, una risorsa vitale e fondamentale per il Paese.

A Lei, Avvocato Caramazza, e a tutti gli Avvocati e Procuratori dello Stato, a quelli che svolgono le proprie funzioni istituzionali a Roma e a quelli che operano in tutte le Regioni d'Italia, al personale dell'Avvocatura, i più fervidi auguri di buon lavoro.

Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza

Roma, 14 ottobre 2010
Sala Vanvitelli, Palazzo S. Agostino

SOMMARIO: 1.- Saluti e ringraziamenti 2.- Origini preunitarie dell'Istituto 3.- La regia Avvocatura erariale e l'Avvocatura dello Stato 4.- L'Avvocatura dello Stato dal 1948 ad oggi 5.- La funzione consultiva 6.- L'organizzazione interna dell'Avvocatura dello Stato e l'aggiornamento professionale 7.- Attualità e criticità 8.- Il contributo fornito dalla digitalizzazione 9.- Auspici di miglioramento 10.- Conclusioni.

1.- Saluti e ringraziamenti

Signor Presidente della Repubblica,
a nome di tutta l'Avvocatura dello Stato desidero esprimerLe i sensi della più viva gratitudine per aver voluto onorare, con la Sua partecipazione, questa cerimonia di insediamento.

Siamo particolarmente lusingati che essa si svolga al cospetto del Capo dello Stato, sommo garante della Costituzione e dell'unità nazionale, che si è sempre dimostrato attento e sensibile ai problemi del diritto e della difesa dello Stato e delle sue Istituzioni democratiche, nella Sua prestigiosa esperienza di parlamentare e di uomo di Stato.

Mi sia anche consentito rivolgere un sentito ringraziamento al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente della Corte Costituzionale, alla Vice Presidente del Senato della Repubblica, al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Presidenti emeriti della Corte Costituzionale, ai Ministri, ai giudici costituzionali, al Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, al Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, ai Sottosegretari di Stato e ai Presidenti delle commissioni parlamentari presenti in questa sala.

Un ringraziamento fervido ai Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti e al Procuratore Generale della Corte di Cassazione.

Un sentito grazie anche agli illustri rappresentanti delle Autorità indipendenti ed al Capo di Stato Maggiore della Marina che rappresenta il Capo di Stato Maggiore della Difesa.

Un grato saluto a tutti i magistrati presenti, a tutte le altre Autorità civili e militari, al Presidente del Consiglio Nazionale Forense ed a tutti i colleghi del libero foro, cui tanti e profondi legami di comune milizia forense ci legano, a tutti i colleghi dell'Avvocatura dello Stato con sentimenti di stima ed amicizia.

Saluto, ancora, con simpatia le organizzazioni sindacali del personale togato e non togato e con affetto tutto il personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato.

Un grato saluto, infine, a tutti coloro che hanno voluto, con la loro presenza, onorare questo Istituto.

Un sentimento di sincera e particolare gratitudine, desidero esprimere a Lei, signor Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la fiducia che mi è stata accordata con la nomina a questa carica e per le lusinghiere parole che ha voluto rivolgere all'Istituto ed a me personalmente, che costituiscono, per me e per tutti coloro che operano nell'Avvocatura, un ambito riconoscimento del nostro impegno professionale ed uno stimolo per la nostra attività futura.

Un omaggio di stima, di amicizia e di affetto vorrei da ultimo, ma non certo per ultimo, indirizzare agli Avvocati Generali che mi hanno preceduto nella carica, e che con saggezza e prestigio hanno in questi anni del nuovo secolo guidato l'Istituto: Luigi Mazzella, già Ministro della funzione pubblica e ora giudice della Corte Costituzionale, e Oscar Fiumara, che da ultimo ha retto il nostro Istituto e al quale ho l'onore ed il privilegio di succedere.

Nella solennità che a questa cerimonia conferisce la presenza del Capo dello Stato, nelle parole del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella partecipazione di tante Autorità, di tanti illustri personaggi e colleghi, mi sia consentito cogliere un "*augurio di buon lavoro*". Un augurio che mi è particolarmente gradito per la consapevolezza che ho della gravità dei miei compiti e delle responsabilità che assumo verso le Istituzioni dello Stato e verso la Comunità nazionale.

2.- Origini preunitarie dell'Istituto

L'Avvocatura dello Stato - una delle più antiche istituzioni dello Stato unitario - rappresenta originale soluzione di uno dei grandi problemi posti dall'assoggettamento dello Stato al giudizio dei suoi giudici, capitolo quanto mai delicato della giustizia amministrativa, non comprensibile - come insegnava Mario Nigro - se non attraverso la storia.

Mi sia consentito dunque un breve riferimento al passato, necessario per comprendere il presente e forse anche azzardare qualche accenno al futuro.

Il problema dello Stato in giudizio e del come possa essere organizzata la sua difesa suole generalmente essere collegato al principio della divisione dei poteri ed è considerato figlio della Rivoluzione francese sotto l'etichetta dell'assoggettamento dell'esecutivo al giudiziario.

E' questa una semplificazione riduttiva che appiattisce cento anni di storia in una sintesi imprecisa, in quanto il problema nacque ben prima della rivoluzione francese e questa, lungi dall'assoggettare l'esecutivo al giudiziario volle

creare, invece, un'amministrazione senza giudice. Bisogna, infatti, attendere la seconda metà dell'ottocento perché quell'assoggettamento possa considerarsi realizzato. In Francia come in Italia, come in molti altri Paesi a regime amministrativo.

Per la verità l'esigenza che lo Stato, quanto meno in qualche suo aspetto, debba essere assoggettato al giudizio è stata avvertita anche in tempi antichissimi. Il diritto romano dell'età imperiale, come è noto, distingueva l'*Aerarium* - patrimonio pubblico - dal *Fiscus*, patrimonio non personale ma privato dell'imperatore, affidatogli perché potesse provvedere - da privato qual'era - ad amministrare i servizi di Stato. Il fisco come tale era dunque soggetto al giudizio ordinario. La natura essenzialmente privata del diritto elaborato dai romani e la particolare valenza costituzionale della carica imperiale rendono peraltro scarsamente produttiva ogni comparazione diacronica con quel sistema. L'evocazione dell'*advocatus fisci* come predecessore va quindi relegata nel campo delle suggestioni romantiche.

L'età di mezzo, con la sua assoluta confusione di poteri, risospinse il problema nell'indistinto e bisogna attendere i regimi preliberali dell'assolutismo illuminato per vedere ricomparire il concetto e vederlo anzi precisare in termini dogmatici di assoluta chiarezza. Mentre nell'assolutismo puro vigeva il principio - consacrato nell'editto di Saint Germain - della assoluta inassoggettabilità a giudizio della pubblica Amministrazione, nei regimi di assolutismo illuminato - si parla della Prussia di Federico II il Grande, dell'Austria di Maria Teresa, della Toscana di Pietro Leopoldo di Lorena - si distingueva l'attività pubblica, *ad actum principis*, posta in essere *iure imperii*, come tale non giustiziabile (ma, a differenza che nell'assolutismo puro, già autolimitantesi con le regole della cameralistica e del diritto di polizia) dall'attività privata, *iure gestionis*, dello Stato inteso come ente patrimoniale, come tale assoggettata al sindacato dei giudici ordinari.

Si tratta dei famosi giudici di Berlino che già conosceva il mugnaio di Sans-Souci, si tratta dei giudici ordinari di Firenze, cui Pietro Leopoldo commise le cause riguardanti fisco, regalie e patrimonio, affidandone la difesa ad un avvocato regio all'uopo istituito nel 1777.

Al tardo settecento prerivoluzionario va dunque datata la nascita del problema della difesa dello Stato in giudizio e nella stessa epoca va collocata la prima soluzione adottata, quella lorenese dell'Avvocato regio, predecessore dell'Avvocatura erariale del 1876 e dell'attuale Avvocatura dello Stato italiana.

Interessante notare in proposito la singolare modernità della *ratio legis* enunciata dal sovrano lorenese, che, per essere illuminato, era pur sempre un sovrano assoluto, il quale precisò che la magistratura dell'Avvocato regio veniva istituita: «*per la difesa delle cause interessanti il Fisco, le Regalie ed il Nostro Patrimonio ... le quali vogliamo siano trattate e difese con puro spirito*

di verità e di giustizia e che l'interesse del Fisco non prevalga mai alla ragione dei privati».

3.- *La regia Avvocatura erariale e l'Avvocatura dello Stato*

Per una singolare eterogenesi, l'antico istituto lorenese, ispirato, come si è visto, a principi quanto mai progressisti, fu trapiantato nello Stato italiano in funzione di contropinta conservatrice.

La riforma del 1865, ispirata al modello inglese, mediato dalla Costituzione belga del 1831, aveva devoluto al giudice ordinario, come giudice unico, la competenza a decidere anche le cause in cui fosse parte una pubblica Amministrazione e per oltre un decennio era fiorita la primavera di una giurisprudenza liberale costante in tutte le Cassazioni del Regno e modellata su quella belga, che garantiva ai cittadini il risarcimento dei danni causati da provvedimenti autoritativi. Era un'affermazione *ante litteram* del principio di risarcibilità degli interessi legittimi e che era evidentemente troppo in anticipo sui tempi e troppo avanzata per la società italiana di fine ottocento. Governo e Parlamento corsero ai ripari con una contropinta conservatrice che consistette nella istituzione, nel 1876, della Regia Avvocatura Erariale, modellata sull'Avvocato Regio di Toscana, con il dichiarato intento di apprestare difese atte a contenere i poteri del giudice nei confronti delle Amministrazioni pubbliche.

Il che subito puntualmente avvenne attraverso la vittoriosa affermazione dell'antico principio della assoggettabilità dello Stato al giudizio solo per la sua attività *iure gestionis*.

Il cittadino italiano restava quindi del tutto privo di tutela nei confronti dell'attività autoritativa delle amministrazioni pubbliche, sottratte a qualunque sindacato. L'esigenza di giustizia nell'amministrazione attraversò allora l'inverno del più profondo scontento fino alla istituzione, nel 1889, della IV sezione del Consiglio di Stato, propugnata da Silvio Spaventa ma fortemente appoggiata anche dal primo Avvocato Generale Giuseppe Mantellini. L'Avvocatura sostenne anche - e con successo - dinanzi alla Cassazione romana la natura giurisdizionale del nuovo organo. Prendeva così vita, anche in Italia, come in Francia, un giudice amministrativo.

L'Avvocatura cresceva, quindi, abbandonando le originarie dimensioni meramente patrimonialistiche per assurgere alla difesa delle Amministrazioni anche nella loro principale epifania di potere esecutivo, tanto che la sua denominazione mutò da Avvocatura erariale in Avvocatura dello Stato.

La storia dell'istituto fino alla seconda guerra mondiale fu quella dell'avvocato di una parte "che è un po' meno parte dell'altra", come disse argutamente Piccardi, utilizzando una locuzione ambivalente che se, da un lato, accolla all'avvocato pubblico l'onere di difendere le cause in nome di un prin-

cipio di legalità (“prima giudice che avvocato”, diceva Mantellini), dall’altro dà atto del fatto che l’avvocato dello Stato godeva, all’epoca, di privilegi processuali assai significativi. Ricordo soltanto, esemplificativamente, nel processo civile, il principio del *solve et repete* vigente nelle cause tributarie, che rendeva inammissibile ogni reclamo del contribuente non preceduto dal pagamento del tributo e nel processo amministrativo il principio della presunzione di legittimità dell’atto amministrativo.

Fino alla Costituzione repubblicana potremmo dunque dire, sinteticamente, che l’Avvocatura dello Stato fu il difensore delle prerogative del potere esecutivo di fronte al giudiziario.

In quel torno di anni si delineò, peraltro, con precisione, una caratteristica essenziale dell’istituto, che ne fa tuttora un *unicum* nel panorama comparato delle possibili forme di difesa dello Stato in giudizio.

L’Avvocatura venne infatti disciplinata come organo tecnico costituito da un corpo di avvocati incardinato con rilevanza meramente esterna al vertice dell’apparato esecutivo - oggi la Presidenza del Consiglio - e distinto da tutte le singole branche dell’Amministrazione rappresentate, difese e consiliate.

Il che consente unitarietà di indirizzo sia nella consultazione legale che nella strategia difensiva, entrambe adottate nell’ottica di una difesa dello Stato nella sua complessità al di là di contingenti interessi particolari.

Scelta, questa, lungimirante, se si considera che anche nel settore privato, all’impellente e quotidiana esigenza dei grandi gruppi economici e anche di associazioni con finalità sociali e culturali di confrontarsi con leggi e ordinamenti disparati e complessi, la professione forense risponde costituendo grandi studi associati, capaci di prestare, in modo efficace, la propria assistenza specialistica su vari fronti e in varie materie, garantendo, al tempo stesso, un indirizzo unitario e complessivo alla cura degli interessi tutelati.

4.- *L’Avvocatura dello Stato dal 1948 ad oggi*

La Costituzione repubblicana e l’evolvere della società e dell’ordinamento giuridico italiano nell’ultimo sessantennio hanno comportato, come è ovvio, anche per l’Avvocatura importanti innovazioni.

Va ricordato, anzitutto, che l’Istituto ha assunto nuovi compiti di particolare rilievo.

In primis, la partecipazione ai giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, nei quali l’Istituto interviene in difesa della legittimità delle leggi o delle competenze statuali in conflitto con quelle regionali o del Governo come potere dello Stato in conflitto con altri poteri o in materia di ammissibilità di referendum.

Occorre ricordare, in secondo luogo, la rappresentanza e la difesa dello Stato italiano dinanzi ai Collegi comunitari ed internazionali sanzionata dalla

Legge 3 aprile 1979 n. 103 che ha razionalizzato e cristallizzato in norma scritta una consuetudine ormai ben radicata.

Gli esempi più importanti sono la Corte di Giustizia della Unione Europea e la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, dinanzi alle quali l'Avvocatura rappresenta e difende l'Italia come soggetto di diritto sovranazionale ed internazionale, nonché, nei casi più delicati, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Orbene, non occorrerà certo dilungarsi per chiarire come, in entrambe le tipologie di giudizio adesso ricordate, l'Istituto operi non già in difesa dello Stato-amministrazione o anche, più in generale, del Potere esecutivo ma offra, a seconda dei casi, una collaborazione dialettica per la tutela dello Stato-ordinamento o rappresenti gli interessi dello Stato "come personificazione anche esterna di tutta la comunità nazionale".

Un altro ampliamento della sfera di competenza dell'Istituto è stato effettuato, attraverso la concessione del patrocinio ex artt. 43 e 48 T.U. 1933, n. 1611 a numerosi Stati stranieri, attraverso la rappresentanza e difesa delle loro rappresentanze diplomatiche e ad organizzazioni internazionali quali la Commissione Europea, la Banca Europea degli Investimenti e la F.A.O..

Ulteriore ampliamento non solo quantitativo delle competenze dell'Avvocatura è, poi, l'attribuzione ad essa della consulenza e difesa in pro di nuovi soggetti pubblici di particolare rilevanza quali le Autorità Indipendenti o di garanzia e le Agenzie.

Nel contenzioso tradizionale – civile, amministrativo e penale – l'Avvocatura dello Stato sconta, da un lato, la perdita di tutti i privilegi processuali del passato, con conseguente piena equiordinazione al difensore della parte privata, dall'altro deve affrontare la marea montante di una crescente litigiosità, particolarmente avvertita nelle cause contro la pubblica amministrazione, l'area delle cui responsabilità è enormemente aumentata sia nel civile che nell'amministrativo per il sinergico operare di legislazione e giurisprudenza.

A ciò si aggiungano le radicali modifiche introdotte di recente nel processo civile con:

- la riforma del giudizio per cassazione, suscettibile di determinare, nella pratica, un'attenta selezione di avvocati cassazionisti per la complessità della tecnica richiesta;

- il rigoroso regime generalizzato delle decadenze nel giudizio di merito e l'esecutività delle sentenze di primo grado, che aumentano in modo particolare le difficoltà e la complessità della difesa delle Amministrazioni, anche tenuto conto del possibile contemporaneo svolgersi del giudizio di cognizione in fase di merito e del connesso procedimento esecutivo, in relazione ai tempi tecnici delle relazioni procedurali tra Istituzione di difesa ed Amministrazioni assistite;

- la stabilità dei provvedimenti cautelari e d'urgenza che impone assoluta tempestività e snellezza operativa nella trattazione dei rispettivi procedimenti;

- l'aumentato numero dei procedimenti speciali;
- la valorizzazione del cd. giudicato implicito anche in tema di giurisdizione, con drastica restrizione dei limiti di esperibilità del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, già inciso da precedenti interventi legislativi rispetto all'originaria disciplina codicistica;
- il passaggio al giudice civile del lavoro della giurisdizione sul pubblico impiego privatizzato.

Quanto al processo amministrativo non può non constatarsi un analogo radicale mutamento con

- la riforma del sistema dei ricorsi amministrativi con la perdita di essenzialità e di centralità del ricorso gerarchico;
- l'istituzione del giudice amministrativo di primo grado, che, in una con la riforma anzidetta, ha determinato l'esplosione della domanda di giustizia amministrativa ed una significativa evoluzione della tradizionale giurisprudenza del Consiglio di Stato;
- la profonda revisione della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo con esclusione della giurisdizione sull'impiego alle dipendenze della P.A. (salvo che per alcune categorie "non contrattualizzate") ed il notevole ampliamento della sfera della giurisdizione esclusiva, che porta ormai a configurare il giudice amministrativo come il giudice del diritto pubblico dell'economia;
- l'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo, con l'introduzione del procedimento cautelare atipico, anche *ante causam*, e l'attribuzione dello strumento della tutela risarcitoria, nonché le novità della disciplina processuale specificamente inerenti alla decisione in forma semplificata ed ai motivi aggiunti, con tendenziale configurabilità del rapporto, e non più dell'atto, come oggetto del giudizio amministrativo;
- il contemporaneo aumento di protezione assicurato dall'ordinamento a posizioni sostanziali, con l'affermazione di risarcibilità degli interessi legittimi, il riconoscimento di interessi collettivi e dei consumatori nel sistema di tutela della concorrenza, dei valori ambientali e culturali; l'affermazione della categoria degli interessi legittimi pretensivi.

Tale radicale mutamento si è concluso con il codice del processo amministrativo, di recente entrato in vigore, che ha razionalizzato l'impetuosa – e talvolta disordinata – evoluzione della giustizia amministrativa, bruscamente acceleratasi nell'ultimo quindicennio.

Tale codice segna, in estrema sintesi, la piena equiordinazione al processo civile di quello amministrativo, ormai fornito di un completo istruttorio cautelare, probatorio e decisorio. Il che, se assicura alla parte privata il più giusto dei processi, assegna però all'avvocato pubblico il più difficile dei compiti.

Il Codice del processo amministrativo, infatti, nel pur lodevole intento di

accorciare la durata dei processi, introduce alcuni termini talmente brevi che sono di difficile rispetto per il libero foro ma di pressoché impossibile rispetto per l'Avvocatura dello Stato, questa volta "un po' meno parte dell'altra" nel senso non di privilegio ma di minorata difesa.

Non si è tenuto, infatti, conto della doppia isteresi burocratica che ineludibilmente sconta la parte pubblica. Ogni atto notificato presso l'Avvocatura dello Stato deve essere, infatti, protocollato in arrivo, dare vita ad un nuovo affare da assegnare ad un avvocato o essere inserito in affare già esistente, essere fotocopiato o scannerizzato ed inviato all'Amministrazione competente presso la quale dovrà compiere un suo iter per arrivare alla scrivania del funzionario competente a stendere il documentato rapporto da inviare all'Avvocatura. Rapporto essenziale perché l'Avvocatura possa produrre i documenti e redigere le sue difese ed anch'esso bisognoso di doppi tempi burocratici per arrivare dalla scrivania del funzionario ministeriale a quella dell'avvocato dello Stato.

Non sempre è possibile, infatti, ricorrere all'uso dell'e-mail e si fa presente che la sola Avvocatura Generale dello Stato riceve nell'anno oltre 71.000 atti notificati (71.585 nel 2009) con picchi giornalieri prossimi alle 600 unità.

Perciò non posso che cogliere con favore l'auspicio che il nuovo codice, il cui straordinario significato non può essere sottaciuto, non sia considerato un punto d'arrivo nel percorso diretto ad assicurare effettività e pienezza alla tutela del privato nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma si ponga anche e soprattutto come punto di partenza di un'evoluzione che tenga conto di tutti gli interessi delle parti in gioco.

5.- *La funzione consultiva*

Non meno importante della funzione di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato è la funzione consultiva, per la quale si è spesso posto il problema di analogie e differenze con quella del Consiglio di Stato.

E' stato in proposito rilevato come esegesi letterale e storico-sistematica convergano insieme a qualificare la seconda, quale "*consulenza giuridico-amministrativa*" originariamente prestata in pro del Monarca assoluto, come ausilio di merito; la prima, quale "*consulenza legale*" sin dall'origine data ad un esecutivo soggetto al giudiziario, come consiglio di legittimità.

L'intuizione è acuta ma non appagante, in quanto riduttiva di entrambe le funzioni consultive.

Sembra più aderente alla realtà normativa attuale riportare la funzione di consulenza del Consiglio di Stato a quella valutazione in veste neutra ed imparziale che è propria della giurisdizione dallo stesso Consiglio esercitata ed alla quale, quindi, la consulenza va assimilata.

La funzione di consulenza dell'Avvocatura dello Stato va ricondotta, in-

vece, alla matrice unitaria, afferente in ogni caso alla funzione propria dell'avvocato, che non è solo quella di assistenza legale per le controversie in atto, ma anche di prevenzione di quelle meramente potenziali.

In questo senso la consulenza dell'Avvocatura è funzione immanente e necessaria allo svolgimento dell'azione amministrativa, dovendo essa per legge assicurare la difesa giudiziaria non a favore dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione, ma a tutela degli interessi pubblici generali nel rispetto del principio di legalità.

Ciò non significa che tale consulenza debba avere dimensioni riduttivamente "giudiziarie" nel senso di rigorosa correlazione con liti in atto o in potenza, poiché il "caso" o la "questione" (o – più spesso – la serie aperta ed indeterminata di numerosissimi "casi" o "questioni") che il parere dell'Avvocatura considera vanno intesi non nella accezione processuale tradizionale ma in quella ben più vasta derivante dalla intera gamma di giudizi cui istituzionalmente partecipa: non solo, quindi, giudizi penali, civili o amministrativi, ma ogni tipo di giudizio (costituzionali, nel loro complesso e diverso atteggiarsi, internazionali e comunitari). Una consulenza, dunque, afferente ad ogni tipo di rapporto: dal rapporto particolare già costituito a quello da costituire con atti contrattuali privatistici o con strumenti pubblicistici; dalla conformità delle leggi alla Costituzione, ai limiti di attribuzione dei soggetti istituzionali pubblici statali e non statali; dall'ammissibilità di un referendum popolare alla conflittualità tra Stato e Regione o tra poteri dello Stato; alla ricerca di un consenso sulla *regola iuris* da applicare per la corretta composizione sia di contrastanti interessi pubblici, diversamente graduati nell'unità dell'ordinamento, sia di interessi pubblici confliggenti con quelli privati, individuali o di gruppo fino al contenzioso internazionale e comunitario.

In tale dilatata dimensione del "giudizio" ben può dirsi che ogni consulenza dell'Avvocatura è ad esso funzionalizzata in quanto sempre riferibile al parametro del sindacato di un atto o di un comportamento alla stregua di una norma invocabile dinanzi ad un "giudice".

La funzione consultiva dell'Avvocatura si affianca così (per gli organi che possono fare capo ad entrambi gli istituti) a quella del Consiglio di Stato ispirandosi agli stessi criteri giustiziali ma con poteri ed in vista di obiettivi diversi.

L'una è funzione ausiliaria dell'attività di Governo e come tale si estende ad ogni profilo di legalità coinvolto dai quesiti in veste, come si è visto, neutra ed imparziale; l'altra è funzione di prevenzione degli esiti negativi di un giudizio, intesa l'espressione nella lata accezione suindicata.

Trattasi, come è evidente, di funzione di particolare importanza, perchè opera in via preventiva in quanto volta sia a favorire la legalità dell'azione amministrativa, sia a prevenire il sorgere del contenzioso o a risolvere in via transattiva un contenzioso insorto, con conseguente effetto deflattivo della li-

tigiosità.

In considerazione di tutto quanto ora detto, una delle mie prime preoccupazioni è stata quella di creare per gli affari consultivi un canale privilegiato atto a consentirne il disbrigo quanto più possibile celere ed attento.

6.- L'organizzazione interna dell'Avvocatura dello Stato e l'aggiornamento professionale

Per quanto attiene alla struttura interna dell'Istituto giova richiamare la legge di riforma n. 103 del 1979 che ha introdotto il principio di collegialità sia nella trattazione delle questioni più delicate attraverso la istituzione del Comitato Consultivo, sia nel governo dell'Istituto, attraverso l'istituzione del Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato, elettivo per metà dei suoi componenti, che ha, fra i suoi compiti principali di governo del personale togato, il rendere parere o deliberare sulle assegnazioni di sede, i trasferimenti, gli avanzamenti di carriera, il conferimento di incarichi o la relativa autorizzazione. Compiti che acquistano particolare rilevanza nella valutazione meritocratica dei risultati dell'attività professionale degli avvocati.

Altro importante contenuto della legge è la disciplina della autonomia professionale sia dell'Istituto nei confronti delle Amministrazioni assistite che dei singoli avvocati nella trattazione dei loro affari.

L'autonomia dell'Istituto fa sì che ad esso e ad esso soltanto spetti la scelta tecnica del responso da offrire in sede consultiva e della linea difensiva da adottare in sede contenziosa, fermo il potere in capo al Ministro (o a diverso organo di vertice dell'organismo pubblico difeso) di adottare con atto non delegabile la decisione definitiva sull'esercizio del potere di azione o di impugnazione. L'autonomia dell'avvocato, in caso di divergenza di opinioni con la dirigenza dell'Istituto, fa sì che esso possa chiedere che sul disaccordo si pronunci il Comitato Consultivo e l'esonero dalla trattazione del parere o della causa se la sua tesi risulti disattesa dall'organo collegiale.

L'Avvocato dello Stato italiano è dunque "avvocato" nel pieno e nobile senso della parola, con la differenza, rispetto al collega del libero foro, che il soggetto pubblico da lui rappresentato e difeso è soggetto al vincolo costituzionale del rispetto del principio di legalità.

Non gli si attaglia, quindi, il motto scritto sulla volta a cupola dello studio dell'Attorney General degli Stati Uniti d'America (da cui dipendono gli organismi di difesa in giudizio di quel Paese, le Procure ed il Solicitor General): «*gli Stati Uniti vincono la loro causa ogni qualvolta è fatta giustizia nei loro tribunali*».

Il motto, scritto circolarmente e senza punteggiatura, ha due significati a seconda che lo si legga come sopra trascritto o che lo si legga come segue: «*ogni qualvolta è fatta giustizia nei loro Tribunali gli Stati Uniti vincono la*

loro causa».

Il primo significato comporta l'atarassica accettazione di ogni sentenza, quale che essa sia, con un pieno e preventivo consenso ad un pronunciato normalmente reso in unico grado. Il secondo postula il sospetto di una istituzionale prevaricazione dell'esecutivo sul giudiziario.

L'Avvocatura dello Stato italiano non può, quindi, condividere quel motto né nella prima né nella seconda accezione.

Non nella prima perchè l'avvocato dello Stato italiano sposa la causa che difende, e se convinto della fondatezza delle sue tesi, si arrende al giudizio sfavorevole solo dopo aver percorso tutti i gradi di impugnazione (non a caso previsti dal nostro ordinamento).

Non nella seconda, perchè lo Stato italiano non gode di alcun privilegio in causa, scontando, anzi, se mai, qualche sfavorevole pregiudizio nei confronti dell'operare pubblico.

Quanto all'aggiornamento professionale, deve rilevarsi che esso è assolutamente necessario in un periodo caratterizzato, come lo è il nostro, da profonde trasformazioni dell'ordinamento giuridico. Di tale aggiornamento l'Istituto deve darsi carico. Carico, peraltro, non pesante sia per l'elevatissimo livello di preparazione dei colleghi che entrano in carriera attraverso due successive rigorosissime selezioni concorsuali, sia perchè l'attività di avvocato seriamente svolta è di per sé uno stimolo all'aggiornamento.

Comunque è tradizione che l'Avvocato Generale, con il prezioso ausilio degli uffici di supporto, dirami tempestivamente circolari illustrative di ogni legge rilevante in materia di giustizia ed è altresì tradizione che, in occasione di ogni importante riforma - quale ad esempio il codice del processo amministrativo - vengano organizzati dei seminari tematici.

7.- Attualità e criticità

Nell'esame della situazione attuale la prima constatazione che si impone è quella del preoccupante aprirsi di una forbice fra aumento della quantità degli affari e forza-lavoro disponibile.

Gli affari legali nuovi, che erano 41.275 nel 1976, sono stati nel 2009 ben 209.988.

Gli avvocati e procuratori dello Stato erano 276 nel 1976 e sono oggi 370.

Le date di riferimento non sono prese a caso. Nel 1976 fu pubblicato infatti uno studio storico su "L'Avvocatura dello Stato" in occasione del centenario dell'Istituto. In esso si rappresentava l'inadeguatezza della consistenza dei ruoli organici "*ormai giunta ad un punto di rottura*" ed il conseguente pregiudizio all'efficienza ed all'esistenza stessa dell'Istituto; ciò in quanto rispetto ai 276 posti dell'organico professionale dell'epoca il numero annuale di nuovi affari era di 41.275. Orbene, mentre il ruolo organico si è incrementato da al-

lora del 34%, passando da 276 a 370 unità, il numero annuale dei nuovi affari si è incrementato di più del 408,75%, passando da 41.275 a 209.988 nel 2009!

Gli impiegati amministrativi, poi, che erano 951 nel 1986, sono oggi soltanto 878.

A ciò si aggiunga che non si sono più potuti assumere impiegati amministrativi per concorso pubblico sin dallo stesso anno 1986.

Il personale di concorso, destinato alla scomparsa per esaurimento, rappresenta oggi meno della metà della forza lavoro non togata, perché i ricambi (parziali) dei pensionamenti sono avvenuti mediante comandi, distacchi o mobilità, e quindi attraverso strumenti non altrettanto selettivi del concorso ad hoc.

Ciononostante, lasciatemi dire con orgoglio che l'efficienza dell'Istituto non è diminuita ed il controllo di risultato e l'analisi costi-benefici della assistenza legale forniti dall'Avvocatura danno risultati altamente positivi.

Posso permettermi di dire questo senza essere accusato di presunzione perché i risultati cui faccio riferimento non sono certo merito mio ma degli Avvocati Generali che mi hanno preceduto, di tutti i colleghi avvocati e procuratori e di tutto il personale amministrativo che hanno fin qui operato.

Scriveva alcuni decenni fa un giurista della statura di Arturo Carlo Jemolo: *“Quante volte sento affermare che lo Stato è sempre servito peggio dei privati, mi sorge spontanea l'obiezione: Però c'è l'Avvocatura dello Stato. In questo crederei arduo dimostrare che vi sia grande impresa che dal lato dell'assistenza legale ottenga un servizio migliore di quello che presta l'Avvocatura”*.

Credo che le cifre dimostrino che quelle parole di alto apprezzamento sono ancora attuali.

Faccio riferimento ad un recente studio della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione ripreso dal “Sole 24 Ore” (che ha dedicato al tema due intere pagine) dal quale si desume che il costo che lo Stato sopporta per l'esistenza e la gestione dell'Avvocatura è di 164,4 milioni di euro annui, comprensivi di ogni voce ivi compresi i redditi figurativi degli immobili utilizzati e gli onorari riscossi nelle cause vinte, e che ogni causa – quale che sia la sua durata ed il numero di gradi di giudizio – costa quindi allo Stato in media € 785.

Da quello studio risulta ancora che le cause vinte sono pressoché i due terzi del totale (si precisa che la statistica relativa è stata condotta in modo assolutamente rigoroso, di talché sono considerate vinte solo le cause in cui la domanda avversaria è totalmente rigettata, e quindi se chi pretendeva 1000 ha ottenuto 1 la causa si considera persa).

Visto quanto sopra sembra legittimo domandarsi se esiste altro sistema di difesa in giudizio altrettanto economico ed efficiente. Lo studio della Scuola Superiore concludeva testualmente che *“a differenza di molti altri settori della*

P.A., la gestione del contenzioso dello Stato tramite un organo interno è di gran lunga più economica di una difesa affidata a professionisti esterni”. Il che è stato ampiamente dimostrato da esperienze recenti e meno recenti. Aggiunge ancora lo studio che il vantaggio economico è monetizzabile in un risparmio del 90% sul costo di mercato e che a tale vantaggio se ne aggiungono altri non monetizzabili e “funzionali” quali la uniformità e imparzialità della condotta processuale, la coerenza fra attività consultiva e contenziosa, le sinergie difensive ai vari livelli di giurisdizione, la garanzia di riservatezza, la assoluta selettività dei sistemi di reclutamento del personale togato.

“Ciò – aggiunge ancora la relazione – nonostante l’attuale carico di lavoro sia rappresentato dalla impressionante cifra di 550 nuovi affari contenziosi all’anno pro capite”. Il che, aggiungiamo noi, considerata la durata media dei processi in Italia, significa che ogni avvocato dello Stato ha sul ruolo circa 4000 affari pendenti.

8.- Il contributo fornito dalla digitalizzazione

La gestione di una tale massa di lavoro ha ricevuto un indubbio aiuto dall’informatica, attraverso il varo di alcune iniziative di digitalizzazione della nostra attività promosse a più riprese dal Governo, al quale va il mio sentito ringraziamento.

Senza l’informatizzazione di alcune attività fondamentali dell’Istituto non avremmo potuto far fronte con efficacia alla mole di lavoro sempre crescente ad organici sostanzialmente invariati. Essa occupa un ruolo strategico per lo svolgimento dei compiti istituzionali.

Gli sforzi compiuti ed i risultati raggiunti con le risorse a disposizione costituiscono un grande traguardo. Abbiamo modernizzato le tecnologie con un’operazione perfettamente riuscita, migliorando la piattaforma tecnologica del nostro sistema, con il duplice obiettivo, da un lato, di migliorare e accelerare la gestione dei servizi interni e, dall’altro, di “aprire l’Istituto all’esterno”, attraverso la consultabilità delle sue banche-dati da parte delle pubbliche amministrazioni.

In tale contesto si inserisce il potenziamento e miglioramento del nostro sito istituzionale, in linea con le recenti direttive ministeriali in materia, e finalizzato a fornire, tramite internet, informazioni corrette, puntuali e sempre aggiornate, nonché ad erogare servizi sempre più fruibili.

L’uso della posta elettronica è ormai capillare e sono ampiamente sviluppati i progetti di scambio con le amministrazioni e con le giurisdizioni. L’accesso informatico alle banche dati del giudice amministrativo - che consente di conoscere in tempo reale lo stato del giudizio e gli atti depositati - e la consultabilità dei dati presenti in buona parte delle cancellerie civili sono già una realtà, e sono in fase avanzata lo studio del fascicolo elettronico e della ge-

stione telematica del processo, sia civile che amministrativo.

Sono fermamente convinto dell'importanza delle nuove tecnologie nello sviluppo della nostra attività. L'Avvocatura è infatti una pubblica Amministrazione e perciò guarda con attenzione alle iniziative del Governo per lo sviluppo delle nuove tecnologie, alla luce del nuovo **Piano d'azione europeo per la Società dell'informazione e l'ICT** (la c.d. "Europe's Digital Agenda" per il 2020).

Pur se di fronte ai giudici perfettamente paritaria rispetto ai colleghi del libero foro, l'Avvocatura è e resta una Istituzione pubblica, con la conseguente necessità di contenere la spesa, armonizzare l'efficienza del proprio servizio in accordo con le giurisdizioni e trovare nelle amministrazioni le collaborazioni e le effettive soluzioni per rendere insieme un servizio migliore alla collettività.

Queste sono state e continuano ad essere le nostre priorità. E lo sono anche per il legislatore, che ha previsto il contributo dell'Avvocatura dello Stato nelle determinazioni da assumere su alcune innovazioni tecnologiche relative al processo civile.

9.- Auspici di miglioramento

L'ausilio dell'informatica è stato, come si è visto, di grandissimo aiuto, ma la sproporzione fra forza lavoro (rimasta sostanzialmente immutata) e carico di affari (enormemente aumentato) è tale che nemmeno una completa e perfetta digitalizzazione arriverebbe a colmare il fossato: risultato per il quale occorrerebbero più uomini e più mezzi.

Non a caso il già citato studio così concludeva *“I pochi risparmi che si sono ottenuti in questi anni riducendo costantemente l'organico amministrativo (passato negli ultimi 7 anni da un totale nazionale di 951 unità a 871) non appaiono significativi rispetto al vantaggio ottenibile con una migliore e più produttiva difesa in giudizio.*

In una situazione quale quella fotografata nella relazione della SSPA, investimenti diretti ad adeguare sia l'organico degli avvocati (fermo a circa trenta anni fa, a fronte di un contenzioso all'epoca di 55.000 affari annui, ad oggi più che triplicato) che del personale amministrativo, potrebbero garantire un ritorno in termini economici per cause vinte, ben superiore al loro costo.

Notevoli risultati si potrebbero ottenere portando il costo di ciascuna causa da € 785 del 2006, a soli € 900.

Ciò consentirebbe, ad esempio, di assumere 80 tra avvocati e procuratori, 50 impiegati e 50 dirigenti.

.....

Un maggior numero di avvocati, in quella che si può certamente definire una delle più grandi scuole di diritto in Italia (per la peculiarità del ruolo

dell'Avvocatura e la estrema varietà dell'attività svolta), avrebbe anche il vantaggio di poter fornire al Governo una quota di collaboratori e consulenti di certo superiore a quella odierna, consentendo così di trasferire nell'attività amministrativa e legislativa il notevole bagaglio di esperienza dell'Avvocatura dello Stato".

Indubbiamente un incremento di uomini e di mezzi renderebbe l'Istituto ancora più efficiente ma la coscienza della drammatica temperie economica che, a livello planetario, stiamo vivendo mi induce a limitare le mie aspettative di innovazioni normative a quelle che sono a "costo zero" e che si rendono però necessarie a compensare alcune distorsioni che si sono verificate o stanno per verificarsi come effetti collaterali di mutamenti normativi e di esigenze sociali.

So bene che la prassi protocollare delle cerimonie di insediamento non prevede che vengano avanzate richieste di riforme o anche solo di innovazioni normative se non sotto forma di segnalazione dell'emergenza di esigenze portate dai tempi nuovi che si offrono all'attenzione degli organi politici competenti per le iniziative che saranno ritenute opportune.

Il Governo ed il Parlamento, in questa legislatura, hanno dimostrato particolare attenzione ai problemi dell'Avvocatura, attraverso l'adozione di provvedimenti da tempo attesi. Mi riferisco, in particolare, alla legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha affrontato e ridisciplinato il problema della ripartizione degli onorari spettanti agli avvocati e procuratori dello Stato per le cause vinte e per gli incarichi arbitrali espletati, attribuendo una quota di essi al personale amministrativo.

E' stato così razionalizzato il sistema e ristabilita una antica tradizione, improvvidamente interrotta negli anni '70.

La stessa legge ha esteso all'Avvocatura dello Stato la facoltà di notificare gli atti a mezzo posta, già concessa al libero foro, con notevoli benefici per l'attività di Istituto.

Il Decreto Legge 1° luglio 2009 n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009 n. 102 ha, poi, completato il passaggio dallo Stato all'INPS del contenzioso di invalidità civile, eliminando ogni legittimazione passiva in materia dei Ministri dell'Interno e dell'Economia, con conseguente risparmio di una pesante attività di protocollazione ed archivio ed eliminazione di non pochi contrasti giurisprudenziali.

Tale particolare attenzione dimostrata da Governo e Parlamento per l'Avvocatura dello Stato attraverso l'adozione dei provvedimenti ora indicati, che erano da lungo tempo attesi e per i quali esprimo il ringraziamento più sentito, mi spingono a segnalare due emergenze meritevoli di particolare attenzione.

La prima riguarda la situazione di sofferenza dei procuratori dello Stato, cioè dei giovani avvocati che dell'Istituto sono il domani. Due successivi innalzamenti dell'età pensionabile hanno determinato una sorta di blocco del

ruolo che impedisce alla maggior parte di essi il passaggio alla qualifica di avvocato in tempi ragionevoli.

Mi permetto di insistere su questo problema risolvibile con facilità ed a costo zero, come analiticamente esposto nelle opportune sedi, perchè la componente giovane rappresenta il futuro e la garanzia di continuità dell'Istituto e non mi sentirei in pace con la mia coscienza se non mi rendessi interprete anche in questa sede della loro legittima aspettativa.

Del pari a costo zero - o addirittura comportante un risparmio di spesa - sarebbe lo snellimento della procedura del concorso a procuratore dello Stato, al quale partecipano, per un numero di posti in genere inferiore a dieci, migliaia di candidati, con conseguente dispendio di tempo e di risorse umane ed economiche.

Un terzo problema di cui tenere conto è il progressivo mutamento della struttura statale per effetto del massiccio trasferimento di potestà e funzioni dello Stato alle autonomie locali e ad entità sovranazionali.

D'altronde il malessere rivendicativo delle autonomie locali è fenomeno non solo italiano ma è ormai fenomeno endemico europeo. I casi della Spagna, dell'Inghilterra, del Belgio, persino della supercentralistica Francia sono sotto i nostri occhi.

In tale contesto, alla erosione dello Stato dal basso per effetto delle spinte autonomistiche, si accompagna la sua compressione dall'alto ad opera della Unione Europea.

Credo proprio che il crollo del muro di Berlino con quel che lo ha accompagnato e seguito, se non ha segnato la fine della storia, ha messo però, fine a quel terribile "secolo breve" di cui ha scritto Hobsbawm ed ha accelerato il processo di trasformazione degli Stati nazionali.

D'altronde ogni epoca storica ha il suo modello politico di perfetta vita associata.

Per mille anni il mondo civile visse nella convinzione che l'impero romano fosse l'unico modello statale valido, tanto è vero che, dopo il suo crollo, nel buio e nella confusione di un medio evo privo di punti di riferimento politici precisi, gli sforzi dei migliori, per un altro millennio, furono tesi alla ricostituzione di quell'impero, cui l'affermarsi della Chiesa di Roma aveva aggiunto l'appellativo di Sacro.

Quel "Sacro Romano Impero" che non era sacro, non era romano, ma, soprattutto, non fu mai un impero.

E' solo nel XVII secolo che si consolidò - e venne teorizzata da Jean Bodin - una nuova forma di aggregazione politica, lo Stato nazionale, forma che ci ha accompagnato fino ai giorni nostri.

Ebbene lo Stato nazionale come modello di entità politica è in crisi di trasformazione, come già profetizzava anni fa Massimo Severo Giannini, anche se questa trasformazione non potrà mai giungere - come Ella, Signor Presi-

dente della Repubblica giustamente ha di recente ribadito – ad intaccare l'unitarietà dello Stato italiano, sancita dall'articolo 5 della nostra Costituzione come principio fondamentale e quindi non soggetto neanche a revisione costituzionale.

Nondimeno la crescita delle autonomie sembra inarrestabile e bisogna quindi ragionevolmente prevedere un sensibile mutamento della fisionomia del contenzioso pubblico, indotta dalla riduzione di competenze degli organi periferici dello Stato e dalla prevedibile nuova dimensione del contenzioso costituzionale fra Stato e Regioni.

Il che non potrà non riflettersi sulla struttura organizzativa dell'Avvocatura, nei modi e nelle misure che risulteranno necessari a riforma compiuta, quando tutta la normativa delegata sarà stata adottata ed opererà a regime.

10.- Conclusioni

Nell'accingermi a concludere, desidero rivolgere un pensiero affettuoso ed un saluto cordiale a tutti i colleghi che operano nel nostro Istituto ed in particolare ai giovani che da poco hanno intrapreso la nostra attività e che rappresentano il futuro dell'Avvocatura.

Un caldo saluto, desidero anche rivolgere al personale amministrativo dell'Avvocatura, del quale, nell'esercizio della mia attività professionale e nel lungo periodo in cui sono stato Segretario Generale, ho avuto modo di apprezzare le qualità professionali e lo spirito di dedizione.

Signor Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, non posso nascondere che all'atto della nomina ho avvertito una qualche preoccupazione suscitata dalla consapevolezza delle responsabilità connesse alla carica; per superarla sono state e mi sono di grande aiuto la stima e la fiducia accordatemi dal Governo nonché la ferma convinzione che l'Avvocatura dello Stato che sono stato chiamato a dirigere rappresenta un solido Istituto con radici antiche ma capace di affrontare i tempi nuovi e che ha sempre svolto e continua a svolgere, come Ella ha voluto amabilmente rilevare, in modo altamente positivo il proprio compito di consulenza e difesa dell'Amministrazione.

Sono consapevole del fatto che il particolare momento storico attraversato dal Paese richiede impegni non formali ma concreti nello svolgimento delle funzioni e realismo ed equilibrio nell'azione quotidiana. Doti tutte che credo siano nelle corde dell'Istituto.

In coerenza con questa convinzione, penso di poter assicurare a Lei, Signor Presidente della Repubblica ed a Lei, Signor Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che l'Avvocatura dello Stato continuerà a svolgere nel modo più impegnato, con spirito di servizio, i propri compiti istituzionali nell'interesse del Paese.

Le sue tradizioni ultrasecolari, che ci trasmettiamo di generazione in ge-

nerazione di servitori dello Stato, sono la migliore garanzia dell'affidabilità della nostra Istituzione.

Grazie Signor Presidente della Repubblica, grazie Signor Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri della disponibilità e della fiducia e grazie a tutte le Autorità e a tutti i presenti per la cortese attenzione.

Codice del processo amministrativo*

Nella Gazzetta ufficiale del 7 luglio 2010, n. 156, è stato pubblicato il decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, recante “Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”.

Il decreto legislativo entra in vigore il 16 settembre 2010 (art. 2) ma per i termini che sono in corso alla data della sua entrata in vigore continuano a trovare applicazione le norme previgenti (art. 2 all. 3).

Il Codice risponde ad un’esigenza di razionalizzazione attraverso la raccolta in un unico corpo normativo di disposizioni contenute in una pluralità di fonti, anche risalenti nel tempo, che vengono contestualmente abrogate ed introduce rilevanti novità nella disciplina del processo amministrativo, spesso recettive di orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, come il principio (art. 39) secondo il quale, per quanto non disciplinato dal Codice, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali.

Il provvedimento legislativo è composto da 2 articoli e 4 allegati:

- il primo allegato contiene il codice del processo amministrativo e consta di 137 articoli;
- il secondo allegato contiene le norme di attuazione e consta di 16 articoli;
- il terzo allegato contiene le norme transitorie e consta di 3 articoli;
- il quarto allegato contiene le norme di coordinamento e le abrogazioni e consta di 4 articoli.

Il Codice è composto da cinque libri:

- il primo reca le disposizioni generali;
- il secondo è dedicato al processo amministrativo di primo grado;
- il terzo riguarda le impugnazioni;
- il quarto ha per oggetto l’ottemperanza e i riti speciali;
- il quinto contiene le norme finali.

Qui di seguito si evidenziano le principali norme di portata innovativa.

ALLEGATO 1: Codice del processo amministrativo

LIBRO PRIMO: Disposizioni generali

1) Giurisdizione, giudicato implicito e *translatio iudicii*:

- Il Codice, dopo aver espressamente sancito che la giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito (art. 7, comma 3), precisa che nelle materie attribuite alla giurisdizione

(*) Circolare n. 52 - 29 settembre 2010 prot. 297377 - dell’Avvocato Generale.

zione generale di legittimità il giudice amministrativo conosce delle controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma mentre nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva (elencate all'art. 133) il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi (art. 7, comma 5) e infine nella materie attribuite alla giurisdizione estesa al merito (elencate all'art. 134), il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (art. 7, comma 6).

- Particolarmente innovativa (e conforme alla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione) è la disciplina del giudicato implicito sulla giurisdizione che consente il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione solo in primo grado mentre nei giudizi di impugnazione lo stesso è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione (art. 9).

- Come previsto dall'art. 30 l. TAR, nel giudizio di primo grado è ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. In tale ipotesi, nel giudizio sospeso, possono essere chieste misure cautelari, ma il giudice non può disporle se non ritiene sussistente la propria giurisdizione (art. 10), contrariamente a quanto già previsto dall'art. 30 l. TAR, in base al quale la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non precludeva l'esame della domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

- Come già disposto dall'art. 59 della l. n. 69/2009 recante modifiche al processo civile (cfr. Circolare n. 31 del 23 giugno 2009), l'art. 11 prevede la *translatio iudicii*, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute ma con salvezza degli effetti processuali e sostanziali, se il giudizio è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia del giudice amministrativo che declina la propria giurisdizione entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

Analogo meccanismo è previsto nel caso inverso di una controversia introdotta davanti ad altro giudice qualora le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo. In tale caso, il termine di tre mesi per la riproposizione del giudizio decorre dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite.

Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate.

2) Competenza:

- Una delle principali novità introdotte dal Codice è rappresentata dall'inderogabilità della competenza territoriale (art. 13, comma 4) e dalla rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza, sia territoriale che funzionale, da parte

del giudice di primo grado, finalizzata ad arginare il fenomeno del c.d. forum shopping.

- L'art. 14 prevede la competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, per le controversie elencate nell'art. 135 nonché la competenza funzionale inderogabile del TAR Lombardia, sede di Milano, per le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. La competenza è funzionalmente inderogabile anche per i giudizi di ottemperanza e per quelli di cui all'art. 119 (già disciplinate dall'art. 23 bis l. TAR).

- Mentre l'art. 31 l. TAR prevedeva che l'incompetenza per territorio non costituisse motivo di impugnazione della decisione, l'art. 15, comma 1 dispone ora che, nei giudizi di impugnazione, il difetto di competenza è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza.

- Il termine per il deposito dell'istanza di regolamento di competenza (che può esser notificata finché la causa non è decisa in primo grado e non più entro settanta giorni dalla notificazione del ricorso, come era previsto dagli artt. 31, 22 e 21 l. TAR) è di quindici giorni dall'ultima notificazione (art. 15, comma 2).

- Il termine per riassumere il giudizio innanzi al TAR indicato come competente dal Consiglio di Stato resta di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza che pronuncia sul regolamento (come già previsto dall'art. 31, comma 1 l. TAR) ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione (art. 15, comma 4).

- La competenza territoriale e funzionale è inderogabile anche in ordine alle misure cautelari (art. 16, comma 1) e pertanto, quando è proposta domanda cautelare, il TAR adito, ove non riconosca la propria competenza non decide su tale domanda e può rilevare d'ufficio la propria incompetenza indicando il giudice competente (art. 16, comma 2) ovvero può investire della questione il Consiglio di Stato con ordinanza con la quale indica il TAR che reputa competente (art. 15, comma 5).

- Della camera di consiglio fissata per regolare la competenza è dato avviso, almeno dieci giorni prima, ai difensori che si siano costituiti davanti al Consiglio di Stato che possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima dell'udienza (art. 15, comma 6).

- Le pronunce sull'istanza cautelare rese dal giudice dichiarato incompetente perdono comunque efficacia dopo trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza.

- Il termine per impugnare con regolamento di competenza, l'ordinanza con cui il giudice adito dichiara la propria competenza o incompetenza è di trenta giorni dalla notificazione ovvero di sessanta giorni dalla pubblicazione (art. 16, comma 3).

- Ove non si tratti di competenza funzionale inderogabile, non è considerata questione di competenza la ripartizione delle controversie tra TAR con sede nel capoluogo e sezione distaccata. Tuttavia, la parte che ritiene che sia

stato erroneamente adito il TAR con sede nel capoluogo anziché nella sezione staccata o viceversa può eccepirlo entro novanta giorni dalla notificazione del ricorso (art. 47, comma 2) e non più entro quarantacinque giorni (come era previsto dall'art. 32, comma 2 l. TAR). Il presidente del TAR provvede sull'eccezione con ordinanza motivata non impugnabile.

3) Difesa personale delle parti:

- Le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore nei giudizi in materia di accesso, in materia elettorale e nei giudizi relativi al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art. 23). Tale norma non è applicabile ai giudizi di impugnazione (art. 95, comma 6).

- Tuttavia in materia di accesso, l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato (art. 116, comma 3) anche nei giudizi di impugnazione (art. 116, comma 5). E' comunque preferibile, in linea di principio, che innanzi al Consiglio di Stato l'amministrazione sia rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato anche in materia di accesso.

4) Azioni di cognizione:

- La principale novità introdotta dal Codice nella disciplina del azioni riguarda l'esperibilità dell'azione risarcitoria pura, cioè sganciata dalla necessaria impugnazione del provvedimento lesivo, che viene però assoggettata ad un breve termine di decadenza. Viene così risolto, con una soluzione intermedia, il contrasto tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato sulla c.d. pregiudiziale amministrativa ovvero sulla necessità o meno del previo annullamento del provvedimento amministrativo per poter chieder il risarcimento del danno.

Le azioni esercitabili innanzi al giudice amministrativo sono:

- l'azione di annullamento, proponibile nel termine di decadenza di sessanta giorni (art. 29); quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori (art. 34, comma 3);

- l'azione di condanna, che può esser proposta contestualmente ad altra azione o in via autonoma (art. 30, comma 1), nell'ambito della quale è disciplinata l'azione di risarcimento del danno per lesione di diritti soggetti (art. 30, comma 2) nonché per lesione di interessi legittimi, proponibile nel termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento (art. 30, comma 3) ovvero nel termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso sulla connessa domanda di annullamento (art. 30, comma 5); nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo della parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (art. 30, comma 3);

per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di centoventi giorni non decorre fintato che perdura l'inadempimento ma inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere (art. 30, comma 4);

- l'azione avverso il silenzio, proponibile finchè perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento (art. 31, comma 2); il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione;

- l'azione di declaratoria di nullità, proponibile entro il termine di decadenza di centottanta giorni, opponibile dalla parte resistente o rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 31, comma 4); tale norma non è applicabile alla dichiarazione di nullità degli atti in violazione o elusione del giudicato, per la quale restano applicabili le norme sul giudizio di ottemperanza.

LIBRO SECONDO: Processo amministrativo di primo grado

5) Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale:

- Il ricorso incidentale o la domanda riconvenzionale – dipendente da titoli già dedotti in giudizio nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi – possono essere proposti nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale (come già previsto dall'art. 37 T.U. CdS e dall'art. 22 l. TAR, per il ricorso incidentale) e depositati nel termine di trenta giorni dall'ultima notificazione (art. 42, comma 2).

- Il termine per presentare memorie e documenti in caso di ricorso incidentale o di domanda riconvenzionale è elevato da venti giorni (come era previsto dall'art. 44 R.D. n. 642/1907 in combinato disposto con l'art. 37 T.U. CdS per il ricorso incidentale) a sessanta giorni dalla notificazione del ricorso principale (art. 42, comma 3).

- La cognizione del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale è attribuita al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale o la domanda riconvenzionale siano devolute alla competenza del TAR Lazio, sede di Roma, ovvero alla competenza funzionale di altro TAR (art. 42, comma 4).

6) Costituzione delle parti:

- Il ricorso deve essere depositato entro trenta giorni decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione si è perfezionata anche per il destinatario (art. 45), come già previsto dall'art. 21 l. TAR e le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova e produrre documenti entro sessanta giorni dalla notifica del ricorso (art. 46), termine ele-

vato rispetto a quello di cinquanta giorni (trenta + venti) già previsto dagli articoli 21 e 22 l. TAR.

7) Intervento per ordine del giudice:

Il Codice introduce un istituto nuovo per il giudizio amministrativo: l'intervento per ordine del giudice. Contemplato dall'art. 107 c.p.c. Oltre all'intervento volontario *ad adiuvandum* (volto ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato) e *ad opponendum* (volto ad ottenere la conservazione dell'atto impugnato) già previsti dall'art. 22 l. TAR, viene così disciplinato l'intervento *iussu iudicis*, che soggiace alle stesse regole dell'integrazione del contraddittorio (art. 49): se la parte alla quale è stato ordinato di chiamare il terzo in giudizio non provvede alla notificazione degli atti indicati dal giudice nel termine assegnato, il ricorso è dichiarato improcedibile (art. 51).

8) Computo e abbreviazione dei termini:

- I termini assegnati dal giudice, salva diversa previsione, sono perentori (art. 52, comma 1).

- Se il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo anche per i termini che scadono nella giornata del sabato (art. 52, commi 3 e 5).

- Per i termini computati a ritroso, la scadenza è anticipata al giorno antecedente non festivo (art. 52, comma 4). Analoga previsione non è prevista per i termini a ritroso scadenti di sabato che quindi non devono ritenersi anticipati al venerdì.

- Nei casi d'urgenza, il presidente del tribunale può, su istanza di parte, abbreviare fino alla metà i termini previsti per la fissazione di udienze o di camere di consiglio; conseguentemente sono ridotti proporzionalmente i termini per le difese della relativa fase (art. 53).

- La presentazione tardiva di memorie o documenti, su richiesta di parte, può essere eccezionalmente autorizzata dal collegio, assicurando comunque il pieno rispetto del diritto delle controparti al contraddittorio su tali atti, quando la produzione nel termine di legge risulta estremamente difficile (art. 54).

9) Procedimento cautelare:

- Le principali innovazioni in materia cautelare sono la necessaria presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio, quale condizione di procedibilità della domanda cautelare (art. 55, comma 4), la fissazione della data di discussione del ricorso nel merito con l'ordinanza che dispone una misura cautelare (art. 55, comma 11) onde evitare il procrastinarsi indefinito di situazioni di incertezza nonché la tutela cautelare *ante causam*, già prevista in materia di appalti, attivabile nei casi di eccezionale gravità e urgenza (art. 61).

- Sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il de-

stinatario, dell'ultima notificazione e, altresì al decimo giorno, dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio (art. 55, comma 5). All'ampliamento del termine dilatorio per la fissazione dell'udienza cautelare corrisponde quindi un'anticipazione del termine per depositare memorie e documenti, che prima potevano essere prodotti anche il giorno dell'udienza. Il collegio, per gravi ed eccezionali ragioni, può autorizzare la produzione in camera di consiglio di documenti (ma non memorie), con consegna di copia alle altre parti fino all'inizio di discussione (art. 55, comma 8).

- Altra novità riguarda la previsione secondo la quale, ai fini del giudizio cautelare, se la notificazione è effettuata a mezzo del servizio postale, il ricorrente, se non è ancora in possesso dell'avviso di ricevimento, può provare la data di perfezionamento della notificazione producendo copia dell'attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste. E' fatta salva la prova contraria.

- Conformemente a quanto previsto dall'art. 16, secondo il quale la competenza di cui agli articoli 13 e 14 è inderogabile anche in ordine alle misure cautelari, viene ribadito che il giudice adito può disporre misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza (art. 55, comma 13).

- Con l'ordinanza che decide sulla domanda, il giudice provvede sulle spese della fase cautelare. La pronuncia sulle spese conserva efficacia anche dopo la sentenza che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza (art. 57). La pronuncia sulle spese in sede cautelare quindi non è più né facoltativa, né provvisoria, né condizionata al rigetto, inammissibilità o irricevibilità dell'istanza (come già previsto dall'art. 21, comma 11 l. TAR).

- Le parti possono riproporre la domanda cautelare al collegio o chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare collegiale se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza. La revoca può essere altresì richiesta nei casi di revocazione cui all'articolo 395 c.p.c. (art. 58).

- In sede di decisione della domanda cautelare, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio o dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata (come già previsto dall'art. 21, comma 10 l. TAR), salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione (art. 60). Tale ultima precisazione è stata introdotta allo scopo di consentire alle parti di lamentare ulteriori profili di illegittimità dell'atto nonché di eccepire il difetto di giurisdizione o il difetto di competenza.

- Quanto ai due tipi di misure cautelari provvisorie monocratiche, oltre

al decreto presidenziale già introdotto dall'art. 3 della l. 205/2000 e confluito nell'art. 21 l. TAR, ora disciplinato dall'art. 56 per i casi di estrema gravità e urgenza, vengono previste per la prima volta, in linea generale, le misure cautelari anteriori alla causa (già introdotte in materia di appalti dal d.lgs n. 163/2006) per i casi di eccezionale gravità e urgenza (art. 61).

- Quanto al primo tipo di misura cautelare monocratica, rispetto alla disciplina previgente, l'art. 56 precisa che la domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio; che il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del TAR adito (comma 1); che il presidente o un magistrato da lui delegato provvede con decreto non impugnabile (comma 2) ma sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata (comma 4); che la notificazione può avvenire da parte del difensore anche a mezzo fax (comma 2) ma che in tal caso le misure cautelari perdono efficacia se il ricorso non viene notificato per via ordinaria entro cinque giorni dalla richiesta delle misure cautelari provvisorie (comma 5); che il presidente, ove ritenuto necessario, sente fuori udienza e senza formalità anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto (comma 2); che il presidente può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione (comma 3); che nel decreto deve essere comunque indicata la camera di consiglio nella quale il collegio provvederà sulla domanda cautelare (comma 4).

- Quanto al secondo tipo di misura cautelare monocratica, l'art. 61 prevede invece che, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa (comma 1); l'istanza, notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si propone al presidente del TAR competente per il giudizio (comma 2); il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni; il provvedimento di accoglimento perde comune effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso la misura concessa perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa (comma 5); l'art. 61 non è applicabile al giudizio di appello (comma 7).

- Contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza,

ovvero sessanta giorni dalla sua pubblicazione (e non più dalla comunicazione del deposito) e da depositare nei successivi trenta giorni (art. 62, commi 1 e 2). I termini (breve e lungo) per la proposizione dell'appello cautelare sono quindi dimezzati rispetto a quanto previsto dall'art. 28, comma 3 l. TAR. Il termine per il deposito dell'appello resta invece invariato.

- Nel giudizio cautelare d'appello sono rilevati d'ufficio il difetto di giurisdizione e il difetto di competenza. In caso di incompetenza, il giudice d'appello sottopone la questione al contraddittorio delle parti e regola d'ufficio la competenza. Quando dichiara l'incompetenza del TAR adito, con la stessa ordinanza annulla le misure cautelari emanate (art. 62, comma 4).

10) Mezzi di prova e attività istruttoria:

- I mezzi di prova espressamente previsti sono l'ordine di esibizione ex art. 210 cp.c., l'ispezione, la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile, la verifica (riguardante gli accertamenti tecnici) e la consulenza tecnica. Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di rito, ad esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (art. 63).

- Il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite (art. 64, comma 2). Tuttavia, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, comma 3).

11) Udienza di discussione:

- Il termine per depositare l'istanza di fissazione di udienza è ridotto da due anni (come era previsto dall'art. 23, comma 1 l. TAR) a un anno dal deposito del ricorso o dalla cancellazione della causa dal ruolo (art. 71, comma 1) e di conseguenza il termine di perenzione ordinario è ridotto da due anni (come era previsto dall'art. 40, comma 2 T.U. CdS) a un anno (art. 81).

- Il decreto di fissazione è comunicato a cura dell'ufficio di segreteria, almeno sessanta giorni prima dell'udienza fissata (e non più quaranta giorni prima, come previsto dall'art. 23, comma 3 della l. TAR) sia al ricorrente che alle parti costituite in giudizio. Tale termine è ridotto a quarantacinque giorni, su accordo delle parti, se l'udienza di merito è fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare.

- Il termine per produrre documenti è anticipato da venti giorni (come era previsto dall'art. 23, comma 3 l. TAR) a quaranta giorni liberi prima dell'udienza di discussione (art. 73, comma 1); il termine per produrre memorie è anticipato da dieci giorni (come era previsto dall'art. 23, comma 4 l. TAR) a trenta giorni liberi prima dell'udienza di discussione (art. 73, comma 1); viene inoltre introdotto un termine per presentare repliche di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione (art. 73, comma 1).

- Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rile-

vata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie (art. 73).

12) Sospensione e interruzione del processo:

- In caso di sospensione del giudizio, per la sua prosecuzione deve essere presentata istanza di fissazione di udienza entro novanta giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione (art. 80, comma 1). Le ordinanze di sospensione sono appellabili: l'appello è deciso in camera di consiglio (art. 79, comma 3).

- Il processo interrotto prosegue se la parte nei cui confronti si è verificato l'evento interruttivo presenta nuova istanza di fissazione di udienza. In mancanza, il processo deve essere riassunto, a cura della parte più diligente, con apposito atto notificato a tutte le altre parti, nel termine perentorio di novanta giorni (e non più di sei mesi come già previsto dall'art. 24, comma 2 l. TAR) dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, acquista mediante dichiarazione, notificazione o certificazione (art. 80, commi 2 e 3).

13) Estinzione (perenzione e rinuncia) e improcedibilità:

- Il giudice dichiara l'estinzione del giudizio per perenzione, per rinuncia e se il giudizio non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio fissato dalla legge o assegnato dal giudice (art. 35, comma 2).

Sono previsti tre tipi di perenzione:

- La perenzione ordinaria che è ridotta da due anni (come era previsto dall'art. 40, comma 2 T.U. C.d.S) ad un anno e che consegue al mancato compimento di atti di procedura nel corso di detto periodo; il termine non decorre dalla presentazione dell'istanza di fissazione di udienza e finché non si sia provveduto su di essa (art. 81);

- La perenzione ultraquinquennale che consegue comunque alla mancata presentazione di una nuova istanza di fissazione di udienza, sottoscritta dalla parte che ha rilasciato la procura di cui all'art. 24 e dal suo difensore, entro centottanta giorni dalla data di ricevimento dell'avviso con il quale la segreteria, dopo il decorso di cinque anni dal deposito del ricorso, comunica alle parti costituite l'onere di prestare una nuova istanza di fissazione di udienza. In difetto di tale nuova istanza, il ricorso è dichiarato perento (art. 82, comma 1); se, in assenza del predetto avviso, è comunicato alle parti l'avviso di fissazione dell'udienza di discussione nel merito, il ricorso è deciso qualora il ricorrente dichiara, anche in udienza a mezzo del proprio difensore, di avere interesse alla decisione (art. 82, comma 2);

- La perenzione dei ricorsi pendenti da più di cinque anni alla data di entrata in vigore del Codice, regolamentata da una norma transitoria, che consegue alla mancata presentazione di una nuova istanza di fissazione di udienza, sottoscritta dalla parte che ha rilasciato la procura di cui all'art. 24 e dal suo

difensore, nel termine di centottanta giorni dalla entrata in vigore del codice (15 marzo 2011), in assenza di un avviso da parte della segreteria. In difetto di tale nuova istanza, il ricorso è dichiarato perento con decreto del presidente (art. 1 comma 1, all. 3). Se tuttavia, nel termine di centottanta giorni dalla comunicazione del decreto, il ricorrente deposita un atto, sottoscritto dalla parte personalmente e dal difensore e notificato alle altre parti, in cui dichiara di avere ancora interesse alla trattazione della causa, il presidente revoca il decreto disponendo la reinscrizione della causa sul ruolo di merito (art. 1, comma 2, all. 3). Se nella pendenza del termine di centottanta giorni dalla entrata in vigore del codice, è comunicato alle parti l'avviso di fissazione dell'udienza di discussione, il ricorso è deciso qualora il ricorrente dichiarerà, anche in udienza a mezzo del proprio difensore, di avere interesse alla decisione (art. 1, comma 3, all. 3).

Alla luce dell'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4447/07 che ha ritenuto la doppia sottoscrizione necessaria anche per le amministrazioni patrocinate dall'Avvocatura dello Stato, prudenzialmente, sarà necessario, ove i tempi lo consentano far sottoscrivere l'istanza di cui all'art. 82, comma 1 e quella di cui all'art. 1, commi 1 e 2 all. 3 anche all'amministrazione (cfr. circolare n. 40 del 13 settembre 2007). In assenza di contrarie indicazioni del titolare dell'affare, l'avvocato dello Stato presente all'udienza fissata ai sensi dell'art. 82, comma 2 o dell'art. 1, comma 3, all. 3 dovrà, di regola, dichiarare la persistenza dell'interesse alla decisione nelle cause in cui l'amministrazione è appellante.

- La parte può rinunciare al ricorso mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata presso la segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale. La rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue. Il rinunciante deve pagare le spese, salvo che il collegio, avuto riguardo a ogni circostanza, ritenga di compensarle (la condanna alle spese era invece obbligatoria ai sensi dell'art. 46 R.D. n. 642/1907). Anche in assenza delle predette formalità, il giudice può desumere, dall'intervento di fatti o atti univoci ed altresì dal comportamento delle parti, argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa (art. 84).

- Il giudice dichiara l'improcedibilità del ricorso quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione, o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato ovvero sopravvengono altre ragioni ostative alla pronuncia di merito (art. 35, comma 1). La materia del contendere (già prevista dall'art. 26, comma 7 l. TAR) è da intendersi ricompresa nella dichiarazione di improcedibilità.

- Nel disciplinare l'opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o

l'improcedibilità del giudizio (art. 85, comma 3 e art. 87, comma 2, lett. e), il Codice non fa più riferimento all'opposizione al decreto che dichiara la perenzione (già autonomamente contemplata dall'art. 26, comma 7 l. TAR) ma tale opposizione deve intendersi ammessa dal combinato disposto della predette norme e l'art. 35, comma 2, lett. b) atteso che la perenzione costituisce una delle tre cause di estinzione del giudizio. Il termine per proporre opposizione al collegio, con atto notificato a tutte le altre parti, resta di sessanta giorni dalla comunicazione del decreto. L'opposizione è decisa in camera di consiglio con ordinanza e tutti i termini processuali sono dimezzati (art. 87, comma 3). Quindi il termine per depositare l'opposizione non è più di dieci giorni (come già previsto dall'art. 26, comma 7 l. TAR) ma di quindici giorni. Avverso l'ordinanza che decide sull'opposizione può essere proposto appello secondo le regole ordinarie; l'udienza di discussione è fissata d'ufficio con priorità (art. 85, commi 7 e 8).

- L'opposizione da notificare nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione del decreto, disciplinata dall'art. 85, è quindi proponibile avverso i decreti di perenzione annuale ex art. 81 e i decreti di perenzione ultraquinquennale ex art. 82 mentre per ottenere la revoca dei decreti di perenzione ultraquinquennale ex art. 1, all. 3 è sufficiente depositare, nel termine di centottanta giorni dalla comunicazione del decreto, un atto in cui si dichiara di aver ancora interesse alla trattazione della causa.

14) Procedimenti in camera di consiglio:

Ai sensi dell'art. 87, si trattano in camera di consiglio:

- i giudizi cautelari e quelli relativi all'esecuzione delle misure cautelari;
- il giudizio in materia di silenzio;
- il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi;
- i giudizi di ottemperanza;
- i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio.

In tutti i predetti giudizi, ad eccezione di quelli cautelari, tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidente e dei motivi aggiunti. La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato (quindi dopo sessanta giorni dalla notifica del ricorso).

LIBRO TERZO: Impugnazioni

15) Mezzi di impugnazione e termini:

- Ai sensi dell'art. 38, le disposizioni del Libro II, se non espressamente derogate, si applicano anche alle impugnazioni e ai riti speciali.

- I mezzi di impugnazione delle sentenze sono l'appello, la revocazione,

l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (art. 91).

- Il termine breve per impugnare le sentenze è rimasto di sessanta giorni dalla notificazione mentre il termine lungo è stato dimezzato a sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, come già doveva dedursi dalla modifica dell'art. 327 c.p.c. da parte della l. n. 69/2009 (cfr. Circolare n. 31 del 23 giugno 2009, punto 4). Detta abbreviazione è applicabile non solo ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della predetta l. n. 69/2009 (4 luglio 2009) ma anche ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del Codice (16 settembre 2010) in cui la sentenza sia stata depositata dopo tale data (art. 2 all. 3).

- Per il rito abbreviato di cui all'art. 119 (nelle materie già disciplinate dall'art. 23 bis l. TAR), il termine breve per impugnare la sentenza resta di trenta giorni dalla sua notificazione mentre il termine lungo è ridotto da centoventi giorni a tre mesi dalla pubblicazione della sentenza.

- Anche per i giudizi in materia di silenzio, di accesso e di ottemperanza, il termine breve per impugnare la sentenza è dimezzato (art. 87, comma 3) ed è quindi di trenta giorni dalla sua notificazione mentre il termine lungo è di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza.

- Il termine per il deposito dell'appello è rimasto di trenta giorni dall'ultima notificazione (art. 94) e di quindici giorni dall'ultima notificazione per i riti in cui i termini sono dimezzati.

- In caso di notifica non andata a buon fine perché il domiciliatario si è trasferito senza notificare una formale comunicazione alle parti, può essere presentata un'istanza al presidente del TAR o al presidente del Consiglio di Stato, secondo il giudice adito con l'impugnazione, corredata dall'attestazione dell'omessa notificazione, per la fissazione di un termine perentorio per il completamento della notificazione o per la rinnovazione dell'impugnazione (art. 93).

- L'impugnazione incidentale tempestiva ex art. 333 c.p.c. può essere rivolta contro qualsiasi capo della sentenza e deve essere proposta dalla parte entro sessanta giorni dalla notificazione della sentenza o, se anteriore, entro sessanta giorni dalla prima notificazione nei suoi confronti di altra impugnazione (art. 96, comma 3); l'impugnazione incidentale tardiva ex art. 334 c.p.c. può investire anche capi autonomi della sentenza e deve essere proposta dalla parte entro sessanta giorni dalla data in cui si è perfezionata nei suoi confronti la notificazione dell'impugnazione principale e depositata entro dieci giorni (art. 93, commi 4 e 5). Nel silenzio della legge, per il deposito dell'impugnazione incidentale tempestiva deve ritenersi applicabile il termine ordinario di trenta giorni; cautelativamente, lo scadenziere per il deposito dell'impugnazione incidentale sarà in ogni caso di dieci giorni.

16) Appello:

- Una notevole novità è stata introdotta con la disposizione in base alla

quale si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio (art. 101, comma 2), ovvero sessanta giorni dalla notificazione dell'appello (art. 46, comma 1). Tale disposizione non è applicabile agli appelli depositati prima dell'entrata in vigore del codice (art. 3, all. 3).

- Viene inoltre introdotto l'istituto della riserva facoltativa di appello: contro le sentenze non definitive è proponibile l'appello ovvero la riserva di appello, con atto notificato entro il termine per l'appello; in tale ultimo caso, la riserva di appello è depositata nei successivi trenta giorni presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale (art. 103).

- Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande – fermo restando che ove l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile, il giudice può accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori – né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa (art. 104, comma 1). Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono esser prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile (art. 104, comma 2). Possono esser proposti motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati (art. 104, comma 3).

17) Revocazione, opposizione di terzo e ricorso per cassazione:

- Le sentenze dei TAR e del Consiglio di Stato sono impugnabili per revocazione nei casi previsti dagli articoli 395 e 396 c.p.c. ma contro le sentenze dei TAR la revocazione è ammessa se i motivi non possono essere dedotti con l'appello (art. 106). Contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione sono ammessi i mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione ma è esclusa una seconda impugnazione per revocazione (art. 107).

- Conformemente alla sentenza della Corte costituzionale n. 177/1995, è stata espressamente prevista l'opposizione di terzo, contro le sentenze dei TAR o del Consiglio di Stato, anche passate in giudicato, qualora il terzo sia titolare di una posizione autonoma e incompatibile e sia pregiudicato da una sentenza pronunciata tra altri soggetti. E' altresì ammessa l'opposizione di terzo revocatoria, quando la sentenza sia effetto di dolo o collusione a danno degli aventi causa e dei creditori di una delle parti (108). L'opposizione di terzo è proposta davanti al giudice che ha pronunciato la sentenza ma se è proposto appello

contro la sentenza di primo grado, il terzo deve introdurre la domanda intervenendo nel giudizio di appello (art. 109).

- Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (art. 110). Il Consiglio di Stato su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari (art. 111).

LIBRO QUARTO: Ottemperanza e riti speciali

18) Giudizio di ottemperanza:

- Ai sensi dell'art. 112, l'azione di ottemperanza può essere proposta per ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi:

- alle sentenze esecutive e agli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (come già previsto dall'art. 33, comma 5 e, rispettivamente, dall'art. 21, comma 14 l. TAR);

- alle sentenze passate in giudicato del giudice amministrativo;

- alle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario;

- alle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati dei giudici speciali per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza;

- ai lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (tale ultima categoria costituisce una novità). Viene quindi recepita espressamente la giurisprudenza che richiedeva il passaggio in giudicato dei provvedimenti emessi da giudici diversi dal giudice amministrativo quale presupposto per l'esperibilità del giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5208).

- E' stata inoltre prevista la possibilità di proporre azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione ed elusione del giudicato (art. 112, comma 3), oltre alla domanda risarcitoria, proponibile per la prima volta in sede di ottemperanza, nel termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso sulla connessa domanda di annullamento; in tale caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario (art. 112, comma 4). Il ricorso può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza e quindi anche dalla pubblica amministrazione tenuta all'esecuzione (art. 112, comma 5).

- Per l'ottemperanza ai provvedimenti del giudice amministrativo, il ricorso si propone al giudice che ha emesso il provvedimento medesimo e comunque la competenza è del TAR anche per i suoi provvedimenti confermati

in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado mentre per i provvedimenti del giudice ordinario, dei giudici speciali e dei collegi arbitrali, il ricorso si propone al TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza (art. 113).

Viene quindi così notevolmente circoscritta la competenza del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza (cfr. il folto contenzioso per l'esecuzione dei decreti della Corte d'appello e delle sentenze della Suprema Corte in materia di legge Pinto), prima prevista in linea generale (art. 37, comma 2 l. TAR) e ormai divenuta residuale.

- Viene espressamente prevista la previa notificazione del ricorso per l'ottemperanza e contestualmente viene eliminato l'obbligo della previa diffida e messa in mora (art. 114); non è inoltre richiesta l'apposizione della formula esecutiva (art. 115, comma 3). Al ricorso è allegata in copia autentica la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza, con la prova del suo passaggio in giudicato (in caso di sentenza emessa da giudice diverso dal giudice amministrativo: art. 114, comma 2). Non è quindi onere dell'amministrazione eccipire il mancato passaggio in giudicato della sentenza, come talvolta richiesto in udienza dal Consiglio di Stato.

- Il giudice decide con sentenza in forma semplificata o con ordinanza se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza (art. 114, comma 3 e 5). Come già previsto dalla l. n. 69/2009, il giudice può fissare, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo (art. 114, comma 4, lett. e). Infine, risolvendo ogni dubbio in ordine alla necessità di distinguere tra violazione ed elusione del giudicato e tra atti autonomi e atti dipendenti dal giudicato, viene definitivamente chiarito che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta* (art. 114, comma 6).

19) Riti speciali: accesso, silenzio, decreto ingiuntivo:

- Come si è già detto sub 14), i giudizi in materia di accesso e di silenzio si trattano in camera di consiglio, tutti i termini processuali sono dimezzati (art. 87) e il giudice decide con sentenza in forma semplificata.

- Ai sensi dell'art. 116, contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è concessa, il ricorso può essere proposto con istanza deposita presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza

separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio. Come si è già detto sub 3), l'amministrazione può essere rappresentata e difesa, anche nei giudizi di impugnazione, da un proprio dipendente a ciò autorizzato (art. 116, commi 3 e 5). E comunque preferibile, in linea di principio, che innanzi al Consiglio di Stato l'amministrazione sia rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato.

- Ai sensi dell'art. 117, il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato fintanto che perdura l'inadempimento e, comune, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento (art. 31, comma 2). Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento e l'intero giudizio prosegue con tale rito (art. 117, comma 5). Se l'azione di risarcimento del danno da ritardo è proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale quest'ultima e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria (art. 117, comma 6).

- Per il procedimento di ingiunzione, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, il Codice rinvia agli articoli 633 e seguenti c.p.c. L'opposizione si propone con ricorso.

20) Rito abbreviato:

- L'art. 119 disciplina il rito abbreviato nelle materie ivi elencate, già disciplinate dall'art. 23 bis l. TAR, comprese le controversie in materia di appalti (art. 119, comma 1, lett. a) che vengono però ulteriormente disciplinate, con alcune disposizioni specifiche, dagli articoli da 120 a 125.

- Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli per la proposizione dell'appello cautelare (che sono quindi, come per le altre materie, di trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza e di sessanta giorni dalla sua pubblicazione) ma non anche quello per il deposito dell'appello cautelare, che è (e resta come già previsto all'art. 23 bis l. TAR) di quindici giorni (art. 119, comma 2).

- Come si è già detto sub 15), per il rito abbreviato di cui all'art. 119, il termine breve per impugnare la sentenza resta di trenta giorni dalla sua notificazione mentre il termine lungo è ridotto da centoventi giorni a tre mesi dalla pubblicazione della sentenza.

- Come già previsto dall'art. 23 bis l. TAR, sempre che non venga definito il giudizio in camera di consiglio, in sede di decisione della domanda cautelare ex art. 60, con sentenza in forma semplificata il TAR, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di

un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. Analoga disposizione è prevista in caso di accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Consiglio di Stato (art. 119, comma 3).

- La pubblicazione del dispositivo entro sette giorni dalla decisione non è più prevista automaticamente ma solo ove una delle parti dichiara a verbale di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza (art. 119, comma 5).

- Come già previsto dall'art. 23 bis l. TAR, la parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi. In tale caso, resta di trenta giorni dalla notificazione della sentenza il termine breve per proporre i motivi mentre è ridotto da centoventi giorni a tre mesi dalla pubblicazione della sentenza il termine lungo per proporre i motivi medesimi. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi (art. 119, comma 6).

21) Rito in materia di appalti:

- Gli articoli da 120 a 125 dettano disposizioni specifiche per gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Per quanto non espressamente previsto dalle predette norme, si applica l'art. 119 (art. 120, comma 3).

- Con le citate disposizioni, è stata inserita nel codice la disciplina processuale del contenzioso sugli appalti pubblici dettata dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 di recepimento della c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE e corrispondente agli articoli 245 (strumenti di tutela), 245-*bis* (inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni), 245-*ter* (inefficacia dei contratti negli altri casi), 245-*quater* (sanzioni alternative), 245-*quinquies* (tutela in forma specifica e per equivalente) e 246 (norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi) del codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006). Ai sensi dell'art. 3, comma 19, all. 4, le predette norme del codice dei contratti sono modificate nel senso che operano un rinvio mobile alle disposizioni del codice del processo amministrativo.

- Gli articoli da 121 a 125 riproducono testualmente i corrispondenti articoli da 245-*bis* a 246 del codice dei contratti, salvo, per l'art. 124 (tutela in forma specifica e per equivalente), l'eliminazione dell'inciso in grassetto dalla seguente frase: “se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone,

su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento del danno per equivalente subito e provato”.

Si rimanda pertanto alla circolare n. 26 del 4 giugno 2010.

- L'art. 120, riguardante gli strumenti processuali contiene invece numerose innovazioni rispetto all'art. 245 del codice dei contratti, come modificato dal d.lgs. n. 53/2010. In particolare, sono stati eliminati alcuni temi che sono rimasti in vigore esclusivamente dal 27 aprile 2010 al 16 settembre 2010: il termine di quindici giorni per impugnare l'ordinanza cautelare comunicata o notificata, che resta di sessanta giorni dal deposito o di trenta giorni dalla notifica (art. 62, comma 1 e art. 119, comma 2); il termine di dieci giorni per il deposito dell'appello cautelare, che resta di quindici giorni (art. 62, comma 2 e art. 119, comma 2); il termine di cinque giorni dalla notifica del ricorso per depositare memoria in caso di domanda cautelare, che è ora di un giorno libero prima dell'udienza (art. 55, comma 5 e art. 119, comma 2).

- Rispetto all'art. 119, le disposizioni specifiche dell'art. 120 prevedono un rito ancor più accelerato e dispongono che: il termine per la notificazione del ricorso e dei motivi aggiunti è di trenta giorni; quando il giudizio non è immediatamente definito all'esito dell'udienza cautelare ex art. 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'art. 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità; il giudice decide internamente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali; il dispositivo del provvedimento con cui il TAR definisce il giudizio è pubblicato (a prescindere da una richiesta di parte in tal senso) entro sette giorni dalla data della sua deliberazione (tale norma non è applicabile innanzi al Consiglio di Stato); tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, in forma semplificata.

22) Contenzioso elettorale:

- La disciplina del contenzioso sulle operazioni elettorali – nel quale non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art. 128) – prevede due tipi di procedimenti: la tutela anticipata avverso gli atti di esclusione di liste o candidati dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali, introdotta *ex novo* (art. 129) e il contenzioso relativo alle operazioni elettorali di comuni, province, regioni e Parlamento europeo concernente tutti gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali, impugnabili solo unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti (art. 130). La delega non è stata invece esercitata per la parte relativa all'introduzione *ex novo* di una tutela specifica per la fase preparatoria delle elezioni politiche.

- Quanto al primo tipo di procedimento, l'art. 129 stabilisce che l'esclusione di liste o candidati può essere immediatamente impugnata, esclusivamente da parte dei delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi, nel

termine di tre giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, degli atti impugnati. Il ricorso deve essere notificato, esclusivamente mediante consegna diretta, posta elettronica certificata o fax, all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, ai controinteressati e depositato presso la segreteria del TAR, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico. L'udienza di discussione si celebra nel termine di tre giorni dal deposito del ricorso, senza avvisi. Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata da pubblicarsi nello stesso giorno. Il ricorso in appello deve esser notificato nelle stesse forme del ricorso entro due giorni dalla pubblicazione della sentenza e depositato sia presso il TAR che ha emesso la sentenza, sia presso la segreteria del Consiglio di Stato.

- Quanto al secondo tipo di procedimento, l'art. 130 prevede che gli atti del procedimento elettorale sono impugnati da qualsiasi candidato o elettore dell'ente della cui elezione si tratta con ricorso da depositare nella segreteria del TAR entro trenta giorni dalla proclamazione degli eletti. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è notificato, a cura di chi lo ha proposto, entro dieci giorni dalla data di comunicazione del decreto medesimo all'ente della cui elezione si tratta, all'Ufficio elettorale centrale nazionale in caso di elezioni dei membri del Parlamento europeo ed ad almeno un controinteressato ed è successivamente depositato nella segreteria del TAR entro dieci giorni con la prova dell'avvenuta notificazione. L'amministrazione e i controinteressati depositano le proprie controdeduzioni nei quindici giorni successivi a quello in cui la notificazione si è perfezionata nei loro confronti.

- Gli articoli 131 e 132 disciplinano il procedimento di appello a seconda che si tratti di operazioni elettorali di comuni, province e regioni (art. 131) ovvero di operazioni elettorali del Parlamento europeo (art. 132). Nel primo caso l'appello è proposto entro il termine di venti giorni dalla notifica della sentenza o della sua pubblicazione nell'albo pretorio del comune; al giudizio si applicano le norme che regolano il processo di appello innanzi al Consiglio di Stato e i relativi termini sono dimezzati. Nel secondo caso, le parti possono proporre appello mediante dichiarazione da presentare presso la segreteria del TAR che ha pronunciato la sentenza entro il termine di cinque giorni dalla pubblicazione della sentenza o del dispositivo; l'atto di appello contenente i motivi deve essere depositato entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso di pubblicazione della sentenza.

LIBRO QUINTO: Norme finali

23) Giurisdizione esclusiva e di merito, competenza inderogabile del TAR Lazio:

- Il Codice opera un ampliamento delle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, elencate all'art. 133, evidenziando la portata generale della giurisdizione esclusiva su tutti i provvedimenti anche sanzionatori adottati

dalle autorità indipendenti – ad eccezione del Garante per la privacy – (ivi comprese le sanzioni irrogate da Banca d'Italia e Consob in materia creditizia e mobiliare, con conseguente abrogazione dell'art. 145 d.lgs n. 385/1993 e 195 d.lgs. n. 58/1998 che prevedevano la giurisdizione ordinaria e, segnatamente, la competenza della Corte d'appello di Roma) esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati (comma 1, lett. l).

A seguito dell'intervento additivo della sentenza della Corte costituzionale n. 191/2006, viene inoltre esplicitata che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia espropriativa concerne anche i comportamenti amministrativi, che non si traducono in atti formali, riconducibili anche mediamente all'esercizio di un pubblico potere (comma 1, lett. g).

- Sono state invece fortemente ridimensionate dall'art. 134 le materie di giurisdizione estesa al merito già elencate dall'art. 27 T.U. CdS (da 17 a 5 categorie) tra le quali vanno però annoverate, innovativamente, le controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità indipendenti (comma 1, lett. c).

- L'art. 135 elenca le controversie devolute alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, tra le quali sono state inserite quelle in materia di rimozione di amministratori locali e di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose (comma 1, lett. q) nonché quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasposto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti, fatta salva la competenza inderogabile del TAR Lombardia, sede di Milano per le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, prevista dall'art. 14, comma 2 (comma 1, lett. f).

24) Indirizzi telematici e depositi informatici:

- I difensori indicano nel ricorso o nel primo atto difensivo il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito di fax dove intendono ricevere le comunicazioni relative al processo. Una volta espressa tale indicazione si presumono conosciute le comunicazioni pervenute con i predetti mezzi nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente. E' onere dei difensori comunicare alla segreteria e alle parti costituite ogni variazione dei suddetti dati (art. 136, comma 1).

Con successiva circolare, verrà previsto l'indirizzo P.E.C. da indicare negli atti.

- I difensori costituiti forniscono copia in via informatica di tutti gli atti di parte depositati e, ove possibile, dei documenti prodotti e di ogni altro atto di causa. Il difensore attesta la conformità tra il contenuto del documento in formato elettronico e quello cartaceo. Il deposito del materiale informatico, ove

non sia effettuato unitamente a quello cartaceo, è eseguito su richiesta della segreteria nel termine da questa segnalato, esclusa ogni decadenza. In casi eccezionali il presidente può dispensare dall'osservanza di quanto previsto dal presente comma (art. 136, comma 2). A tale fine è modificata la richiesta di rapporto come da indicazioni in calce alla presente Circolare. Le segreterie del TAR e del Consiglio di Stato si sono riservate di comunicare l'indirizzo P.E.C. al quale inviare gli atti e i documenti in formato elettronico nonché le modalità di trasmissione degli stessi.

Con successiva circolare verranno fornite le indicazioni operative in merito.

ALLEGATO 2: Norme di attuazione

25) Orario dei depositi:

- Nei casi in cui il codice prevede il deposito di atti o documenti sino al giorno precedente la trattazione di una domanda in camera di consiglio, il deposito deve avvenire entro le ore 12,00 dell'ultimo giorno consentito. In ogni caso è assicurata la possibilità di depositare gli atti in scadenza sino alle ore 12,00 dell'ultimo giorno consentito (art. 4, commi 2 e 4, all. 2).

26) Copie degli atti:

- A norma dell'art. 5, all. 2, ciascuna parte, all'atto della propria costituzione in giudizio, consegna il proprio fascicolo, contenente gli originali degli atti e i documenti di cui intende avvalersi nonché il relativo indice (comma 1). Gli atti devono essere depositati in numero di copie corrispondente ai componenti del collegio e alle altre parti costituite. Se il fascicolo di parte ed i depositi successivi non contengono le copie degli atti di cui al presente comma gli atti depositati sono trattenuti in segreteria e il giudice non ne può tener conto prima che la parte abbia provveduto all'integrazione del numero di copie richieste (comma 2).

- La predetta norma, anche nei commi successivi, distingue sempre tra atti e documenti; il numero di copie corrispondente ai componenti del collegio e alle parti costituite e la conseguenza pregiudizievole che deriva dal mancato deposito nel numero di copie indicato sono previsti esclusivamente per gli atti e non anche per i documenti. Per quanto riguarda questi ultimi, il deposito dovrà quindi avvenire, come in passato, in tre copie.

27) Ritiro e trasmissione dei fascicoli di parte e del fascicolo d'ufficio:

I documenti e gli atti prodotti davanti al TAR non possono essere ritirati dalle parti prima che il giudizio sia definito con sentenza passata in giudicato. In caso di appello, il segretario del giudice di appello richiede la trasmissione del fascicolo d'ufficio al segretario del giudice di primo grado, salvo che sia appellata una sentenza non definitiva ovvero un'ordinanza cautelare. Tuttavia il giudice di appello, può, se lo ritiene necessario, chiedere la trasmissione del fascicolo d'ufficio, ovvero ordinare alla parte interessata di produrre copia di determinati atti (art. 6, all. 2).

ALLEGATO 3: Norme Transitorie**28) Nuova istanza di fissazione di udienza e perenzione:**

L'art. 1 all. 3 prevede che per i ricorsi pendenti da oltre cinque anni, va depositata una nuova istanza di fissazione di udienza entro 180 giorni dall'entrata in vigore del codice (15 marzo 2011), pena la perenzione del ricorso. Si richiama quanto già dedotto sub 13).

29) Ultrattività della disciplina previgente:

Per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti.

Con riferimento ai termini a ritroso per il deposito di atti e documenti, in assenza di una esplicita norma transitoria al riguardo, tra la tesi che ritiene applicabili le nuove norme solo quando l'avviso di udienza sia stato comunicato dopo il 16 settembre 2010 e quella che ritiene applicabili le nuove norme quando sia comunque rispettato (tenendo conto della sospensione feriale) il termine di sessanta giorni tra l'avviso di udienza (anche comunicato prima del 16 settembre 2010) e la data dell'udienza, appare precauzionalmente preferibile attenersi, ove possibile, alla seconda soluzione.

ALLEGATO 4: Norme di coordinamento e abrogazioni**30) Norme di coordinamento e abrogazioni:**

L'operazione di codificazione ha consentito, da un lato, l'inserimento nel Codice di numerose disposizioni previste da altre fonti, modificate da norme di coordinamento che operano un rinvio mobile alla disciplina del Codice (art. 1, 2 e 3, all. 4), dall'altro, l'abrogazione di circa 50 fonti normative, tra le quali il regolamento di procedura del Consiglio di Stato R.D. n. 642/1907; gran parte del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato R.D. n. 1054/1924; gran parte della legge istitutiva dei TAR l. n. 1034/1971; alcuni articoli della legge sul procedimento amministrativo l. n. 241/1990; gran parte delle disposizioni in materia di giustizia amministrativa l. 205/2000 (art. 4 all. 4).

L'AVVOCATO GENERALE
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

Per ragioni di spazio, si omettono gli allegati in calce alla presente circolare riguardanti le istruzioni per la modifica degli scadenziari e la richiesta di rapporto alle amministrazioni.

*Svolgimento della funzione consultiva**

La funzione consultiva dell'Avvocatura dello Stato appare di fondamentale importanza in quanto idonea a prevenire defatiganti e costose liti e ad assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. Detta funzione contribuisce, inoltre, al formarsi dell'immagine di una pubblica amministrazione trasparente ed imparziale.

Affinchè tutto quanto si realizzi occorre, però, che i quesiti siano evasi tempestivamente. Il che purtroppo non sempre accade, perché troppo spesso l'incombere pressante di oggettive e ineludibili scadenze processuali non consente la sollecita stesura del parere richiesto, con conseguente progressiva riduzione delle richieste di consultazione da parte delle Amministrazioni, scoraggiate dagli usuali lunghi tempi di risposta.

Ritengo pertanto prioritaria e indifferibile necessità che si proceda ad un rilancio, ad una velocizzazione dell'attività consultiva, anche nello spirito del disposto dell'art. 16, comma 6, della L. n. 241/90, attraverso le misure sperimentali che seguono. Le stesse riguardano, al momento, i soli pareri di massima, ferma restando l'esigenza che tutta l'attività consultiva sia svolta con ogni possibile celerità.

Ciascun Vice Avvocato Generale designerà, nell'ambito della propria Sezione, secondo un criterio di specifica competenza e con periodica rotazione, un numero di Avvocati o Procuratori dello Stato variabile in dipendenza della frequenza con la quale le Amministrazioni patrocinanti formulano quesiti aventi rilevanza generale. Gli Avvocati e Procuratori designati renderanno con la massima urgenza i detti pareri di massima; al fine di consentire lo svolgimento di tale attività in via prioritaria, il carico di lavoro ordinario degli stessi potrà essere adeguatamente ridotto secondo la prudente valutazione del Vice Avvocato Generale competente.

All'atto dell'impianto, il nuovo affare recante la richiesta di parere sarà segnalato – tramite l'invio di copia – all'Avvocato Generale Aggiunto, già da me delegato con la circolare n. 28 dell'8 giugno 2010 al monitoraggio sui tempi e le modalità di espletamento dell'attività consultiva di massima. Contestualmente all'impianto, sarà prenotato, a cura dell'Archivio, apposito scadenziere (trenta giorni) di nuova istituzione, avente funzione meramente sollecitatoria, al fine di consentire il completamento del procedimento in termini ragionevoli. Analoga comunicazione sarà inviata a cura del Vice Avvocato Generale competente all'Avvocato Generale Aggiunto ove una questione di massima richiedente la pronuncia di un parere dovesse emergere nel corso della trattazione di affare già impiantato.

(*) Circolare n. 53 - 12 ottobre 2010 prot. 310238 - dell'Avvocato Generale.

La bozza di parere predisposto dall'Avvocato o Procuratore incaricato verrà quindi inviata all'Avvocato Generale Aggiunto, il quale, ove necessario, provvederà affinché la trattazione della questione sia sottoposta con urgenza all'esame del Comitato Consultivo. In caso contrario, il parere sarà sottoscritto dal Vice Avvocato Generale competente e dall'Avvocato o Procuratore estensore.

Una volta reso, il parere, a cura dell'Avvocato incaricato, sarà massimato ed inserito in apposita banca dati a cura del Coordinatore di Sezione o di altro soggetto all'uopo designato. La massimazione dovrà avvenire con la seguente forma:

“Con la nota in riferimento viene posta la questione se... la risposta deve essere (positiva, o negativa, o articolata)”.

L'Avvocato Generale Aggiunto e i Vice Avvocati Generali provvederanno ad informarsi periodicamente dell'andamento del consultivo di massima nella prima fase applicativa ai fini degli eventuali interventi correttivi che la concreta prassi rendesse necessari.

Gli Avvocati Distrettuali vorranno conformare l'organizzazione delle rispettive Avvocature ai principi ispiratori della presente circolare.

L'AVVOCATO GENERALE
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

Limiti all'accesso per i pareri legali dell'Avvocatura dello Stato

(Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 30 settembre 2010 n. 7237)

1. Premessa

Con la sentenza nr. 7237 del 30 settembre 2010, la VI Sezione del Consiglio di Stato è, nuovamente, intervenuta sulla delicata tematica della compatibilità tra il principio di trasparenza e pubblicità dell'attività amministrativa ed il diritto della Pubblica Amministrazione alla riservatezza e segretezza di atti che contengono impostazioni difensive relativi a contenziosi attuali o futuri.

Come noto, l'art. 24, co. 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce che il diritto di accesso “è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento”.

L'art. 2 del D.P.C.M. 26 gennaio 1996, n. 200 (1), rubricato “*categorie di documenti inaccessibili nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento*”, prevede che a “*ai sensi dell'art. 24, comma 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)*”(2).

Orbene, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia (3), tipizzando le ipotesi nelle quali il diritto di accesso deve ritenersi escluso in base al combinato disposto degli artt. 24, co. 1, della Legge nr. 241/1990 e 2 del D.P.C.M. nr. 200/1996.

(1) “Regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso”.

(2) La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la disposizione sopra citata ha portata generale ed è applicabile a tutti gli avvocati, siano essi del libero foro o appartenenti ad uffici legali di Enti pubblici (cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 14 maggio 2010, n. 1135; Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2003 n. 6200; Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998 n. 1137).

(3) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3119; Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893; Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2001, n. 513; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2000, n. 5105; Cons. Stato Sez. VI, 20 agosto 1999, n. 1101; si veda anche, nella giurisprudenza di primo grado più recente: T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 19 febbraio 2010, n. 341; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 12 gennaio 2010, n. 17; T.A.R. Lazio - Roma Sez. III *quater*, 27 agosto 2008, n. 7930.

2. *La fattispecie concreta*

La pronuncia del Consiglio di Stato interviene a definizione del ricorso proposto, ai sensi dell'art. 25 della Legge nr. 241/1990 da alcuni dipendenti dell'Università degli Studi della Basilicata in relazione al diniego all'accesso, opposto dal Direttore amministrativo dell'Ateneo, su due note con cui l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza, a fronte di una richiesta di parere richiesto dalla predetta Università, aveva, dapprima, richiesto un'integrazione istruttoria e, successivamente, reso il sollecitato parere.

L'interesse dei dipendenti alla conoscenza di dette note scaturiva dalla circostanza che: il Rettore dell'Ateneo, dopo aver stipulato con gli stessi, già inquadrati nella categoria D, un contratto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo pieno, con inquadramento nella superiore categoria EP 1 (a definizione di una controversia scaturita dall'esito sfavorevole di una procedura selettiva per l'accesso alla predetta categoria EP 1), aveva, unilateralmente, sospeso l'efficacia giuridica ed economica dei menzionati contratti *“con riserva di assumere definitive determinazioni all'esito del parere richiesto all'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza, al Collegio dei revisori dei conti ed al Nucleo di valutazione dell'Ateneo...con lo scopo di...evitare di esporre l'Ente ad effetti risarcitori nei confronti di chi si ritiene leso nei propri diritti ed interessi”*; una volta acquisito il parere richiesto all'Avvocatura Distrettuale dello Stato, il Direttore amministrativo dell'Università aveva comunicato l'avvio del procedimento diretto all'annullamento, in via di autotutela, delle determinazioni amministrative relative al loro inquadramento nella categoria EP 1.

Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso, evidenziando che l'Università aveva richiesto il parere dell'Avvocatura dello Stato nell'ambito di un procedimento amministrativo. Sicché, trattandosi di mero atto endoprocedimentale, per di più essenziale per un'adeguata difesa degli interessi dei ricorrenti nell'ambito del procedimento di autotutela, il parere (al pari della nota con cui era stata richiesta da parte dell'Organo Legale un'integrazione istruttoria) doveva considerarsi pienamente accessibile, avendo perso i connotati di atto sottoposto al segreto professionale di cui agli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.

Contro detta decisione l'Università degli Studi della Basilicata proponeva appello dinnanzi al Consiglio di Stato, evidenziando:

a) che le due note dell'Avvocatura dello Stato dovevano ritenersi non ostensibili, ai sensi dell'art. 24, co. 1, della Legge nr. 241/1990 e 2, co. 1, lett. a, del D.P.C.M. nr. 200/1996, in quanto relative ad una *“lite potenziale”* (alcuni ricorrenti avevano, infatti, impugnato l'esito sfavorevole della procedura selettiva dinnanzi al competente giudice amministrativo; a seguito dell'avvio della procedura di riesame, tutti i ricorrenti avevano inviato degli atti di diffida e messi in mora nei confronti dell'Amministrazione); b) che il giudice di primo

grado aveva consentito l'accesso dopo aver accertato che il parere non conteneva “*tesi e strategie difensive dell'Amministrazione, da assumere nell'eventuale controversia giurisdizionale*” con un'evidente inammissibile incisione del ruolo e delle prerogative proprie del difensore.

3. La sentenza nr. 7237/2010

Con la sentenza nr. 7237/2010, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto dall'Università degli Studi della Basilicata, qualificando il parere, così come la precedente nota istruttoria, come meri atti endoprocedimentali, in quanto: a) l'Amministrazione aveva provveduto a richiedere il parere in sede di riesame di un procedimento amministrativo già definito; b) alcun giudizio risultava instaurato da parte dei dipendenti, alla data della formulazione della richiesta all'Avvocatura dello Stato.

Tanto premesso, la sentenza in commento si segnala, soprattutto, in quanto, riepilogando lo stato attuale della giurisprudenza amministrativa in materia, ha affermato che:

1) **il diritto di accesso è escluso**:

- a) con riferimento agli atti defensionali;
- b) con riferimento ai pareri resi da legali:
 - dopo l'avvio di un procedimento contenzioso;
 - dopo l'avvio di un eventuale procedimento precontenzioso;
 - nella fase intermedia successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio di un eventuale procedimento precontenzioso, come allorquando venga richiesta all'Amministrazione l'adozione di comportamenti materiali, giuridici o provvedimentali, finalizzati a porre rimedio ad una situazione che si assume illegittima o illecita.

2) **il diritto di accesso deve essere, viceversa, riconosciuto** con riferimento ai pareri richiesti nell'ambito dell'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento amministrativo.

Con riferimento alla seconda *quaestio iuris* sollevata dall'appellante Amministrazione (possibilità per il giudice amministrativo di sindacare la sussistenza o meno dei presupposti per l'accesso ai pareri resi dai legali in ragione del contenuto degli stessi), si evidenzia che il Consiglio di Stato si limita ad affermare che, nella fattispecie d'interesse, non era configurabile alcuna lesione delle prerogative difensive, essendo il legale dell'Amministrazione stato avvertito dell'iniziativa assunta dai giudici di primo grado.

Trattasi di affermazione non persuasiva in quanto:

- logicamente, non conciliabile con la tipizzazione, sulla base di criteri meramente “estrinseci”, delle fattispecie nelle quali l'accesso è, legittimamente, negato;

- il legislatore ha escluso l'accesso in ragione non già della specifica enunciazione nei pareri e nella corrispondenza di tesi o strategie difensive, quanto piuttosto della loro afferenza ad un'attività coperta dal segreto professionale ai sensi e per gli effetti degli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p..

*Dott. Mario Capolupo**

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza del 30 settembre 2010 n. 7237 - Pres. Barbagallo, Est. Cafini - Università degli Studi della Basilicata (avv. Stato Di Palma) c. (omissis) costituiti in giudizio personalmente (senza assistenza di difensore ai sensi dell'art. 25, comma 5 bis, della L. 7 agosto 1990 n. 241).

(Omissis)

DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale della Basilicata ha ricordato, con la sentenza n. 32/2010, ora impugnata, che, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, i pareri legali si considerano soggetti all'accesso ove siano riferiti all'iter procedimentale e vengano pertanto ad innestarsi nel provvedimento finale, mentre sono coperti dal segreto professionale (artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.) quando attengano alle tesi difensive in un procedimento giurisdizionale: conclusione confermata anche dagli artt. 2 e 5 del D.P.C.M. 26.1.1996, n. 200, di approvazione del "Regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti formati o comunque rientranti nell'ambito delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso".

Sulla base di tale generale premessa, il giudice di primo grado, ha ritenuto che il parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza in data 25.8.2009 (di cui alle istanze dei ricorrenti del 14.9.2009), reso in relazione ad apposita richiesta dell'Università degli studi della Basilicata, sia riferibile alla fase procedimentale amministrativa (riesame dell'inquadramento già riconosciuto in favore dei ricorrenti originari, con i quali erano stati stipulati i relativi contratti a tempo indeterminato) e, pertanto, da ritenersi oggetto del diritto di accesso ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990.

Contro la sentenza anzidetta l'Università degli studi della Basilicata ha proposto appello, con il quale sostiene che i pareri ritenuti ostensibili dal TAR sarebbero, in realtà sottratti all'accesso, mentre dal canto suo gli originari ricorrenti, hanno replicato alle argomentazioni dell'ateneo appellante, evidenziando la correttezza della pronuncia dei primi giudici e ribadendo quindi l'illegittimità del diniego all'accesso, contenuto nei provvedimenti impugnati con il ricorso di prime cure, riferendosi ad atti che nella sostanza erano da annoverare tra gli atti procedimentali e, dunque, accessibili.

La questione sottoposta all'esame del Collegio, dunque, si pone, nella sostanza, in un ambito peculiare di contrapposizione fra due distinti diritti tutelati dall'ordinamento; ossia, da un canto, la tutela di trasparenza nell'attività amministrativa e, dall'altro, la tutela di riservatezza e segretezza di atti che contengono impostazioni difensive relativi a contenziosi attuali o fu-

(*) Procuratore dello Stato.

turi, contrapposizione in relazione alla quale l'ordinamento, a livello statale, è intervenuto approvando la specifica disciplina contenuta nel DPCM 26 gennaio 1996, n. 200 e di seguito meglio precisata.

2. Così delineata, in sintesi, la materia del contendere in relazione alle tesi svolte dalle parti, il Collegio ritiene che l'appello come sopra proposto non sia meritevole di accoglimento.

Ed invero, come questo Consiglio di Stato ha avuto occasione di osservare (cfr., in particolare, C.d.S., Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893 e 15 aprile 2004 n.2163; Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200, quest'ultima richiamata dall'Amministrazione universitaria ricorrente e anche dagli odierni appellati, sia pure a sostegno delle rispettive opposte tesi), la normativa statale di cui all'art. 7 della legge 8 giugno 1990 n. 142 e agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241, pur affermando l'ampia portata della regola dell'accesso, la quale rappresenta la coerente applicazione del principio di trasparenza, che governa i rapporti tra Amministrazione e cittadini, introduce alcune limitazioni di carattere oggettivo, definendo le ipotesi in cui determinate categorie di documenti sono sottratte all'accesso.

L'art. 24 della legge n. 241/1990 esprime tale principio, stabilendo che il diritto di accesso "è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento"; disposizione questa che testimonia come l'innovazione legislativa introdotta con la legge n. 241/1990, se ridimensiona la portata sistematica del segreto amministrativo, non travolge tuttavia le diverse ipotesi di segreti, previsti dall'ordinamento, finalizzati a tutelare interessi specifici, diversi da quello, riconducibile alla mera protezione dell'esercizio della funzione amministrativa.

I documenti, seppure formati o detenuti dall'Amministrazione, in tale eventualità non sono suscettibili di divulgazione, giacché il principio di trasparenza cede innanzi alla esigenza di salvaguardare l'interesse protetto dalla normativa speciale sul segreto.

Sulla base del richiamato orientamento giurisprudenziale, i due criteri direttivi volti ad orientare l'interprete per l'esatta delimitazione delle discipline sul segreto non travolte dalla nuova normativa in materia di accesso ai documenti vanno individuati, da un lato, nel fatto che il "segreto" preclusivo dell'accesso ai documenti non deve costituire la mera riaffermazione del tramontato principio di assoluta riservatezza dell'azione amministrativa e, dall'altro lato, nella circostanza che il segreto fatto salvo dalla legge n. 241/1990 deve riferirsi esclusivamente ad ipotesi in cui esso mira a salvaguardare interessi di natura e consistenza diversa da quelli genericamente amministrativi.

E' stato affermato, in tale contesto, dalla giurisprudenza sopra indicata, che, nell'ambito dei segreti sottratti all'accesso ai documenti, rientrano gli atti redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'Amministrazione, trattandosi di un segreto che gode di una tutela qualificata, dimostrata dalla specifica previsione degli articoli 622 del codice penale e 200 del codice di procedura penale. Più specificamente, si è precisato che la previsione contenuta nell'art. 2 del DPCM 26 gennaio 1996, n. 200, mira proprio a definire con chiarezza il rapporto tra accesso e segreto professionale, fissando una regola che appare sostanzialmente ricognitiva dei principi applicabili in questa materia, anche al di fuori dell'ambito della difesa erariale.

In particolare, la disposizione riferita alle "categorie di documenti inaccessibili nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento", dispone, come accennato, che, "ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rap-

porti tra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)".

La medesima giurisprudenza sopra menzionata ha chiarito poi che la detta regola ha una portata generale, codificando il principio, valevole per tutti gli avvocati, siano essi del libero foro o appartenenti ad uffici legali di enti pubblici, secondo cui, essendo il segreto professionale specificamente tutelato dall'ordinamento, sono sottratti all'accesso gli scritti defensionali, rispondendo il principio in parola ad elementari considerazioni di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie ed ha, altresì, chiarito, che, quanto alle consulenze legali esterne, a cui l'Amministrazione può ricorrere in diverse forme ed in diversi momenti dell'attività di sua competenza, che, nell'ipotesi in cui il ricorso alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetto all'accesso, perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo.

Allorché la consulenza si manifesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose e l'Amministrazione si rivolge ad un professionista di fiducia, al fine di definire la propria strategia difensiva, il parere del legale, invece, non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi; in tal caso le consulenze legali restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non soltanto l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell'Amministrazione, la quale, esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento.

Pertanto, il principio della riservatezza della consulenza legale si manifesta pure nelle ipotesi in cui la richiesta del parere interviene in una fase intermedia, successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso, perché, pure in tali casi, il ricorso alla consulenza legale persegue lo scopo di consentire all'Amministrazione di articolare le proprie strategie difensive, in ordine ad un lite che, pur non essendo ancora in atto, può considerarsi quanto meno potenziale; il che avviene, in particolare, quando il soggetto interessato chiede all'Amministrazione l'adempimento di una obbligazione, o quando, in linea più generale, la parte interessata domanda all'Amministrazione l'adozione di comportamenti materiali, giuridici o provvedimenti, intesi a porre rimedio ad una situazione che si assume illegittima od illecita.

3. Da tale orientamento, correttamente seguito dai primi giudici, il Collegio non ha ragione di discostarsi ai fini della soluzione della controversia in esame.

Il parere dell'Avvocatura dello Stato in ordine al quale il TAR ha riconosciuto il diritto d'accesso sembra, infatti, avere la funzione di esprimere il richiesto avviso nell'ambito del procedimento amministrativo in cui viene ad inserirsi e non è comunque collegato né con una lite attuale, né con una lite potenziale, in quanto non contiene considerazioni volte a delineare la condotta processuale più conveniente per l'Amministrazione; né sembra detto parere in-

tervenuto in una fase intermedia, successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente all'instaurazione di un giudizio, non avendo chiesto nella specie gli interessati all'Amministrazione l'adempimento di un'obbligazione, né chiesto atti o provvedimenti volti a porre rimedio ad una situazione ritenuta illegittima o illecita, secondo quanto precisato dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, ma essendo stata l'Amministrazione stessa a chiedere, in sede di riesame di un procedimento in effetti già definito, all'Avvocatura distrettuale dello Stato, (oltre che ai revisori dei conti e al Nucleo di valutazione dell'ateneo) che esprimesse parere "in merito alla legittimità delle procedure seguite".

D'altra parte, va osservato, che al parere di cui trattasi hanno fatto espresso riferimento, nel loro contesto: sia il D.R. n.250/2009 (che sospendeva l'efficacia giuridica ed economica dei contratti di lavoro stipulati il 20.4.2009 con i quali gli interessati erano stati inquadrati nella categoria EP 1, "con riserva di assumere definitive determinazioni all'esito dei richiesti pareri e comunque non oltre 60 giorni dal presente atto"); sia il D.R. n.355/2009 (con cui era stata rinnovata la sospensione dell'efficacia giuridica ed economica dei contratti anzidetti, precisando nelle premesse che la sospensione "veniva disposta nelle more della ricezione dei pareri che l'Amministrazione richiedeva all'Avvocatura dello Stato, ai revisori dei conti e al Nucleo di valutazione dell'ateneo"); sia, ancora, il D.R. n.398/2009 (volto a "rinnovare la sospensione dell'efficacia giuridica ed economica dei menzionati contratti stipulati il 20.4.2009, nel cui preambolo veniva ribadito che la sospensiva veniva disposta "nelle more della ricezione dei pareri" dianzi menzionati e che l'ulteriore sospensione veniva disposta "considerato che in data 25 agosto 2009 perveniva il parere dell'Avvocatura dello Stato"); sia, infine, anche il provvedimento del direttore amministrativo n.293/2009, con il quale venivano annullati "in autotutela i DD.RR. nn.221, 222 e 223 del 16.4.2009, prodromici alle conciliazioni intervenute in data 17.4.2009" e nel quale si confermava l'avviso già espresso di non ostensibilità del parere reso in materia dall'Avvocatura distrettuale dello Stato.

Da quanto ora accennato emerge con evidenza, quindi, che il parere in parola è stato in effetti un presupposto essenziale per l'adozione dei vari provvedimenti impugnati nel giudizio di prime cure, che ha inciso anch'esso sulla sfera giuridica degli interessati, ai quali dunque non può essere negato il diritto di prenderne comunque visione.

Non può condividersi, pertanto, la tesi della parte appellante, secondo cui il parere dell'Avvocatura dello Stato suddetto dovrebbe considerarsi un atto defensionale reso in relazione ad una lite in atto o potenziale, in quanto lo stesso, al contrario, si inserisce in effetti nell'ambito di un'articolata istruttoria, come appunto emerge dai provvedimenti dianzi richiamati, nei quali viene fatto cenno alla sospensione del procedimento in corso (o meglio della esecuzione di provvedimenti già approvati e dei relativi contratti) in attesa del parere medesimo.

Del resto, il parere medesimo è stato richiesto all'Avvocatura dello Stato in data 12.5.2009, data alla quale occorre fare riferimento per considerare se, a quel momento, era avviato o no un contenzioso tra i ricorrenti originari e l'Amministrazione universitaria, dovendosi riconoscere in caso positivo valenza di atto defensionale al richiesto parere.

Orbene, alla data anzidetta non risultava avviato alcun contenzioso da parte dei sigg. (omissis); né era in atto alcun contenzioso potenziale, essendo stato semplicemente avviato un procedimento amministrativo, ad iniziativa dell'Amministrazione universitaria, volto genericamente al riesame degli atti di inquadramento dei dipendenti predetti nella categoria EP 1, i quali, come sopra accennato, erano già inquadrati nella detta categoria e avevano già sti-

pulato regolari contratti di lavoro stipulati (il 20.4.2009), svolgendo le relative mansioni e fruendo della retribuzione riferita alla qualifica di appartenenza, sicché non vi erano ragioni da parte degli stessi di avanzare istanze o pretese di alcun tipo; né poteva dirsi che la richiesta di parere era intervenuta in una fase intermedia, nel senso sopra accennato, non avendo domandato gli interessati all'Amministrazione, per quanto precisato, l'adozione di alcun atto in proprio favore, inteso a rimediare ad una situazione ritenuta illegittima ed essendo stata invece la richiesta stessa avanzata dall'Amministrazione, in sede di autotutela, per essere "state sollevate contestazioni da più parti" con riferimento alla suddetta selezione interna per l'accesso dalla categoria D alla categoria EP 1.

Nel caso in esame, dunque, è stata l'Amministrazione universitaria che, mentre il rapporto di lavoro degli interessati si svolgeva regolarmente, ha ritenuto di richiedere, di sua iniziativa, un parere all'Avvocatura distrettuale dello Stato, (oltre che ai revisori dei conti e al Nucleo di valutazione dell'ateneo) perché si pronunciasse "in merito alla legittimità delle procedure seguite e degli atti che ne sono derivati e, eventualmente in caso di rilevata illegittimità, ai rimedi da porre in essere", dando notizia il 12.5.2009, agli interessati (con D.R. n. 250/2009), dell'avvio del procedimento amministrativo, volto a ad assumere, dopo l'acquisizione del menzionato parere, le "definitive determinazioni" e comunque "non oltre 60 giorni".

Pertanto, appare evidente che l'Amministrazione, nel procedere al riesame di un inquadramento già deliberato e di contratto di lavoro già in corso di esecuzione, ha ritenuto cautelativamente nella specie di investire, per acquisirne il relativo parere, l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza, i revisori dei conti e il Nucleo di valutazione dell'università in ordine alla valutazione della legittimità del proprio operato, sicché certamente il detto parere, richiesto nell'ambito del predetto procedimento amministrativo di riesame, non è da considerarsi comunque collegato né con una lite attuale, né con una lite potenziale, per cui deve reputarsi ostensibile, come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado, il quale nella sentenza oggetto di esame ha ordinato all'Università degli studi della Basilicata di consentire ai ricorrenti la visione e l'estrazione di copia, oltre che della richiesta di integrazione istruttoria dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza del 15.7.2009, avanzata con istanze del 16.7.2009, del parere dell'Avvocatura medesima in data 25.8.2009, richiesto dai ricorrenti con istanze del 14.9.2009.

4. Quanto, infine, allo specifico profilo di doglianza - con il quale l'Università appellante deduce la "singolarità" della sentenza impugnata, per avere esaminato i primi giudici, a seguito dell'ordinanza istruttoria n. 73 del 18.11.2009, il parere pervenuto in apposito plico dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, oggetto del giudizio di accesso, al fine di "saggiare quali punti dello stesso fossero ostensibili o no, perché espressione della strategia difensiva" e per avere concluso, quindi, nel senso di non avervi rinvenuto parti che si riferissero alle tesi e strategie difensive dell'Amministrazione da assumere nell'eventuale futura controversia giurisdizionale, statuendo, in conclusione, che poteva consentirsi agli interessati l'accesso a tale parere legale - il Collegio osserva che il rilievo, come dianzi formulato, si appalesa inconferente, giacché la critica apportata dall'appellante alla modalità procedurale seguita nella specie dal TAR non si ritiene abbia arrecato l'asserita "inammissibile incisione nel ruolo e nelle prerogative della funzione del difensore", il quale, in ogni caso, è stato regolarmente portato a conoscenza della accennata iniziativa discrezionale assunta in proposito dai primi giudici.

5. Sulla base delle considerazioni che precedono il ricorso in esame deve essere, in conclusione, respinto.

Quanto alle spese giudiziali, avuto riguardo alla particolarità del caso, esse devono essere compensate per questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione VI), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe specificato, lo respinge, e per l'effetto, conferma la sentenza impugnata. Compensa le spese per questo grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2010.

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Evoluzione e problematicità del diritto di accesso ambientale

Nell'ordinamento comunitario e nazionale

*Dalila Torsello**

SOMMARIO: 1. Natura giuridica del diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale: evoluzione della disciplina in materia nell'ordinamento comunitario e riflessi nell'ordinamento nazionale. 2. L'accesso alle informazioni ambientali nell'ordinamento interno. 3. Riflessi del diritto di accesso alle informazioni ambientali nella Costituzione. 4. Riflessioni sulle modalità di attuazione della direttiva 90/313/CEE. 5. Prospettive de iure condendo.

1. Natura giuridica del diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale: evoluzione della disciplina in materia nell'ordinamento comunitario e riflessi nell'ordinamento nazionale

Il diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente è stato tra le più importanti tematiche affrontate dall'Unione Europea in materia di politica ambientale (1). Tale diritto rappresenta la principale applicazione del prin-

(*) Dottore in Giurisprudenza.

Il presente articolo è un approfondimento della tesi di laurea dell'Autrice, praticante forense presso lo studio legale del Prof. Avv. Eugenio Picozza, membro del Comitato scientifico della Rivista.

(1) Tra i tanti contributi sulla politica ambientale dell'Unione Europea, alcuni dei più significativi sono: BIANCHI-CORDINI, *Comunità Europea e protezione dell'ambiente*, Padova, 1983; CORDINI, *Tutela dell'ambiente nel diritto delle Comunità Europee*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991; CAPRIA, *Direttive ambientali CEE e stato di attuazione in Italia*, in *Quaderni della rivista giuridica ambientale*, Milano, 1992; FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, a cura di CORDINI-FOIS-MARCHISIO, Torino, 1995; GARABELLO, *Le*

cipio di trasparenza, riconosciuto, a partire dal Trattato di Maastricht (art. 191 A, ora art. 255 TCE), tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, dando luogo ad «una manifestazione della tendenza verso un più ampio riconoscimento dei diritti umani fondamentali e una maggiore democratizzazione della struttura istituzionale della Comunità (2)».

Fin dagli Ottanta, si riscontra nell'ambiente giuridico comunitario l'affermazione di tale principio, inteso sia come garanzia di visibilità del potere pubblico e della sua attività, sia come strumento propedeutico ad un controllo degli apparati pubblici da parte degli amministratori (3), attraverso l'accesso dei cittadini agli atti prodotti nell'espletamento di quest'ultima. La *ratio* di tale fenomeno è, in primo luogo, l'esigenza delle istituzioni europee di conferire importanza al diritto all'informazione dei cittadini, al fine di radicare in essi la fiducia nel funzionamento degli organi della Comunità, ed inoltre assicurare a questi ultimi un livello di tutela del loro diritto non inferiore a quello previsto dalle legislazioni dei singoli Stati di appartenenza. Tutto ciò finalizzato al perseguimento dello scopo più generale di eliminare il deficit democratico che, nel settore dell'accesso come in altri settori, caratterizza l'apparato istituzionale comunitario (4).

La difficoltà della dottrina di rintracciare nell'ordinamento comunitario le basi giuridiche del diritto di accesso agli atti delle Istituzioni comunitarie, ed in particolare a quelli contenenti informazioni sullo stato dell'ambiente, costituisce il principale ostacolo alla qualificazione giuridica dello stesso (5). Si è osservato come il dibattito fiorito nella dottrina italiana tra coloro che attribuiscono al diritto di accesso natura giuridica di diritto soggettivo pieno e coloro che invece lo qualificano in termini di interesse legittimo, non può es-

novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria, in Riv. Giur. Ambiente, 1999, pag. 151; CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2001; LANDI, *L'ambiente nel diritto comunitario*, in *Manuale di diritto ambientale*, a cura di MEZZETTI, Padova, 2001, pag. 39; CHITI, *Ambiente e <<costituzione>> europea: alcuni nodi problematici*, in *Ambiente e diritto*, a cura di GRASSI-CECCHETTI-ANDRONICO, Firenze, 1999, pag. 131.

(2) MIGLIAZZA, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pag. 782 e ss.

(3) CARINGELLA-GAROFALI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, pag. 671 e ss.

(4) Rileva infatti Santini in *Principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione*, Milano, 2004, che «<<Ancora all'inizio degli anni Novanta, non era previsto un generale diritto di accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni (e degli altri organi) delle Comunità europee. In questa situazione, si può ben comprendere come i funzionari comunitari fossero di regola indotti a trattare con grande cautela le richieste di accesso a documenti in loro possesso, tanto più essendo tenuti dal proprio statuto ad osservare la massima discrezione sui fatti e le notizie appresi nell'esercizio delle proprie funzioni e, in particolare, a non comunicare a persone non qualificate ad averne conoscenza documenti o informazioni non ancora resi pubblici>>».

(5) C. DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Jovene Editore, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza Seconda Università degli Studi di Napoli, Napoli, 2006, pag. 78 e ss.

sere riproposto in ambito comunitario, poiché tale distinzione è ad esso sconosciuta (6). Nell'ordinamento europeo, il diritto all'informazione ambientale deve riconoscersi certamente come diritto soggettivo perfetto e non un mero interesse legittimo (7).

Già con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, infatti, è maturata la convinzione che l'accesso debba essere qualificato alla stregua di un principio generale, fondato su una norma di diritto comunitario primario, l'art. 255 TCE (8). Il Trattato di Lisbona ha successivamente recepito le indicazioni provenienti dal TCE e dalle politiche ambientali dei singoli Stati membri, integrandole nel Titolo XX, nel quale sono racchiusi i punti principali della politica ambientale comunitaria (9). Secondo l'art. 191 (10), che riprende quasi

(6) GAROFOLI, in *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1998, pag. 1292, nota n. 15, evidenzia che «la questione dell'indifferenza comunitaria per gli schemi classificatori delle situazioni soggettive in uso nei singoli ordinamenti nazionali ed in specie nel nostro, ha assunto, del resto, particolare rilievo allorchè si è dovuto stabilire se possa e debba riconoscersi la tutela risarcitoria delle posizioni soggettive di origine europea: ed invero, la Corte di Giustizia, nel garantire una tutela risarcitoria generalizzata alle posizioni soggettive create in ambito comunitario, fa riferimento a tutte le situazioni giuridiche soggettive che abbiano la loro fonte normativa a livello comunitario, quale che sia la qualificazione ad esse in concreto riconosciuta, nel momento del trasferimento nell'ordinamento nazionale, alla stregua dei criteri di classificazione propri di quest'ultimo. La Corte, quindi, non si preoccupa della definizione delle situazioni soggettive comunitarie - problema per il quale rinvia integralmente ai criteri di classificazione interna all'ordinamento nazionale - ma si prefigge il solo ed esclusivo obbiettivo di garantire che, nel sostanziale rispetto dei meccanismi di riparto della giurisdizione basati su quei criteri di qualificazione, sia assicurata una protezione adeguata e piena delle situazioni stesse».

(7) GRAZIA, *Il diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, Rimini, 1998.

(8) In questi termini FRANCHINI, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1996, pag. 826, il quale ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato, aveva suggerito un'interpretazione delle conclusioni a cui era giunta la Corte di Giustizia nella causa *Paesi Bassi contro Consiglio* nel senso di un riconoscimento della «valenza universale del diritto di accesso, inteso come principio cardine del procedimento amministrativo». Dopo l'introduzione nel panorama giuridico comunitario dell'art. 255 TCE, si è espresso in questi termini anche PULVIRENTI, *Brevi note sulla natura giuridica del diritto di accesso*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2002, pag. 1743.

(9) Testo integrale del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, www.eur-lex.europa.eu.

(10) Art. 191: «1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi:

- salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente,
- protezione della salute umana,
- utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali,
- promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.

2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga».

In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo

integralmente quanto già sancito dall'art. 174 TCE, l'Unione Europea mira, attraverso una solida politica ambientale, a salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell'ambiente, a proteggere la salute umana, a sfruttare in modo accorto e razionale le risorse e a promuovere le misure idonee a fronteggiare i problemi ambientali, sia a livello regionale sia a livello mondiale. La politica ambientale comunitaria è basata, prosegue la norma, sui dati scientifici e tecnici disponibili, sulle peculiarità ambientali delle varie regioni, sui vantaggi e gli oneri che possono conseguire ad un comportamento attivo o inattivo e, più in generale, sullo sviluppo socio-economico della Comunità. Si evince, da una lettura della norma sopra menzionata, che i Trattati non danno una definizione specifica del diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, inserendolo allo stesso tempo tra le finalità perseguite dall'Unione (11). L'interpretazione generale della normativa sopracitata, tuttavia, è ad oggi concorde nel ricondurre tale diritto all'informazione ad un <<diritto pubblico soggettivo>> (12), che genera una pretesa diretta e immediata in chiunque voglia accedere agli atti e ai documenti contenenti informazioni di carattere ambientale in possesso dell'autorità pubblica (13).

dell'Unione. C 115/132 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 9 maggio 2008.

3. Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto:

- dei dati scientifici e tecnici disponibili,
- delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione,
- dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione,
- dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

4. Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità della cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati.

Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali.

(11) ALIBERTI, *Diritto di accesso e divulgazione dell'informazione ambientale nell'ordinamento comunitario*, in *Informazione ambientale e diritto di accesso*, ALIBERTI-COLACINO-FALLETTA, a cura di GIORGIO RECCHIA, Padova, Cedam, 2007; CORSETTI-FERRARA-FRACCHIA-OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2005; CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002; PILLITU, *Ambiente*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pag. 661; ANNIBALE, *Le comunità europee e la tutela ambientale*, in *Regioni e comunità locali*, 1996, pag. 51; PRIEUR, *Il controllo e la tutela dell'ambiente in ambito europeo ed internazionale*, in *Diritto pubblico dell'ambiente*, a cura di DOMENICHELLI-OLIVETTI RASON-POLI, Padova, 1996, pag. 59 e ss.

(12) Significativa in questo senso la pronuncia della Corte dei Conti (Sez. II, 14 dicembre 1987, n. 191, in *Foro amm.*, 1987, pag. 1193), nella quale non solo riconosce che <<uno degli strumenti di prevenzione (dell'ambiente) è proprio quello della responsabilizzante informazione dell'opinione pubblica sulle problematiche di tutela del bene ambiente, ma, inteso nella sua accezione unitaria di aria-acqua-suolo>>, ma sancisce anche l'esistenza di un <<diritto soggettivo degli amministrati all'informazione ambientale>>.

(13) In questo senso, POSTIGLIONE, *Lo spazio giuridico dell'informazione, partecipazione e azione del cittadino e delle associazioni in relazione all'ambiente in Italia*, in *Diritti dell'uomo e dell'ambiente*, Padova, 1990, pag. 112; LABRIOLA, *Diritto di accesso del cittadino e doveri della pubblica amministrazione nella legge istitutiva del Ministero dell'ambiente*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Mi-

Anche la Giurisprudenza ha consolidato tale orientamento. La Corte di Giustizia Europea ha tentato a sua volta di contribuire alla definizione dello *status* del diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, ed in particolare dell'oggetto di tale diritto, avvicinandolo anch'essa ai principi generali dell'ordinamento comunitario (14). In numerose pronunce, la Corte ha ridimensionato la natura del diritto di accesso attribuendogli portata generale, in quanto ha riconosciuto, in corrispondenza di tale diritto, quello complementare alla difesa in giudizio avverso eventuali violazioni (15), nonostante rimetta la disciplina sostanziale dell'accesso alle regolamentazioni interne. Ferme restando queste considerazioni di base (16), la Corte di Giustizia ha affermato, in relazione alle questione della tutela ambientale e della salute dei cittadini, l'imperatività delle norme che l'ordinamento comunitario ha predisposto a tutela dei <<diritti dei cittadini>> (17) alla salubrità dell'ambiente in cui vivono.

La direttiva 313/90 (18), considerata il sostrato normativo fondamentale di ogni azione legislativa rivolta alla tutela dell'ambiente e all'accesso alle informazioni ad esso inerenti, da parte dei cittadini, legittima ogni persona fisica o giuridica, che ne faccia richiesta, ad esercitare tali diritti, senza dover dimostrare il proprio interesse (19).

È irrilevante la circostanza che altre direttive in materia non siano state fonti di diritti immediati, a causa del *deficit* dei requisiti di incondizionatezza e sufficiente precisione (20). La mancanza di requisiti per l'efficacia diretta

lano, pag. 269; LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, Riv. Cri. Dir. priv., 1989, pag. 639; VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1990, pag. 119; DE FRANCESCHI, *La libertà di accesso alle informazioni ambientali: verso un nuovo diritto civico?*, in Riv. Giur. Pol. Loc., 1992, pag. 287.

(14) Relativamnete al contributo della Corte di Giustizia nella definizione del diritto di accesso allo stato dell'ambiente, si vedano gli approfondimenti di CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, op. cit., pag. 202; FONDERICO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di ambiente*, in *Diritto ambientale comunitario*, a cura di Cassese, Milano, 1995.

(15) C. DI SAN LUCA "Diritto di accesso e interesse pubblico", op. cit., 2006, pag. 79 e ss.

(16) CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, pag. 180 e ss.; dello stesso autore, *Nuove questioni su diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1993, pag. 662 e ss.

(17) Sentenza 30 maggio 1991, Causa 361/881, riguardante le disposizioni della direttiva 80/779/CEE sui valori limite sugli indicatori guida della salubrità dell'aria.

(18) Concernete "Libertà di accesso all'informazione in materia ambientale", in G.U.C.E. L 158 del 23 giugno 1990, pag. 56.

(19) Art. 3 della direttiva 90/313/CEE.

(20) Emblematico è il caso dell'art. 4 della direttiva 75/442/CEE in tema di rifiuti secondo il quale <<gli stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizi all'ambiente>>, in relazione al quale la Corte ha espressamente negato l'idoneità a conferire diritti ai cittadini comunitari, presentandosi privo delle caratteristiche di incondizionatezza e sufficiente precisione (Sentenza 23 febbraio 1994, Causa 236-92, in Riv. trim. dir. pubbl., 1994, pag. 978 e ss. con nota di CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in Riv. Giur. Amb., 1994, pag. 401 e ss.).

delle disposizioni di una determinata direttiva nell'ambito degli ordinamenti dei vari Stati membri, è ravvisabile anche nelle direttive concernenti altre materie, non incidendo quindi nella qualificazione giuridica del diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente quale diritto soggettivo pieno, anche se la direttiva definisce tale pretesa come semplice "libertà", e non specificamente diritto, avendo voluto il legislatore rispettare la specificità degli ordinamenti nazionali nell'individuazione di quale posizione giuridica soggettiva potesse meglio rispondere alla peculiarità della materia ambientale (21). L'art. 2 chiarisce, in senso ampio, il concetto di "*informazione ambientale*", riconducendo a tale espressione <<*qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, o contenuta nelle basi di dati in merito allo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio degli spazi naturali, nonché alle attività o misure destinate a tutelarli, ivi compresi misure amministrative e programmi di gestione dell'ambiente*>>. Il dovere di soddisfare le istanze di accesso incombe su tutte le autorità pubbliche degli Stati membri e su tutti i soggetti di diritto da esse controllati, in capo ai quali incombono responsabilità in materia ambientale (22). Le informazioni devono essere divulgate a chi ne ha fatto richiesta nel più breve tempo possibile e comunque entro due mesi dall'istanza. L'eventuale rifiuto deve essere motivato ed avverso il rigetto ritenuto ingiusto, o un non pieno soddisfacimento della richiesta, l'interessato ha il diritto di chiedere il riesame della domanda, prima in sede amministrativa e, quindi, eventualmente, in quella giurisdizionale, in conformità con le forme di tutela preposte dall'ordinamento dello Stato membro di appartenenza.

La direttiva prevede, infine, tassativamente i casi in cui l'esercizio di tale diritto può essere limitato. Si tratta di circostanze particolari, inerenti alle relazioni internazionali e alla sicurezza pubblica, alle informazioni relative ad attività investigative, alla riservatezza commerciale ed industriale, alla privacy dei soggetti terzi pubblici e privati ed, infine, alle informazioni che, se divulgate, potrebbero arrecare un danno all'ambiente, proprio in virtù del loro contenuto (23).

I principi ai quali la Comunità si ispira nel perseguimento degli obiettivi posti in materia di tutela dell'ambiente sono molteplici: il principio della correzione, dei danni creati all'ambiente, quello del "chi inquina paga", quello

(21) ALIBERTI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 143.

(22) Art. 2 e 6 della direttiva 90/313/CEE. Quest'ultimo specifica quali siano le "autorità pubbliche" a cui si riferisce la direttiva, identificandole in <<qualsiasi amministrazione pubblica che abbia responsabilità a livello nazionale, regionale o locale e che sia in possesso di informazioni relative all'ambiente, tranne gli organismi che esercitano competenze giudiziarie o legislative>>.

(23) In dottrina, sui caratteri della direttiva 90/313/CEE, MONTINI, *Il diritto di accesso all'informazione in materia ambientale: la mancata attuazione della direttiva CE 90/313*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1997, pag. 325 e ss.; ALIBERTI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 143.

dell'integrazione delle esigenze connesse alla protezione dell'ambiente con altre esigenze derivanti dalle altre politiche comunitarie, in particolare con la politica industriale perseguita dall'Unione, quello dell'elevato livello di tutela e quello precauzionale (24), ed infine, il principio dell'azione preventiva, che ha finito per assumere un ruolo di centro gravitazionale intorno al quale ruota ogni iniziativa comunitaria in materia di ambiente (25). Ed è in un'ottica che prevede l'accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, in possesso delle Istituzioni comunitarie, come strumento prioritario ai fini di una adeguata difesa dell'ambiente, e l'informazione quale fondamento dell'educazione collettiva al rispetto dello stesso, che si inserisce la direttiva 7 giugno 1990, n. 313 CEE (26). Il diritto di accesso assume, in questa ottica di prevenzione, la veste di strumento efficace nel prevenire le cause del degrado ambientale, consentendo la diffusione delle informazione tra i cittadini (27), i principali attori della politica ambientale. E' ormai pacifico che l'intervento del diritto deve essere orientato a preservare la stabilità dell'ambiente, prevenendo il verificarsi dell'evento dannoso piuttosto che rifarsi ai tradizionali strumenti repressivi e risarcitori, che risultano comunque inutili di fronte a talune attività così dannose da eccedere qualsiasi possibilità riparatoria.

Tale consapevolezza è stata tradotta in una normativa puntuale nel 1986 con L'Atto Unico Europeo, che ha dato impulso, inserendo il primo titolo specificamente dedicato all'ambiente ed una serie di interventi legislativi a livello comunitario, recepiti successivamente, anche se non sempre in modo pieno, dagli ordinamenti nazionali. La politica ambientale comunitaria si è quindi sviluppata attraverso una serie di Programmi d'azione, che hanno determinato la linea di condotta comunitaria sull'argomento ambiente (28). Fino ad oggi sono stati approvati ben sei Programmi contenenti le linee guida della politica

(24) Art. 1914, p.to 2 del Trattato di Lisbona.

(25) CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, op. cit., pag. 169; DELL'ANNO, *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?*, in *Gazzetta ambiente*, 2003, pag. 131; ALIBERTI, *Diritto di accesso e divulgazione dell'informazione ambientale nell'ordinamento comunitario*, op. cit., pag. 95.

(26) In particolare GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, 1990, sostiene che per nessun altro bene, come per l'ambiente, è indispensabile al fine di identificare gli oggetti e le modalità della tutela, l'acquisizione e la diffusione delle informazione e delle conoscenze. Negli stessi termini anche PELOSI, *L'accesso all'informazione ambientale tra fonti normative e tutela dell'ambiente. Considerazioni*, in *Quaderni della Rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Napoli*, 2003.

(27) Il IV considerando della direttiva 90/313 si esprime proprio in questi termini, sancendo che <<l'accesso alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle autorità pubbliche contribuirà a migliorare la protezione dell'ambiente>>.

(28) Per un approfondimento in merito ai Programmi d'azione comunitario in ambito ambientale, si vedano tra gli altri: BIANCHI-CORDINI, *Comunità europea e protezione dell'ambiente*, op. cit., pag. 59; RECCHIA, *La tutela dell'ambiente in Italia. Dai principi comunitari alle discipline nazionali di settore*, in *I <<nuovi diritti>> nello Stato sociale in Trasformazione*, a cura di FERRARA e VIPIANA, Padova, 2002, pag. 30; DACLON-TAMBURRINO, *L'Europa e l'ambiente*, Rimini, 1989.

ambientale comunitaria, in un lasso di tempo che va dal 1973 al 2010. Essi hanno la natura di atti giuridicamente non vincolanti ma rientranti nell'ambito delle *Soft Law* (29), atti di indirizzo a carattere politico che determinano il *modus operandi* dell'Unione in un certo ambito, successivamente recepiti in norme vere e proprie dai Trattati.

Il Primo Programma d'azione comunitaria in materia ambientale (30), che ha regolato gli interventi finalizzati alla tutela dell'ambiente per il periodo dal 1973 al 1977 introduce il concetto di un'espansione sostenibile dall'uomo, che procuri il migliore ambiente di vita possibile e che preservi l'ambiente naturale, prevenendo l'inquinamento, mantenendo l'equilibrio ecologico, evitando lo sfruttamento delle risorse ed una organizzazione del territorio che possa alterarlo. Si prefigge altresì di ricercare soluzioni ai problemi ecologici a livello internazionale. Gli obiettivi primari individuati dal programma sono, in generale, la riduzione dell'inquinamento e degli inconvenienti ambientali da esso derivanti. In quest'ottica, il ruolo dell'accesso all'informazione è quello di far aderire agli obiettivi di salvaguardia e prevenzione le decisioni tanto degli operatori economici e politici, quanto quelle dei comuni cittadini.

Esso incentiva la conclusione di accordi di scambio di informazioni tecnologiche e tecniche, relative alla prevenzione di danni ambientali causati dai processi industriali inquinanti, ed impegna le Istituzioni comunitarie ad operare un confronto tra le legislazioni nazionali e la loro efficacia, allo scopo di favorire la circolazione di notizie sui sistemi di controllo e sulle misure, adottate negli ordinamenti dei singoli Stati, contro l'inquinamento e le sue conseguenze (31). Le informazioni devono essere raccolte e organizzate in modo sistematico e completo, auspicando il Programma la creazione di un sistema europeo di documentazione, finalizzato all'elaborazione e alla divulgazione dei dati riguardanti la protezione dell'ambiente.

Il Secondo Programma, relativo agli anni dal 1977 al 1981, si sviluppa sulla scia del primo, in un'ottica protezionistica stavolta perseguita attraverso

(29) DE BERNARDINI, *Soft Law*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Vol. I, Milano, 2006, pag. 5605; SNYDER, *Soft Law e prassi istituzionale della Comunità europea*, in *Sociologia dir.*, 1993, pag. 79; WELLENS-BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, pag. 267; GRUCHALLA-WISIERSKI, *A framework for Understanding <<Soft Law>>*, in *McGill Law Journal*, 1984, pag. 37.

(30) In G.U.C.E., C 112, 20 dicembre 1973.

(31) In tale prospettiva è stato concluso l'Accordo del 5 marzo 1973 (G.U.C.E. C9 del 15 marzo 1973, pag. 3), che instaura una procedura di informazione della Commissione e degli Stati per l'armonizzazione dei provvedimenti urgenti in materia ambientale, assicurando una costante acquisizione delle informazioni ed essi relative. Successivamente, è stato stipulato un secondo Accordo, il 15 marzo 1974 (G.U.C.E. C9 del 20 luglio 1974, pag. 2), al fine di rafforzare i propositi del primo attraverso l'estensione dei casi e delle procedure in esso previste anche ai progetti di disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dei singoli Stati in materia ambientale, volte alla realizzazione del programma di azione.

un'efficace lotta all'inquinamento (32).

È con il Terzo Programma che si giunge ad una evoluzione rispetto al periodo precedente, affermandosi progressivamente, nel periodo dal 1982 al 1986, il principio dell'azione preventiva, che sarebbe diventato il cardine di tutta la politica ambientale comunitaria (33). Da questo momento in poi la politica ambientale europea si connota di un carattere non solo protettivo, volto alla riduzione dei fattori inquinanti fonte di alterazioni dello stato ambientale, ma acquisisce una funzione propulsiva di incentivo ad una crescita economica che integri la prospettiva della salvaguardia dell'ambiente. In questo quadro, la diffusione delle informazioni appare condizione necessaria affinché possa essere realizzato l'intento preventivo espresso nel Programma (34): è proprio la diffusione delle informazioni ambientali a consentire la prevenzione delle condizioni inquinanti.

Il miglioramento dell'accesso alle informazioni in materia ambientale è riconosciuto come uno dei settori principali, cui rivolgere l'azione comunitaria di stampo preventivo, dal Quarto Programma di azione delle comunità europee in materia ambientale, che abbraccia il periodo dal 1987, proclamato "anno europeo dell'ambiente", al 1992 (35). La sottoscrizione dell'Atto Unico europeo ha inserito ufficialmente l'ambiente nei Trattati comunitari, dando un substrato normativo chiaro all'azione comunitaria ambientale (36). Rientra in questo programma la Direttiva 90/313/CEE, del 7 giugno 1990, l'atto normativo sull'ambiente sicuramente più rilevante adottato dall'Unione Europea, nonché quello che per primo ha riconosciuto l'esistenza di un diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale (37).

Il Quinto programma d'azione (1993/2000) si allinea a quanto emerso nel programma precedente, evidenziando come il presupposto ad una effettiva tutela dell'ambiente debba essere rintracciato in un accesso sia quantitativo che qualitativo alle informazioni esistenti relative all'ambiente e alla sua tutela. Il Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992, introduce come obiettivo principale una crescita sostenibile e rispettosa dell'ambiente, uno sviluppo economico e sociale che non danneggi l'equilibrio naturale (38). Per la prima volta, con il Trattato di Maastricht, la politica ambientale diventa

(32) Il XXI considerando del Programma ribadisce nuovamente come l'accesso alle informazioni sia necessario per ottenere il contributo di tutta la popolazione e delle varie forze sociali della Comunità alla protezione e al miglioramento dell'ambiente (G.U.C.E. C 139 del 13 giugno 1977).

(33) ALIBERTI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 107.

(34) FROSINI, *Sul nuovo diritto all'informazione ambientale*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 4465.

(35) G.U.C.E. C 328 del 7 dicembre 1987.

(36) ALIBERTI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 110.

(37) Sul punto, MONTINI, *Informazione, partecipazione ed accesso alla giustizia nel diritto ambientale: profili comparatistici ed internazionalistici*, in *Studi Senesi*, 1996, Vol. I, pag. 37.

(38) FALOMO, *L'incidenza del Trattato di Maastricht sul diritto comunitario ambientale*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, pag. 587.

una vera e propria politica dell'Unione, nel senso che si passa dal concepire la tematica ambientale non più come un'azione comunitaria, ma come uno degli obiettivi specifici per i quali la Comunità è costituita (39).

Il Sesto Programma, valido per il periodo 2000/2012, ribadisce come il perseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia ambientale necessiti di maggiore attenzione alla prevenzione, introducendo, a supporto di questo principio, ormai radicatosi grazie agli interventi normativi precedenti, il principio di precauzione (40). Con esso, l'intervento a tutela dell'ambiente diventa obbligatorio anche qualora l'evento lesivo è prospettato solo come eventuale, senza che occorran certezze scientifiche del suo verificarsi. La legislazione conferma, quale punto di partenza necessario per qualsivoglia azione comunitaria di carattere ambientale, la completa e corretta attuazione della normativa ambientale da parte dei membri della Comunità (41). L'integrazione delle politiche ambientali tra le altre politiche perseguite dall'Unione è avvenuta con il Trattato di Amsterdam, che codifica il tema ambiente tra i principi generali dell'ordinamento comunitario (art. 6 del Trattato), modificando la sua originaria collocazione che lo relegava esclusivamente al capo specificamente dedicato all'ambiente. L'informazione si riconferma, anche nel Sesto Programma, lo strumento fondamentale per l'attuazione di efficaci politiche ambientali. La diffusione delle notizie relative all'ambiente viene considerata sotto molteplici profili, dall'acquisizione dei dati esistenti, da parte delle sedi decisionali, alla diffusione delle stesse in chiave preventiva, fino al riconoscimento in capo ai cittadini del diritto di accedere alle nozioni ambientali.

2. L'accesso alle informazioni ambientali nell'ordinamento interno

Anche a livello nazionale il diritto di accesso all'informazione ambientale è stato oggetto di una peculiare normatizzazione. L'analisi delle principali disposizioni vigenti nell'ordinamento interno sul tema evidenzia come il diritto di accesso sia stato qualificato come una <<prestazione dovuta da parte dell'amministrazione pubblica>> (42). La legittimazione all'esercizio di tale diritto è riconosciuta in capo a chiunque ne faccia richiesta, a fronte di un potere discrezionale della pubblica amministrazione fortemente limitato, riguardo la definizione dei casi, le modalità e i tempi di rilascio delle notizie

(39) CHITI, *Ambiente e <<costituzione>> europea: alcuni nodi problematici*, op. cit., pag. 138.

(40) G.U.C.E. L 242 del 10 settembre 2002. Si legga, in particolare, il V considerando.

(41) ALIBERI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 127; CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, op. cit., pag. 95; CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, op. cit., pag. 172.

(42) LABRIOLA, *Diritto di accesso del cittadino e doveri della pubblica amministrazione nella legge istitutiva del Ministero dell'ambiente*, op. cit., pag. 271.

richieste (43). Il primo atto normativo relativo alla tematica ambientale è dato dalla legge 349/86, istitutiva del Ministero per l'ambiente (44). È significativo osservare che l'ordinamento italiano ha riconosciuto la necessità di garantire l'accesso alle informazioni, in funzione della tutela ambientale, anticipatamente rispetto alla Comunità Europea. Il diritto comunitario, infatti, traduce in una disposizione normativa vera e propria quanto emerso dai programmi d'azione europei in materia ambientale, solo con l'emanazione della direttiva n. 90/313 CEE del 1990, che ha dato impulso allo sviluppo della normativa in materia di accesso ambientale, accogliendo, quindi, a notevole distanza di tempo, quanto sancito nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972, in merito all'importanza di tale fattispecie particolare di accesso, quale strumento essenziale per la tutela e la valorizzazione dell'ambiente umano (45).

È apparsa immediatamente anche al legislatore nazionale la connessione tra la tutela dell'ambiente e la diffusione delle informazioni ad esso relative. Collocando il diritto di accesso all'informazione ambientale nell'ambito della trasparenza amministrativa, di cui è maggior espressione il più generale diritto di accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni, si osserva, rispetto a quest'ultimo, una caratteristica ulteriore. L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione, soddisfa in generale le esigenze di trasparenza nell'esercizio del potere amministrativo, al fine di verificarne imparzialità (46). Nell'accesso alle informazioni ambientali, il momento conoscitivo è altresì finalizzato all'applicazione del principio di prevenzione e di conservazione dell'equilibrio naturale, alla luce della grande rilevanza riconosciuta oggi alla protezione dell'ecosistema (47).

L'art. 14 della legge n. 349/86 secondo il quale «*Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili,*

(43) GRAZIA, *Diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, op. cit., pag. 74.

(44) G.U. n. 172 del 15 luglio 1986.

(45) CUTILLO FAGIOLI, *Il diritto di accesso alle informazioni e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, pag. 535.

(46) Sulla trasparenza dell'attività amministrativa, si rinvia tra i tanti: ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, pag. 24; MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005; SANDULLI, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg., vol. IV, Milano, 2000; CARINGELLA-GAROFALI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, op. cit.; DIANA, *Il diritto di accesso e la tutela dell'interesse qualificato del cittadino verso la P.A.*, CEDAM, 2000.

(47) Corte Cost., Sent. 22 maggio 1987, n. 183. La Corte Costituzionale ha individuato il contenuto della protezione dell'ambiente, in relazione all'assetto del territorio e dello sviluppo sociale e civile di esso, da una parte, nel rispetto e nella valorizzazione delle caratteristiche proprie di ogni zona geografica e, dall'altra, nella preservazione della qualità e delle condizioni oggettive del suolo, dell'aria, e delle acque, a fronte delle varie forme di inquinamento che attentano alla loro conservazione, quali inquinamento atmosferico, idrico, termico ed acustico.

in conformità con le leggi vigenti, presso gli uffici della Pubblica Amministrazione...>>, individua nei cittadini i legittimati a richiedere le notizie in possesso dell'autorità pubblica, non ravvisando limitazioni all'esercizio di tale diritto soggettivo, se non nell'assunto, oltremodo generico, "...in conformità con le leggi vigenti" (48). Tuttavia, le evidenti imperfezioni dovute al tenore ambiguo della disposizione, alla limitazione della legittimazione all'accesso ai soli cittadini, con apparente esclusione delle personalità giuridiche che spesso li rappresentano, all'assenza di riferimenti alla procedura per l'esercizio del diritto in oggetto e di un'esplicita previsione di una forma specifica di tutela, hanno negato la natura precettiva della disposizione, riducendola ad una norma programmatica (49).

La legge n. 349/86 è stata così nel concreto scarsamente applicata, considerata come una norma quadro che, pur avendo sancito l'esistenza di un diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, ha subordinato l'effettivo esercizio di tale diritto all'emanazione di una normativa di dettaglio.

Alla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente fece immediatamente seguito una cospicua legislazione sia statale (50) che regionale. In particolare, è stato rilevato (51) come le leggi regionali in materia di accesso alle informazioni ambientali perseguono la finalità di estendere il principio del libero accesso agli atti di competenza regionale, ispirandosi all'art. 14 della legge 349/86 e alla direttiva comunitaria 90/313 (52). La più innovativa ed incisiva

(48) MONTINI, *Il diritto all'informazione ambientale: la mancata attuazione della direttiva CE 90/313*, op. cit., pag. 328 e ss.; GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, op. cit., pag. 319.

(49) PELOSI, *L'accesso all'informazione ambientale tra fonti normative e tutela dell'ambiente. Considerazioni*, op. cit., pag. 14.

(50) A titolo di esempio, si ricordi la legge 36/94, inserita nella riforma complessiva dei servizi idrici e recante disposizioni in materia di risorse idriche. L'art. 23, comma 2, obbliga i gestori dei servizi a garantire <<l'accesso dei cittadini alle informazioni inerenti ai servizi gestiti nell'ambito della propria competenza, alle tecnologie impiegate, al funzionamento degli impianti, alla qualità e alla quantità delle acque fornite e trattate>>. Ed inoltre il programma triennale per gli anni 1994-96 per la tutela ambientale, il quale al punto 2.1.6 pone tra gli obiettivi da seguire l'informazione e l'educazione dei cittadini sui problemi dell'ambiente, attraverso iniziative di sensibilizzazione.

(51) GRAZIA, *Il diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, op. cit., pag. 60. Per un ulteriore approfondimento sull'accesso ambientale come disciplinato nelle leggi regionali, si veda BORGONOVO RE-NESPOR, *Qualità ed efficacia delle informazioni effettivamente fornite ai destinatari delle azioni ecologiche*, in *Confronti*, 1991.

(52) La legge regionale Lazio n. 43, del 12 settembre 1986, denominata "Norme per il libero accesso alle informazioni ambientali", riconosce a tutti i cittadini il diritto di accesso agli atti amministrativi relativi ad <<attività di modificazione dell'assetto del territorio o le attività che possono provocare l'inquinamento dell'acqua, dell'aria e del suolo>>. Significativa è anche legge regionale Emilia Romagna n. 15/96, la quale stabilisce che la Regione, in conformità alle indicazioni fornite dalla legge n. 349/86 e seguenti, in materia ambientale, predispone una serie di strumenti atti a favorire il concreto esercizio del diritto di accesso ambientale, come un programma di informazione ed educazione ambientale, centri di informazione ed educazione ambientale, sportelli ambientali e relazioni periodiche della Regione sullo stato dell'ambiente nel suo territorio.

normativa emanata a livello regionale è la legge regionale del Lazio 12 settembre 1996, n. 15. Oltre a costituire la prima legge regionale in materia ambientale, si preoccupa che l'accesso alle informazioni richieste sia effettivamente soddisfatto entro i tempi previsti. Tale norma prevede infatti un procedimento disciplinare per il funzionario che, tenuto a fornire le informazioni ambientali, provochi un ritardo nell'acquisizione delle stesse, superiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta scritta.

Resta il fatto che in assenza di una disciplina specifica relativa all'esercizio concreto del diritto di accesso in materia ambientale, divengono automaticamente operative anche in questo ambito le regole generali sull'accesso alle informazioni amministrative, contenute nel capo V della legge n. 241/90 (53). Gli articoli dal 22 al 28 della legge disciplinano dettagliatamente la materia dell'accesso. Legittimato ad accedere alle informazioni contenute negli atti amministrativi è "chiunque" vi abbia interesse, abbracciando così ogni persona fisica e giuridica presente nel territorio dello Stato. Il diritto di accesso si esercita non solo nei confronti delle amministrazioni pubbliche propriamente dette, ma anche delle aziende autonome, degli enti pubblici e deicessionari di pubblici servizi. I casi di esclusione dall'accesso sono tassativamente previsti dall'art. 24 della suddetta legge e sono dovuti alla soccombenza della pretesa conoscitiva del richiedente di fronte ad interessi di rango superiore (54). Per la tutela del cittadino avverso il diniego all'accesso alle informazioni richieste, l'art. 25 predispone un rito *ad hoc*, abbreviato e semplificato, azionabile di fronte al giudice amministrativo autonomamente rispetto al giudizio relativo alla posizione giuridica soggettiva alla cui difesa è sottesa la richiesta dell'istanza di accesso respinta.

Alla legge 241/90 è stata data attuazione attraverso il Regolamento contenuto nel D.P.R. 352/92, con il quale sono state integrate le norme della legge sul procedimento amministrativo in materia di accesso agli atti, con particolare riguardo alle modalità di esercizio dello stesso e di gestione delle istanze di accesso, da parte delle pubbliche amministrazioni.

Le questioni più rilevanti rispetto alla compatibilità tra la legge 349/86 in materia di accesso ambientale e la legge n. 241/90, che detta regole generali sul diritto all'informazione, riguardano la natura del diritto di accesso ambientale e l'autorità competente a tutelarne l'esercizio.

(53) L'art. 22 della legge 241/90 dispone che: <<Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorire lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge>>.

(54) I casi di esclusione riguardano infatti la sicurezza nazionale e le questioni ad essa affini, l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, la tutela della privacy, prevalendo però, in ogni caso, su questi ultimi il diritto di accesso, qualora appaia strumentale all'esercizio del diritto di difesa di una propria posizione giuridica soggettiva.

Relativamente alla prima problematica, parte della dottrina (55) ritiene che il diritto di accesso ai dati relativi allo stato dell'ambiente non sia esercitabile incondizionatamente, ma che la sua azionabilità dipenda dalla previa dimostrazione di un interesse personale ad ottenere l'informazione richiesta. L'art. 14 della legge 349/86, ed in particolare la fumosa espressione "in conformità delle leggi vigenti" (56), è da interpretarsi come una norma che conferisce al diritto di accesso ambientale un generale riconoscimento, rinviando alle norme generali, contenute nell'art. 22 della legge 241/90, la disciplina procedurale relativa al suo esercizio. Nessuna specialità dunque è data al diritto all'informazione sullo stato dell'ambiente: la legge 349/86 è solamente una norma programmatica, intesa a riconoscere in termini generali un diritto del cittadino alla conoscenza delle notizie sull'ambiente, da esercitarsi in conformità con le leggi vigenti.

Altra parte della dottrina (57) sostiene, invece, che la legge n. 349/86 identifichi quale titolare del diritto di accesso alle informazioni ambientali "qualsiasi cittadino". Il fondamento di tale assunto risiede nel carattere diffuso degli interessi ambientali. Le informazioni raccolte in materia dalle autorità pubbliche sono tanto più utili al raggiungimento dell'obiettivo della prevenzione e della salvaguardia dell'ambiente, quanto più ampia è la partecipazione dei cittadini alla loro conoscenza (58). Concorda chi scrive con l'affermazione che un'interpretazione riduttiva dei soggetti legittimati all'esercizio del diritto all'informazione sullo stato dell'ambiente, che li identifica unicamente nei portatori di un interesse qualificato dalla finalità di tutela di un'altra situazione giuridica soggettiva, è un retaggio di una amministrazione ancorata al principio del segreto, che fatica ad adeguarsi al generale riconoscimento della peculiarità del tema ambientale, come pure della disciplina dell'accesso alle informazioni ad esso relative, la cui maggior diffusione possibile appare necessaria per l'ap-

(55) MONTINI, *Il diritto all'informazione ambientale: la mancata attuazione della direttiva CE 90/313*, op. cit., pag. 332; LANDI, *La tutela processuale del diritto di accesso*, Padova, 1990, pag. 164 e ss., il quale sostiene che la disciplina speciale in materia di accesso ambientale contenuta nella legge n. 349/86, sia da ritenersi implicitamente abrogata dalla legge n. 241/90, la quale avrebbe assorbito anche la normativa del settore ambientale ad essa precedente, dando luogo ad una disciplina generale ed onnicomprensiva in materia di accesso ai documenti della pubblica amministrazione.

(56) GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, op. cit., pag. 319; LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, op. cit., pag. 638; VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, op. cit., pag. 120, secondo il quale l'assunto rinvia alle varie categorie di segreto; nello stesso senso, DELL'ANNO, *La ponderazione degli interessi ambientali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1990, pag. 99 e ss., secondo il quale «<la formulazione dell'art. 14 non ha costituito una svolta nei procedimenti amministrativi, i quali restano di norma riservati, se non addirittura coperti, dal segreto d'ufficio>>».

(57) IACOVONE, *Diritto all'informazione ambientale dopo la legge 241/90*, Bari, 1996, dagli atti del Convegno su "L'accesso ai documenti amministrativi", 5-6 maggio, 1995, pag. 11 e ss.; LANDI, *La tutela processuale del diritto di accesso*, op. cit., pag. 164 e ss.

(58) LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, op. cit., pag. 633.

plicazione dei riconosciuti principi di prevenzione e salvaguardia (59). La specialità della disciplina *ad hoc* dell'accesso in materia ambientale deriva infatti anche dalla legittimazione a proporre istanza di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, dalla particolare rilevanza del bene in questione, in virtù della quale è riconosciuta la prevalenza dell'interesse all'informazioni sulle condizioni ambientali, consentendo, in tal modo, il controllo diffuso su tali beni (60).

Quanto al problema dell'individuazione del foro competente a dirimere le controversie relative all'accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, nessuna indicazione particolare è data dalla legge n. 349/86. Da ciò, la soluzione non è univoca, ma dipende dal criterio interpretativo adottato relativamente all'art. 14 della legge sopra menzionata. Se infatti, conformemente alla prima delle posizioni dottrinali esaminate, si ritiene che l'art. 14 riconosca in termini generali il diritto di conoscere le informazioni sullo stato dell'ambiente, ponendosi come norma programmatica in materia, e che l'esercizio di tale diritto è disciplinato dalle regole generali sull'accesso date dalla legge n. 241/90, la tutela applicabile al diritto di accesso ambientale è quella dettata dall'art. 25 della legge sul procedimento amministrativo, e il tribunale competente è quello amministrativo. Se invece si abbraccia la tesi della seconda parte della dottrina analizzata, e si ritiene che l'art. 14 della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente conferisca a chiunque un diritto soggettivo incondizionato ad accedere alle notizie relative all'ambiente, il giudice civile sarà l'organo competente a trattare le questioni relative al diniego alle istanze di accesso. Per i principi generali dell'ordinamento, infatti, quest'ultimo è competente a conoscere le controversie conseguenti la violazione di diritti soggettivi, e pertanto anche del diritto all'informazione ambientale.

La successiva evoluzione normativa consiste nel decreto legislativo n. 39 del 24 febbraio 1997, che si affianca alla visione più ampia del diritto di accesso in materia ambientale da ultimo osservata, rispetto ai dettami in materia contenuti nella legge n. 241/90. Con esso viene data attuazione ai principi comunitari riguardanti l'accesso all'informazione ambientale, insiti nella direttiva 90/313. L'emanazione di questo decreto legislativo ha segnato, relativamente all'ambito dell'accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente,

(59) La specialità della disciplina contenuta nella legge n. 349/86 si evince inoltre dall'art. 6 della stessa, che prevede la partecipazione dei cittadini alle istruttorie sulla valutazione dell'impatto di singoli progetti sull'ambiente (come approfondito da SCOVAZZI, *La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1989, pag. 496 e ss., il quale evidenzia come purtroppo nel concreto tale partecipazione sia decisamente marginale), nonché da una serie di norme ad essa successive, come la legge n. 183/89, relativa alla tutela del suolo: l'art. 9, comma 4, lett. c, sancisce che i Servizi tecnici nazionali hanno, tra le altre, la funzione di fornire dati, pareri e consulenze, "a chiunque ne faccia richiesta".

(60) TORTORA, *Informazione ambientale e diritto di accesso: normativa in ambito nazionale e comunitario*, in www.filodiritto.com.

e delle corrispondenti forme di tutela predisposte dall'ordinamento, l'implicita abrogazione del tormentato art. 14 della legge n. 349/86 (61).

3. *Riflessi del diritto di accesso alle informazioni ambientali nella Costituzione*

L'inquadramento costituzionale del diritto di accesso ambientale e la sua collocazione su un piano gerarchico rispetto agli altri valori espressi nella Costituzione (62) ha richiesto un particolare sforzo del legislatore, alla luce dell'evoluzione che ancora rappresentano i c.d. "diritti civili" (63). Essi rappresentano un *tertium genus* nella tradizionale distinzione tra c.d. "diritti di libertà" e "diritti sociali", all'interno di un processo evolutivo, intrapreso da numerose costituzioni occidentali, a fronte dell'affermazione sempre più forte della bioetica nel panorama legislativo mondiale (64). Superando il tradizionale dualismo cittadino-pubblica amministrazione, i diritti civili rappresentano una nuova espressione dei diritti di libertà, in quanto consistono nella pretesa della predisposizione delle condizioni strutturali e istituzionali, da parte delle autorità pubbliche, che consentano <<il pieno sviluppo del sistema delle libertà>> (65). Il diritto all'accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche autorità può essere qualificato come un diritto civile, nel senso che non consiste solo nella pretesa dei cittadini di visionare documenti contenenti informazioni ambientali, ma anche nell'esigenza che le stesse pubbliche amministrazioni provvedano alla più ampia diffusione delle stesse.

Nel tentativo di ricondurre il diritto di accesso ambientale ad un sostrato normativo costituzionale, il primo riferimento è all'art. 9, comma 2, della Costituzione, secondo il quale <<la Repubblica tutela il paesaggio... della Nazione>>, essendo riconosciuto il valore della diffusione della conoscenza in materia ambientale per la sua salvaguardia. Un secondo collegamento è ravvisabile altresì con l'art. 41, comma 2, della Carta Fondamentale, che vincola l'iniziativa economica a garantire <<...la sicurezza, la dignità e la libertà umana>>, nelle quali si riflette la tutela dell'ambiente. Il fondamento costituzionale della normativa sull'accesso ambientale è però riscontrabile nell'art. 97, comma 1, della Costituzione. In tale articolo sono sanciti i principi fondamentali intorno ai quali ruota l'attività amministrativa, il principio di impar-

(61) PELOSI, *L'accesso all'informazione ambientale tra fonti normative e tutela dell'ambiente. Considerazioni*, op. cit., pag. 16.

(62) GRAZIA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, op. cit., pag. 74.

(63) FOIS, *Nuovi diritti di libertà*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.

(64) GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, op. cit., pag. 308.

(65) In questi termini si è espresso GRASSI, op. cit., pag. 308.

zialità e del buon andamento, il rispetto dei quali vincola l'amministrazione - nel caso specifico - a raccogliere, coordinare e mettere a disposizione dei cittadini, in modo adeguato, le informazioni sullo stato dell'ambiente, predisponendo al suo interno un apparato idoneo al raggiungimento di tale scopo. Solo in questo modo può diventare effettivo l'esercizio del diritto di accesso alle informazioni ambientali.

La Corte Costituzionale è intervenuta nel definire la portata del valore ambiente e nel collocarlo all'interno della Costituzione nella seconda metà degli anni Ottanta, iniziando con il promuovere il paesaggio, secondo l'art. 9 della Costituzione, a <<valore primario dell'ordinamento (66)>>, giungendo a definire ogni questione legata alla materia ambientale <<diritto ed interesse fondamentale della persona e della collettività (67)>>.

Le successive pronunce della Suprema Corte hanno affermato la necessità di modernizzare l'approccio normativo alla materia ambientale, elevando la propria giurisprudenza in materia al rango di principi integrativi della Costituzione, considerando equivalenti i concetti di vincolo paesaggistico, già sottoposti ad una disciplina esaustiva, e di vincolo ambientale (68). Tale orientamento della Corte è giustificabile alla luce della considerazione del diritto ambientale quale diritto primario, con la conseguente impossibilità di subordinarlo a qualsiasi altro. Si osserva l'accoglimento di una visione dell'ambiente in senso "forte", come un "*minimun ethicum*" (69) di riferimento per ogni azione dei pubblici poteri potenzialmente confliggente con esso.

L'ambiente assurge non a valore tra i valori, in riferimento ad una scala gerarchica rigida, ma a valore trasversale rispetto agli altri principi ritenuti primari dalla Costituzione, in modo da piegare la realizzazione di questi ultimi alla piena attuazione delle politiche ambientali. Ed è in questa prospettiva che va letto il diritto di accesso alle informazioni ambientali dal punto di vista costituzionale, come un diritto che non può soccombere di fronte ad altri, in quanto strumentale al compimento della tutela dell'ambiente.

Il vero problema da risolvere, alla luce del giudizio di primarietà attribuito al tema ambiente, è la fisiologica lentezza della riflessione giuridica, del confronto politico e della produzione legislativa che contribuisce a rendere irraggiungibili i ritmi e la velocità della ricerca scientifica e tecnologica e della conseguente individuazione di sempre nuove ipotesi da disciplinare (70).

(66) Corte Cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Foro It.*, 1986, Vol. I, pag. 1196 e ss.

(67) Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210, *Foro It.*, 1988, Vol. I, pag. 329 e ss.

(68) Corte Cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro It.* 1988, Vol. I, 1017 e ss. Per una riflessione della dottrina si rinvia a DALFINO, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente (vecchie frontiere e nuove vie del diritto)*, in *Amministrazione e politica*, 1992.

(69) IACOVONE, *Diritto all'informazione ambientale dopo la L. 241/90*, op. cit., pag. 9.

(70) PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, pag. 7; CASONATO, *Bietica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

4. Riflessioni sulle modalità di attuazione della direttiva 90/313/CEE

La specialità della disciplina sopra descritta nella sommaria analisi del contenuto della direttiva comunitaria 90/313, tuttavia, non è stata accolta immediatamente in tutta Europa. Allo scadere del termine per il recepimento della direttiva 90/313, infatti, il 31 dicembre 1992, l'Italia non aveva ancora provveduto a dare ad essa efficacia, avvenuta solo a sette anni dall'adozione dell'atto comunitario, con il D.lgs n. 39 del 1997, mantenendo quindi la poca chiarezza della legislazione nazionale in materia di accesso ambientale, dovuta principalmente all'incertezza dell'interpretazione dell'art. 14 della legge 349/86, che introduce nel nostro ordinamento una disciplina per l'accesso alle informazioni ambientali, ma anche allo scarso contributo della giurisprudenza (71).

Quest'ultima circostanza conferma la reticenza dei giudici amministrativi ad applicare la normativa europea, circostanza che nel caso specifico ha prodotto una soluzione singolare. Infatti, il giudice italiano ha riconosciuto la specialità della disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali rispetto a quella più generale ricavabile dalla legge sul procedimento amministrativo, ma nel farlo, non ha tenuto conto del più significativo contributo normativo esistente, cioè del contenuto della direttiva 90/313. Emerge da quanto appena detto uno dei profili di problematicità della mancata applicazione da parte dell'ordinamento, fino al 1997, della suddetta direttiva in materia di accesso ambientale (72).

In generale, il dibattito relativo al problema del coordinamento della disciplina speciale sull'accesso ambientale con i contenuti della legge n. 241/90, recante disposizioni generali relative all'accesso ai documenti amministrativi, ha trovato nella direttiva 90/313 un indirizzo risolutivo che, ancor prima del recepimento, attraverso il D.lgs. n. 39/97, ha consentito ai giudici nazionali, con l'accoglimento della tesi del c.d. "effetto diretto", di riconoscere nelle loro pronunce la diretta applicabilità dei contenuti della suddetta direttiva, consentendo un'interpretazione corretta e piena dei contenuti della legge n. 349/86, che all'art. 14, con ampio anticipo rispetto al diritto comunitario (73), aveva disciplinato specificamente l'ipotesi dell'accesso alle informazioni ambientali.

(71) FALLETTA, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, op. cit., pag. 226 e ss., il quale rileva in proposito che «le uniche due pronunce del giudice amministrativo in materia di legittimazione alle informazioni ambientali (T.a.r. Sicilia, sent. n. 118/91 e T.a.r. Emilia Romagna, sent. n. 78/92) ignorano del tutto la normativa comunitaria, e risolvono le incertezze sollevate dalla disciplina generale di cui alla legge n. 241/90, solo attraverso la sopraevidenziata interpretazione ampliativa dell'art. 14, comma 3, l. n. 349/86».

(72) FALLETTA, op. cit., pag. 227.

(73) PRESTA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, 2008, in www.lexambiente.it.

Altro profilo di questa problematicità (74), emerge poi dalle affermazioni contenute nella *XI Relazione annuale al Parlamento europeo sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario* del 1993, nella quale si afferma che: <<In assenza di provvedimenti di attuazione emanati nei termini prescritti, i privati possono usufruire direttamente del diritto di accesso all'informazione in materia ambientale, invocando dinanzi alle giurisdizioni nazionali le disposizioni della citata direttiva 90/313, poichè queste sono munite di efficacia diretta>>. La Commissione è ritornata sul punto anche l'anno successivo, ribadendo l'obbligo per i Tribunali nazionali, seppur in caso di mancata conformità del diritto nazionale alla direttiva sopracitata, di applicare interamente le disposizioni della direttiva che hanno efficacia diretta, cioè quelle che appaiono incondizionate e dotate di sufficiente precisione (75). Il riconoscimento giunto da varie fonti dell'immediata applicabilità dei precetti contenuti nelle direttive, è probabilmente all'origine della scelta della Commissione di non adire la Corte di giustizia affinché sanzionasse il perdurare della mancata attuazione della direttiva da parte dello Stato italiano (76).

Il giudicato dei Tribunali nazionali italiani, tuttavia, è stato indirizzato dall'applicazione dei principi generali in tema di risoluzione delle controversie tra norme comunitarie e norme interne, in particolare della c.d. "dottrina dell'effetto diretto delle direttive comunitarie" (77). Questa tesi sostiene che una

(74) MONTINI, *op. cit.*, pag. 327.

(75) Posizione che sarà riconosciuta poi dal Consiglio di Stato nel 1995, nella sentenza n. 498, nella quale ha affermato la diretta applicabilità <<indipendentemente dalla legge dello Stato>> delle direttive comunitarie che <<abbiano requisiti di sufficiente determinatezza di contenuti precettivi>>. In dottrina, DELL'ANNO, *L'attuazione del diritto comunitario tra supremazia delle fonti e disapprovazione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1994, pag. 364, il quale ha affermato che la <<diretta applicabilità>> delle direttive è riferibile alle disposizioni normative che presentano i seguenti connotati distintivi: linearità e puntualità dei concetti, mancanza di condizioni sospensive, immediata efficacia anche senza l'intervento del legislatore nazionale con norme di recepimento.

(76) In ogni caso, nel 1994, la Commissione ha emesso nei confronti dello Stato italiano un parere motivato sul mancato recepimento della direttiva, per poi riaffermare, nella XII Relazione annuale al Parlamento europeo sull'applicazione del diritto comunitario (G.U.E.C.E. C 154/44 del 6 giugno 1994), che <<nel quadro della non conformità del diritto nazionale alla direttiva 313/90 o di un'attuazione inadeguata della direttiva, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (causa C-103/88, fratelli Costanzo) si evince che le amministrazioni e i tribunali nazionali hanno l'obbligo di applicare pienamente le disposizioni delle direttive che hanno efficacia diretta e di disapplicare le disposizioni di diritto nazionale incompatibili con la medesima>>.

(77) PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, pag. 73 e ss., il quale aderisce a quanto espresso nella sentenza *Van Gend e Loos*, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, nel riconoscere che <<il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorchè il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita a precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle Istituzioni comunitarie>>. Egli osserva che anche l'ordinamento italiano si sia allineato all'indirizzo europeo, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana che, con la sentenza n. 64/90, ha sancito l'effetto diretto delle direttive *self-executing*. Inoltre prosegue segnalando, come conseguenza del recepimento della tesi del-

norma di diritto comunitario ha effetto diretto se si intende conferire ai cittadini europei, sulla base di suoi contenuti normativi dettagliati e non sottoposti a condizioni, un diritto che debba essere fatto valere dal giudice nazionale, anche in assenza di una specifica disposizione di attuazione, allo scadere del termine a disposizione dello Stato per conferirgli efficacia interna. Nel caso della direttiva 90/313/CEE, la dottrina (78) ha ritenuto che sussistessero le condizioni appena menzionate, permettendo che il suo contenuto fosse considerato immediatamente applicabile nell'ordinamento italiano. Già a decorrere quindi dal 31 dicembre 1992, termine ultimo per il recepimento della direttiva, le disposizioni della stessa dotate dei requisiti di sufficiente precisione e incondizionatezza, potevano ritenersi produttive di effetti nell'ordinamento interno (79).

La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che in generale, non è sempre richiesta l'emanazione, da parte del legislatore nazionale, di disposizioni di legge che formalmente riproducano le norme di una direttiva quando *<<nel caso in cui la disposizione in parola sia diretta a creare diritti per i singoli, la situazione giuridica risultante da tali principi sia sufficientemente precisa e chiara e che i beneficiari siano messi in grado di conoscere la pienezza dei loro diritti e, se del caso, di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali (80)>>*. Ciò è quello che la Corte stessa ha ritenuto si configurasse nel caso specifico della direttiva 90/313, relativamente all'art. 3, secondo paragrafo, della quale ha rinvenuto uno specifico obbligo per gli Stati membri di consentire l'accesso a quelle informazioni rispetto alle quali risulta chiara l'assenza di eccezioni legate alla tutela della riservatezza e del segreto, disciplinando *<<direttamente la situazione giuridica dei singoli che beneficiano così del diritto di ottenere comunicazione delle informazioni alle condizioni enunciate da quest'ultimo comma (81)>>*.

Nonostante l'accertata efficacia diretta delle disposizioni prive di incertezze o condizioni nell'ordinamento interno, nonostante una specifica normativa di attuazione della direttiva 313/90/CEE, alcuni Tribunali amministrativi regionali hanno emesso sentenze contraddittorie con i contenuti della medesima.

l'effetto diretto, che *<<non solo il giudice, ma anche tutti i pubblici poteri hanno l'obbligo di disapplicare le norme interne di qualsiasi livello, incompatibili con le disposizioni originarie o derivate del Trattato>>* (pag 75). Anche DELL'ANNO, *L'attuazione del diritto comunitario tra supremazia delle fonti e disapprovazione amministrativa*, op. cit., 1994, pag. 364, sostiene che la *<<diretta applicabilità>>* delle direttive è riferibile alle disposizioni normative che presentano i seguenti connotati distintivi: linearità e puntualità dei concetti, mancanza di condizioni sospensive, immediata efficacia anche senza l'intervento del legislatore nazionale con norme di recepimento.

(78) FALLETTA, op. cit., pag. 228 e ss.; MONTINI, op. cit., pag. 339 e ss.

(79) GRAZIA, *Il diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, op. cit., pag. 56.

(80) Corte Giust. Com. Eu., Sent. 26 giugno 2003, n. 233/00.

(81) Corte Giust. Com. Eu., Sent. 9 settembre 1999, n. 217/97.

Il Tar Campania, in una pronuncia del 1995 (82), ha dichiarato legittimo il rigetto dell'istanza di accesso avanzata da una associazione ambientalista non riconosciuta, basando tale decisione sull'art. 13 della legge n. 349/86, dimostrando di non aderire al contenuto della direttiva che amplia il novero dei soggetti legittimati a richiedere informazioni in materia ambientale, anche alle persone giuridiche. Nello stesso senso si è pronunciato il TAR Toscana, che nella sentenza 21 luglio 1994 n. 443, asserisce che una associazione ambientalista non inclusa nell'elenco ministeriale previsto dalla legge n. 349/86 non ha diritto di partecipare ai procedimenti in materia ambientale né di prendere visione degli atti relativi. Tale decisione contraddice indiscutibilmente la previsione della direttiva secondo la quale "chiunque" è legittimato ad accedere alle informazioni sullo stato dell'ambiente.

Il recepimento della direttiva nel D.lgs 39/97 ha risolto, in ambito soggettivo, il problema del riconoscimento formale della specialità della disciplina dell'accesso ambientale. La disciplina della legittimazione in esso contenuta, infatti risulta coerente alla *ratio* della direttiva appena menzionata, riconoscendo la titolarità del diritto alla conoscenza delle informazioni sullo stato dell'ambiente a <<chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dimostrare il proprio interesse (83)>>. Si giunge così al superamento di una delle più aspre problematiche relative al rapporto tra la normativa generale sull'accesso, contenuta nella legge n. 241/90, e quella specifica in materia di accesso ambientale data dall'art. 14 della legge 349/86, della quale ora è possibile una interpretazione chiara e conforme alla direttiva comunitaria, nel senso di un riconoscimento indifferenziato, in ambito soggettivo, della titolarità del diritto all'informazione sulle condizioni dell'ambiente (84). Come le persone fisiche, anche le persone giuridiche, per effetto della c.d. "tutela desoggettivata" prevista dall'art. 3 del D.lgs. 39/97, non devono più dimostrare l'esistenza di uno specifico interesse all'accesso, né di uno stabile collegamento con l'ambiente, che ne giustifichi l'iniziativa (85). L'unico onere a ca-

(82) TAR Campania, Salerno, 3 maggio 1995, n. 268, in *Foro amm.*, 1996, pag. 239.

(83) Art. 3 D.lgs. n. 39/97.

(84) In questo senso si sono orientate le successive pronunce dei tribunali amministrativi nazionali: T.A.R. Lombardia, Brescia, Sent. 30 aprile 1999, n. 397 (nota di BELTRAME, *Informazioni sull'ambiente. L'accesso ai documenti amministrativi è incondizionato*, in *Ambiente*, 1999, pag. 647) nella quale si afferma che il D.lgs. n. 39/97 <<appresta, sulla fasariga della disciplina comunitaria, una tutela desoggettivata, che prescinde, cioè, da qualunque limitazione di ordine soggettivo all'accesso e, dunque, dall'accertamento di qualsivoglia posizione di interesse instaurando una sorta di controllo sociale diffuso sulla qualità del bene ambiente>> .

(85) Anche il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia (Cons. St., Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5795), ha confermato la specialità della disciplina dell'accesso ambientale, asserendo che il D.lgs. n. 39/97, emanato in attuazione della direttiva 90/313/CEE, ha introdotto una fattispecie speciale di accesso in materia ambientale, che si distingue rispetto a quella generale contenuta al capo V della legge sul procedimento amministrativo per due significative novità: l'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere le informazioni e l'oggetto dell'istanza stessa. Il primo profilo di novità consiste nel supera-

rico del richiedente è quello della propria identificazione, finalizzato al soddisfacimento delle esigenze di documentazione interna della pubblica amministrazione e per perseguire eventuali usi illeciti delle informazioni da parte del richiedente.

Anche in ambito oggettivo, ossia relativamente ai documenti che possono essere oggetto di una richiesta da parte del cittadino, il decreto legislativo da ultimo citato è conforme al contenuto della direttiva 90/313: l'art. 2 del D.lgs. 39/97 ripropone la definizione di "informazione relativa all'ambiente" tracciata dalla direttiva comunitaria, particolarmente ampia e completa, sancendo l'avvenuta formalizzazione, anche dal punto di vista oggettivo, del recepimento della direttiva (86), superando totalmente la genericità che aveva contraddistinto l'art. 14 della legge n. 349/86. In tale definizione rientrano non solo i diversi settori che compongono l'ambiente nella sua complessità, ma anche tutte le attività, comprese quelle nocive, che possono incidere negativamente sullo stato degli stessi, e in contrapposizione ad esse, quelle previste per garantirne la tutela (87). Inoltre, l'oggetto dell'accesso ambientale non è più limitato alle informazioni contenute in un "documento" amministrativo, ma è esteso ad ogni dato, contenuto o meno in un atto, purché riconducibile ad una attività della amministrazione ed attinente alla materia ambientale (88).

5. Prospettive de iure condendo

La necessità di porre fine ai contrasti interpretativi e applicativi delle

mento dell'esistenza di un interesse effettivo, quale requisito per proporre l'istanza di accesso alle informazioni ambientali, e l'estensione di tale innovazione anche alle persone giuridiche.

(86) In proposito, il T.A.R. Lombardia, nella sentenza n. 397/99 ha precisato che, qualora si riconosca il diritto di accedere a determinate notizie relative a << *misure che incidono negativamente* >> sullo stato dell'ambiente, con tale espressione si devono intendere << *non solo l'atto amministrativo comunemente inteso, ma anche qualsiasi atto ed attività della p.a. che in qualche modo possa pregiudicare lo stato dei settori indicati nella direttiva (acque, aria, suolo...)* >>.

Anche il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia (Cons. St., Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5795), ha confermato la specialità della disciplina dell'accesso ambientale, asserendo che il D.lgs. n. 39/97, emanato in attuazione della direttiva 90/313/CEE, ha introdotto una fattispecie speciale di accesso in materia ambientale, che si distingue rispetto a quella generale contenuta al capo V della legge sul procedimento amministrativo per due significative novità: l'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere le informazioni e l'oggetto dell'istanza stessa. Il primo profilo di novità consiste nel superamento dell'esistenza di un interesse effettivo, quale requisito per proporre l'istanza di accesso alle informazioni ambientali, e l'estensione di tale innovazione anche alle persone giuridiche. Come per le persone fisiche, anche le persone giuridiche, per effetto della c.d. "tutela desoggettivata" prevista dall'art. 3 del D.lgs. 39/97, non devono più dimostrare l'esistenza di uno specifico interesse all'accesso, né di uno stabile collegamento con l'ambiente, che ne giustifichi l'iniziativa.

(87) PELOSI, *L'accesso all'informazione ambientale tra fonti normative e tutela dell'ambiente. Considerazioni, op. cit.*, pag. 17 e ss.

(88) CIAMMOLA, *Il diritto di accesso dalla legge istitutiva del ministero dell'ambiente al dl. g. n. 195 del 2005*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, pag. 675; CARINGELLA-GAROFALI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 57 e ss.

norme contenute nel D.lgs 39/97, con l'esigenza di adeguare la disciplina in materia con quanto specificato nella Convenzione di Aarhus del 1998 e con la successiva direttiva 2003/4/CEE sull'accesso del pubblico alle informazioni ambientali, ha portato all'emanazione del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195.

Esso costituisce attualmente il testo più evoluto di regolamentazione del diritto di accesso alle informazioni ambientali, in considerazione degli sviluppi delle tecnologie per la diffusione delle informazioni, per la loro raccolta e organizzazione.

Tale decreto legislativo conferma l'ampiezza riconosciuta alla legittimazione ad invocare la violazione del diritto di accesso all'informazione ambientale, di fronte al diniego apposto all'istanza che "*chiunque*" può presentare alla pubblica amministrazione, la quale non deve indagare le ragioni alla base di tale domanda. Dispone infatti l'art. 4 del D.lgs. n. 195/2005 che: <<*L'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse*>>. L'informazione ambientale, alla luce della direttiva 2003/35/CE, non è più inquadrata come oggetto di un diritto di accesso agli atti in materia, ma viene ora intesa come partecipazione attiva dei cittadini ai processi decisionali dell'autorità pubblica relativi all'ambiente. In ciò consiste uno dei maggiori riflessi delle conclusioni a cui è giunta la Convenzione di Aarhus (89).

Quanto alla legittimazione passiva, ha ridefinito il ruolo della pubblica amministrazione (90) stessa, che da soggetto passivo destinatario delle istanze di accesso da parte del cittadino, ruolo assegnatole dalla legge n. 241/90, contenente la disciplina generale relativa al diritto di accesso, diviene organo propulsore della diffusione delle informazioni (91) sullo stato dell'ambiente. L'art. 3 regola il procedimento dell'accesso ambientale, disponendo che l'amministrazione si attivi nei confronti dell'istanza, ad essa sottoposta dal cittadino, entro trenta giorni dal suo ricevimento, <<*ovvero entro 60 giorni dalla stessa data nel caso in cui l'entità e la complessità della richiesta sono tali da non consentire di soddisfarla entro il predetto termine di 30 giorni. In tale ultimo caso l'autorità pubblica informa tempestivamente e, comunque, entro il predetto termine di 30 giorni il richiedente della proroga e dei motivi che la giu-*

(89) Art. 6, in materia di partecipazione ai processi decisionali relativi ad attività specifiche: art. 9, paragrafi 2 e 4, relativi all'accesso alle procedure giudiziarie.

(90) L'art. 2, primo comma, lettera b) del decreto in esame definisce inoltre "*autorità pubblica*" <<*le amministrazioni pubbliche statali, regionali, locali, le aziende autonome e speciali, gli enti pubblici ed i concessionari di pubblici servizi, nonché ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico*>>.

(91) TORTORA, *op. cit.*

stificano>>.

Prosegue il quarto comma disciplinando la fattispecie in cui il contenuto della domanda di accesso risulta essere troppo generico. Prima di respingere l'istanza, <<*l'autorità pubblica può chiedere al richiedente, al più presto e, comunque, entro 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa, di specificare i dati da mettere a disposizione, prestandogli, a tale scopo, la propria collaborazione, anche attraverso la fornitura di informazioni sull'uso dei cataloghi pubblici di cui all'articolo 4, comma 1*>> (92).

Un aspetto importante, su cui si misura l'effettiva partecipazione del cittadino nella prospettiva evolutiva in materia di informazione ambientale determinata dalla normativa in esame, è la disciplina dei casi di esclusione dell'accesso alle informazioni ambientali. Il d.lgs n. 195/2005 non consente l'accesso nelle ipotesi in cui l'autorità non detiene l'informazione richiesta, fermo restando l'obbligo di quest'ultima di inoltrarla a quella competente, se conosciuta, o di comunicarlo al richiedente, oppure se la richiesta è irragionevole o generica, o quando la domanda riguarda dati, documenti, o materiali, non ancora completi oppure concerne comunicazioni interne all'ente stesso.

Ricompare anche in questa sede l'ipotesi in cui la divulgazione delle informazioni provoca una lesione del diritto alla riservatezza dell'amministrazione riguardo alle sue deliberazioni interne, o, più in generale, alle relazioni internazionali, alla difesa nazionale, all'ordine e alla sicurezza pubblica, ma anche al sereno svolgimento dei procedimenti giudiziari e delle attività d'indagine, nonché alla riservatezza commerciale o industriale e della proprietà intellettuale. Inoltre la disciplina si sofferma sull'ipotesi in cui il titolare del diritto alla privacy sia un soggetto terzo, controinteressato alla divulgazione di determinate informazioni ambientali, secondo quanto disciplinato in generale dalla legge n. 196/2003, ed in infine sulla necessità della tutela della persona che abbia fornito spontaneamente delle informazioni.

In questi casi, la dottrina e la giurisprudenza (93), concordano nel riconoscere la supremazia del diritto di accesso, anche nel caso di informazioni

(92) La Commissione per l'accesso ai documenti della pubblica amministrazione (nella "Relazione per l'anno 2007 sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione", pag. 27) ha specificato, in relazione alla "generalità", che non è necessaria la puntuale indicazione degli atti è sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto, che deve essere specificato, per costituire in capo all'amministrazione l'obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della conservazione e della salubrità dei luoghi interessati dall'istanza, elaborarle e comunicarle al richiedente. In dottrina, PRESTA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, già cit., ha ravvisato nella previsione dei cataloghi a cui si fa riferimento nell'art. 3, nei quali si dà notizia delle informazioni ambientali in possesso di quella particolare amministrazione pubblica, un preciso obbligo, in capo a quest'ultima, di assistenza al cittadino richiedente nell'esercizio del suo diritto.

(93) PRESTA, già cit. Dello stesso pensiero anche FRANZOSO, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, pag. 635. In giurisprudenza, T.A.R. Lazio, Sez. III, sent. n. 934/2004.

epersonali relative a terzi, purchè la conoscenza sia rilevante ai fini della tutela della situazione giuridica soggettiva a cui l'accesso è funzionale.

La tutela del diritto di accesso ambientale, invece, non è oggetto nemmeno nella nuova disciplina predisposta dal D.lgs. n. 195/2005 di una disciplina *ad hoc* (94). Tale decreto legislativo rinvia in proposito alle regole generali sul procedimento speciale dinanzi al giudice amministrativo, contenute nell'art. 25, comma 5, della legge n. 241/90. A garanzia della effettiva partecipazione del cittadino all'attività amministrativa concernente l'ambiente, è prevista anche la possibilità di ricorrere, avverso il supposto illegittimo diniego, al difensore civico, secondo le modalità previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo (95), nonché alla Commissione per l'accesso ai documenti della pubblica amministrazione, in relazione alla provenienza dell'atto. Ciò garantisce all'istante così la possibilità di opporsi alle illegittime frustrazioni del suo diritto all'informazione, sia con l'esperimento della tutela giurisdizionale, sia con i rimedi alternativi di natura giustiziale (96).

Ulteriori evoluzioni sono state recentemente apportate alla disciplina in materia di informazione ambientale con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, "*Norme in materia ambientale*", e il d.lgs 16 gennaio 2008, n. 4, "*Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006, recante norme in materia ambientale*", i quali rappresentano la conclusione dell'opera di riordino e di razionalizzazione della materia fin qui descritta. L'art. 3 del decreto legislativo da ultimo citato, secondo il punto di vista (97) della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, rafforza il principio del diritto di accesso alle informazioni ambientali e il principio di partecipazione all'attività amministrativa in materia, da parte dei cittadini, a scopo collaborativo, stabilendo che <<*In attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni,*

(94) LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15), al punto "l'accesso ambientale"*, in www.giustizia.amministrativa.it, Speciale sulla riforma della l. n. 241/90. Negli stessi termini anche POZZANI, *Nuovo profili del diritto di accesso dopo la l. 15/05*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(95) SARCONTE, *La specialità del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro Amm. Tar*, 2004, pag. 95.

(96) Dispone, infatti, l'art. 6 del decreto legislativo n. 195/2005, che: <<*Contro le determinazioni dell'autorità pubblica concernenti il diritto di accesso e nel caso di mancata risposta entro i termini di cui all'articolo 3, comma 2, il richiedente può presentare ricorso in sede giurisdizionale secondo la procedura di cui all'articolo 25, commi 5, 5-bis e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero può chiedere il riesame delle suddette determinazioni, secondo la procedura stabilita all'articolo 25, comma 4, della stessa legge n. 241 del 1990, al difensore civico competente per territorio, nel caso di atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, o alla Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 della citata legge n. 241 del 1990, nel caso di atti delle amministrazioni centrali o periferiche dello Stato*>>. Per un approfondimento in dottrina, NESPOR, *L'accesso alla giustizia nelle controversie giudiziarie in materia ambientale: considerazioni su due recenti volumi*, in *Riv giur. Ambiente*, 2004, pag. 861.

(97) Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, "*Relazione per l'anno 2007 sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione*", pag. 26.

e delle previsioni della Convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2001, n. 108, e ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale>>.

Il recepimento, seppur graduale, del tema ambiente come valore costituzionale negli ordinamenti interni successivo all'inserimento dello stesso tra i principi primari dei Trattati comunitari, dimostra come le moderne società post industriali abbiano compreso il valore centrale che le politiche ambientali rivestono nel contesto attuale. La sempre più attenta legislazione in materia mira alla preservazione delle risorse naturali senza le quali è inconcepibile un progresso equilibrato, non concepito ormai se non nell'ottica dello <<sviluppo sostenibile>>. Le politiche ambientali sono mutate sia livello comunitario che a livello nazionale: non più come finalizzate alla riparazione dei danni provocati dalle attività umane all'ambiente, ma basate sui concetti di prevenzione e di salvaguardia, alla base dei quali risulta fondamentale la diffusione delle informazioni sullo stato dell'ambiente. Consentire l'accesso alle informazioni ambientali equivale a far crescere sempre di più la coscienza sociale del problema ambientale nei cittadini, destinatari ultimi dell'ambiente stesso.

Bibliografia:

ALIBERTI, *Diritto di accesso e divulgazione dell'informazione ambientale nell'ordinamento comunitario*, in *Informazione ambientale e diritto di accesso*, ALIBERTI-COLACINO-FALLETTA, a cura di GIORGIO RECHIA, Padova, Cedam, 2007;

ANNIBALE, *Le comunità europee e la tutela ambientale*, in *Regioni e comunità locali*, 1996, pag. 51;

- ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, pag. 24;
- BIANCHI-CORDINI, *Comunità Europea e protezione dell'ambiente*, Padova, 1983; CORDINI, *Tutela dell'ambiente nel diritto delle Comunità Europee*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991;
- BORGONOVO RE-NESPOR, *Qualità ed efficacia delle informazioni effettivamente fornite ai destinatari delle azioni ecologiche*, in *Confronti*, 1991;
- CAPRIA, *Direttive ambientali CEE e stato di attuazione in Italia*, in *Quaderni della rivista giuridica ambientale*, Milano, 1992;
- CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, pag. 180 e ss.; dello stesso autore, *Nuove questioni su diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1993, pag. 662 e ss.;
- CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1994, pag. 401 e ss.;
- CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2001; LANDI, *L'ambiente nel diritto comunitario*, in *Manuale di diritto ambientale*, a cura di MEZZETTI, Padova, 2001, pag. 39;
- CARINGELLA-GAROFALI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, pag. 671 e ss.;
- CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000;
- CIAMMOLA, *Il diritto di accesso dalla legge istitutiva del ministero dell'ambiente al d.lgs. n. 195 del 2005*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, pag. 675;
- CHITI, *Ambiente e <<costituzione>> europea: alcuni nodi problematici*, in *Ambiente e diritto*, a cura di GRASSI- CECCHETTI-ANDRONICO, Firenze, 1999, pag. 131;
- DIANA, *Il diritto di accesso e la tutela dell'interesse qualificato del cittadino verso la P.A.*, CEDAM, 2000;
- C. DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Jovene Editore, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza Seconda Università degli Studi di Napoli, Napoli, 2006, pag. 78 e ss.;
- CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002;
- CORSETTI-FERRARA-FRACCHIA-OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2005;
- CUTILLO FAGIOLI, *Il diritto di accesso alle informazioni e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, pag. 535;
- DACLON-TAMBURRINO, *L'Europa e l'ambiente*, Rimini, 1989;
- DE BERNARDINI, *Soft Law*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Vol. I, Milano, 2006, pag. 5605;
- DE FRANCESCHI, *La libertà di accesso alle informazioni ambientali: verso un nuovo diritto civico?*, in *Riv. Giur. Pol. Loc.*, 1992, pag. 287;
- DELL'ANNO, *L'attuazione del diritto comunitario tra supremazia delle fonti e disapprovazione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1994, pag. 364;
- DELL'ANNO, *La ponderazione degli interessi ambientali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1990, pag. 99 e ss.;
- DELL'ANNO, *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?*, in *Gazzetta ambiente*, 2003, pag. 131;
- FALOMO, *L'incidenza del Trattato di Maastricht sul diritto comunitario ambientale*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, pag. 587;
- FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, a cura di CORDINI-FOIS-MARCHISIO, Torino, 1995;
- FOIS, *Nuovi diritti di libertà*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990;
- FONDERICO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di ambiente*, in *Diritto ambientale comunitario*, a cura di CASSESE, Milano, 1995;
- FRANCHINI, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1996, pag. 826;
- FRANZOSO, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, pag. 635;
- FROSINI, *Sul nuovo diritto all'informazione ambientale*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 4465;
- GARABELLO, *Le novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1999, pag. 151;

- GAROFOLI, *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1998, pag. 1292;
- GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, 1990;
- GRAZIA, *Il diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, Rimini, 1998;
- GRUCHALLA-WISIERSKI, *A framework for Understanding <<Soft Law>>*, in *McGill Law Journal*, 1984, pag. 37;
- IACOVONE, *Diritto all'informazione ambientale dopo la legge 241/90*, Bari, 1996, dagli atti del Convegno su "L'accesso ai documenti amministrativi", 5-6 maggio, 1995, pag. 11 e ss.;
- LABRIOLA, *Diritto di accesso del cittadino e doveri della pubblica amministrazione nella legge istitutiva del Ministero dell'ambiente*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, pag. 269;
- LANDI, *La tutela processuale del diritto di accesso*, Padova, 1990, pag. 164 e ss.;
- LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, *Riv. Cri. Dir. priv.*, 1989, pag. 639;
- LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15), al punto "l'accesso ambientale"*, in www.giustizia.amministrativa.it, Speciale sulla riforma della l. n. 241/90;
- MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005;
- MIGLIAZZA, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pag. 782 e ss.;
- MONTINI, *Il diritto di accesso all'informazione in materia ambientale: la mancata attuazione della direttiva CE 90/313*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1997, pag. 325 e ss.;
- MONTINI, *Informazione, partecipazione ed accesso alla giustizia nel diritto ambientale: profili comparatistici ed internazionalistici*, in *Studi Senesi*, 1996, Vol. I, pag. 37;
- PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, pag. 7; CASONATO, *Bietica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it;
- PELOSI, *L'accesso all'informazione ambientale tra fonti normative e tutela dell'ambiente. Considerazioni*, in *Quaderni della Rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Napoli*, 2003;
- PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, pag. 73 e ss.;
- PILLITU, *Ambiente*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pag. 661;
- POSTIGLIONE, *Lo spazio giuridico dell'informazione, partecipazione e azione del cittadino e delle associazioni in relazione all'ambiente in Italia*, in *Diritti dell'uomo e dell'ambiente*, Padova, 1990, pag. 112;
- POZZANI, *Nuovi profili del diritto di accesso dopo la l. 15/05*, in www.giustizia-amministrativa.it.;
- PRESTA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, 2008, in www.lexambiente.it;
- PRIEUR, *Il controllo e la tutela dell'ambiente in ambito europeo ed internazionale*, in *Diritto pubblico dell'ambiente*, a cura di DOMENICHELLI-OLIVETTI RASON-POLI, Padova, 1996, pag. 59 e ss.;
- PULVIRENTI, *Brevi note sulla natura giuridica del diritto di accesso*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, pag. 1743;
- RECCHIA, *La tutela dell'ambiente in Italia, Dai principi comunitari alle discipline nazionali di settore*, in *I <<nuovi diritti>> nello Stato sociale in Trasformazione*, a cura di FERRARA e VIPIANA, Padova, 2002, pag. 30;
- SANDULLI "Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi" in *Enc. Dir.*, agg., vol. IV, Milano, 2000;
- SANTINI, *Principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione*, Milano, 2004;
- SARCONTE, *La specialità del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro Amm. Tar*, 2004, pag. 95;
- SCOVAZZI, *La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1989, pag. 496 e ss.;
- SNYDER, *Soft Law e prassi istituzionale della Comunità europea*, in *Sociologia dir.*, 1993, pag. 79;
- TORTORA, *Informazione ambientale e diritto di accesso: normativa in ambito nazionale e comunitario*, in www.filodiritto.com.;
- VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1990, pag. 119;
- WELLENS-BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, pag. 267;

CONTENZIOSO NAZIONALE

La censura della Consulta sulla «acquisizione sanante» dell'art. 43 del T.U. Espropri

(Corte costituzionale, sentenza dell'8 ottobre 2010 n. 293)

L'art. 43 del D.P.R. n. 327/01 (T.U. espropri) è incostituzionale per eccesso di delega.

Questa è la lapidaria e un po' sorprendente affermazione compiuta dalla Consulta nella sentenza n. 293/10, pubblicata in data 8 ottobre.

Queste, in sintesi, le motivazioni del Giudice di legittimità.

“La legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale.

In primo luogo, non è dato ravvisare nelle leggi indicate nel citato allegato I, alla legge n. 59 del 1997, alcuna norma che potesse giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste.

Inoltre, neppure può farsi riferimento al contesto degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, in quanto più profili della cosiddetta «acquisizione sanante», così come disciplinata dalla norma censurata, eccedono con tutta evidenza dagli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, così come delineati da quegli orientamenti.

Il citato art. 43, infatti, ha anzitutto assimilato le due figure, introducendo la possibilità per l'amministrazione e per chi utilizza il bene di chiedere al giudice amministrativo, in ogni caso e senza limiti di tempo, la condanna al risarcimento in luogo della restituzione. Peraltro, esso estende tale disciplina

anche alle servitù, rispetto alle quali la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della cosiddetta occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non applicabile all'acquisto di un diritto reale in re aliena, in quanto difetta la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica.

Infine, la norma censurata differisce il prodursi dell'effetto traslativo al momento dell'atto di acquisizione.

Si tratta di elementi di sicuro rilievo e qualificanti, i quali dimostrano che la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi. Siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato.

Il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega. Questa Corte ha in proposito affermato, infatti, che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega» (sentenze n. 340 del 2007 e n. 68 del 1991)».

Si apre, adesso, soprattutto per le amministrazioni, il fondamentale capitolo di come risolvere l'assetto proprietario delle aree illegittimamente occupate; urge un intervento legislativo che, attesa la situazione, dovrebbe avvenire nelle forme di un decreto-legge e dovrebbe avere carattere retroattivo attesa la necessità di dare una copertura normativa a tante fattispecie che, fino alla pronuncia in commento, avrebbero trovato definizione mercé l'applicazione dell'art. 43 del T.U. espropri.

M.B.

Corte costituzionale, sentenza dell'8 ottobre 2010 n. 293, Ud. Pubbl. del 7 luglio 2010 - Pres. Amirante, Red. Tesaurò - Giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), promossi dal Tribunale amministrativo regionale della Campania con due ordinanze del 28 ottobre e con una ordinanza del 18 novembre 2008, rispettivamente iscritte ai nn. 114, 115 e 116 del registro ordinanze 2009 - Avv. Guerriero e Sasso per N.D. ed altri, Sasso per M.R.P. ed altri, Vittoria per il Comune di Casapesenna e l'avv. Stato Borgo per il Presidente del Consiglio dei ministri.

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. – Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre ordinanze di identico tenore, pronunciate in altrettanti giudizi, le prime due del 28 ottobre 2008 (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009) e la terza del 18 novembre 2008 (r.o. n. 116 del 2009), ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

1.1.– Le prime due ordinanze (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009), relative ad identiche fattispecie, espongono che i ricorrenti sono tutti proprietari di un fondo in Casapesenna, oggetto di procedura ablatoria, in ordine alla quale il medesimo TAR, con sentenze rispettivamente n. 73 e n. 74 del 2008, aveva annullato gli atti impugnati e condannato il Comune di Casapesenna a restituire il terreno, previo ripristino dello stato dei luoghi. Gli attori, con distinti ricorsi, poi riuniti dal TAR, hanno proposto ricorso per l'esecuzione del giudicato, chiedendo la restituzione del fondo, ed hanno impugnato la delibera del Consiglio comunale con la quale il Comune ha disposto, ex art. 43, comma 2, del citato d.P.R., l'acquisizione al patrimonio indisponibile delle aree in questione, corrispondendo una somma a titolo di risarcimento dei danni.

1.2.– I rimettenti premettono ancora, in fatto, che la vicenda era stata oggetto di una prima pronuncia dello stesso tribunale (sentenza 23 gennaio 2003, n. 387) con la quale era stato censurato l'operato dell'amministrazione in ragione del mancato compimento dell'iter previsto per la formazione della variante urbanistica, e per violazione del contraddittorio con i soggetti interessati. Nel procedimento di cui all'ordinanza r.o. n. 114 del 2009, con successive sentenze veniva poi annullata una nota del comune di diniego di restituzione del suolo occupato e disposta la restituzione dello stesso con ripristino dello stato dei luoghi (sentenza 5 giugno 2003, n. 7290), ed ancora veniva accolto il ricorso per l'esecuzione del relativo giudicato con nomina di un commissario ad acta. In seguito il Consiglio di Stato, con sentenza 3 maggio 2005, n. 2095, dichiarava che sull'amministrazione gravava l'obbligo di restituire l'area occupata.

Successivamente, con le già indicate sentenze del medesimo TAR (n. 73 e n. 74 del 2008), erano stati annullati per incompetenza gli atti inerenti alla procedura ex art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, con condanna del comune alla restituzione del terreno previo ripristino dello stato dei luoghi. Infine, era intervenuto il provvedimento di acquisizione sanante ai sensi del citato art. 43.

1.3.– La terza ordinanza (r.o. n. 116 del 2009) espone, in fatto, che il ricorrente, proprietario di un fondo sito nel Comune di San Giuseppe Vesuviano (Napoli), ne aveva subito da parte di detto comune l'occupazione, senza alcun procedimento espropriativo.

Dopo alterne vicende in punto di giurisdizione, il Tribunale di Nola, ritenendo la propria giu-

risdizione, radicandola per la natura usurpativa dell'occupazione, aveva, infine, negato l'acquisto della proprietà in capo alla pubblica amministrazione.

In seguito, era stato adottato da parte del responsabile del Servizio lavori pubblici ed urbanistica ed Ufficio espropriazioni del Comune di San Giuseppe Vesuviano, il decreto n. prot. 2006 0020376, impugnato nel giudizio principale, con il quale veniva disposta l'acquisizione coattiva al patrimonio indisponibile comunale dell'area, prevedendo, altresì in favore del proprietario «oltre l'indennizzo, il risarcimento del danno nonchè il computo degli interessi moratori a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo».

In particolare, il ricorrente deduceva la violazione degli artt. 43 e 57, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001, lamentando l'inapplicabilità al caso di specie del procedimento ex art. 43 ed invocando l'applicazione del regime transitorio ex art. 57, comma 1, con obbligo di restituzione dell'immobile e risarcimento del danno ex art. 2043 del codice civile per l'illegittima, ulteriore occupazione.

1.4.– Ciò posto, i giudici a quibus ricordano che, in caso di annullamento giurisdizionale degli atti relativi alla procedura di espropriazione per pubblica utilità, il proprietario può chiedere – mediante il giudizio di ottemperanza – la restituzione del bene piuttosto che il risarcimento del danno per equivalente monetario, anche se l'area sia stata irreversibilmente trasformata in conseguenza dell'esecuzione dell'opera pubblica. Inoltre, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area sarebbe l'emanazione di un provvedimento di acquisizione cosiddetto «sanante» ex art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre la intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e, quindi, come impedimento alla restituzione.

1.5. – Il TAR Campania, dopo aver ricordato la giurisprudenza di legittimità relativa alla cosiddetta occupazione «appropriativa», assume che tale ricostruzione sarebbe incompatibile con la disciplina normativa introdotta dal d.P.R. n. 327 del 2001 ed entrata in vigore il 30 giugno 2003, in quanto la disposizione oggi censurata subordina all'adozione di apposito provvedimento discrezionale il trasferimento di proprietà dei beni immobili utilizzati per scopi di interesse pubblico, a seguito di trasformazione, determinatasi in assenza del valido ed efficace provvedimento espropriativo o dichiarativo della pubblica utilità. Inoltre, non potrebbe ritenersi che l'art. 43 disponga solo per il futuro, trattandosi di disposizione, avente natura processuale riferita a tutti i casi di occupazione sine titolo, anche già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico (a conforto, richiama: Cons. Stato, IV, 21 maggio 2007, n. 2582; A.P., 29 aprile 2005, n. 2; TAR. Emilia-Romagna, Bologna, I, 27 ottobre 2003, n. 2160).

1.6.– I rimettenti, quanto alla giurisdizione, ritengono di doversi conformare al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in materia di procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche in presenza di atti poi dichiarati illegittimi.

1.7.– Ciò posto, con riferimento alla delibera di acquisizione delle aree, il Tribunale richiama la giurisprudenza secondo cui tale atto persegue una finalità di sanatoria di situazioni prive di procedure legittime di esproprio, senza che rilevi la causa della illegittimità del comportamento: sia essa conseguente all'assenza di una dichiarazione di pubblica utilità od all'annullamento di essa oppure determinata da altre cause, risultando in proposito rilevante il solo fatto che l'interesse pubblico non potrebbe essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa.

In punto di rilevanza i rimettenti assumono che, aderendo a tale orientamento, nella specie il ricorso in ottemperanza dovrebbe essere dichiarato improcedibile, in virtù dell'atto formale di acquisizione sanante, mentre il ricorso avverso la delibera consiliare dovrebbe essere rigettato, perché il provvedimento oggetto di impugnazione deve ritenersi conforme al modello astratto di cui al citato art. 43.

1.8.– Il Tribunale amministrativo campano dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale norma, per violazione degli artt. 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, Cost..

In particolare, quanto agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost., il Tribunale evidenzia come l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione dell'area, attraverso l'adozione di un atto amministrativo, che consente di evitare la restituzione del bene e di sanare la pregressa illegalità, avrebbe assunto la natura di strumento «ordinario», attraverso il quale «si legalizza l'illegale», rimuovendo l'illecito aquiliano attraverso l'atto di acquisizione. In tal modo risulterebbe capovolta la garanzia costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art. 42, Cost., nella misura in cui la norma «consente alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, [...] di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica», norme peraltro imposte non soltanto dall'autorità comunale, ma anche da quelle preposte alla tutela di ulteriori e distinti vincoli. L'abuso di tale strumento imporrebbe, invece, una lettura restrittiva della disposizione, dal momento che ben difficilmente nella pratica sarebbe possibile immaginare ipotesi in cui l'Amministrazione non possa giustificare il proprio operato, con la necessità di perseguire uno scopo pubblico.

Per altro verso, a giudizio dei rimettenti, non si potrebbe prescindere dai principi costituzionali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), (infra: anche CEDU o Convenzione europea), in base ai quali il diritto di proprietà potrebbe essere acquistato dall'Amministrazione soltanto attraverso l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo.

Inoltre, si precisa, la questione di legittimità costituzionale viene appunto sollevata, prendendo atto che, di fatto, la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità della procedura si pone come «una sorta di atto presupposto del procedimento che si perfeziona con l'atto di acquisizione», con conseguente «grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo» [...] sostanzialmente «vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico». Del resto, andrebbe pure considerato che l'acquisizione sanante ben potrebbe essere «reiterata all'infinito», divenendo non più uno strumento straordinario, ma ordinario, con conseguente «vanificazione dei principi di certezza giuridica e di tutela delle posizioni giuridiche».

In questo contesto, il Tribunale specifica di aver esperito inutilmente ogni tentativo di interpretazione adeguatrice, al fine attribuire alla norma un significato costituzionalmente corretto.

1.9.– Con riferimento, poi, all'art. 117, primo comma, Cost., il Tribunale, dopo aver richiamato la sentenza di questa Corte n. 349 del 2007, con riguardo al rapporto fra norma statale ed obblighi derivanti dalla CEDU, assume che la norma censurata non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea ed all'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonamen-

tali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario». In questo senso deporrebbe la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (20 aprile 2006; 15 novembre 2005; 17 maggio 2005), la quale avrebbe più volte affermato la non conformità all'art. 1, prot. 1, della Convenzione, della prassi sulla cosiddetta «espropriazione indiretta», secondo cui l'amministrazione diventerebbe proprietaria del bene in assenza di un atto ablatorio. 1.10.– Infine, i rimettenti censurano l'art. 43 anche con riferimento all'art. 76, Cost., in quanto l'art. 7, comma 2, lettera d) della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998) avrebbe delegato al Governo il mero «coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo». La norma in questione, invece, non troverebbe «riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti», non potendosi sostenere che l'acquisizione sanante fosse una modifica necessaria per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa.

2.– Nel giudizio innanzi alla Corte si sono costituiti i ricorrenti dei giudizi principali (N.D. ed altri, quanto all'ordinanza r.o. n. 114 del 2009 e M.R.P. ed altri, quanto all'ordinanza r.o. n. 115 del 2009), con atti di identico tenore in diritto, chiedendo che la questione sia accolta.

2.1.– La difesa delle parti private, dopo aver ripercorso le motivazioni sottese all'ordinanza di remissione, assume, in primo luogo, che l'atto acquisitivo previsto dalla disposizione impugnata, in quanto finalizzato a «sanare» un'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione *contra ius*, determinando la perdita della proprietà, violerebbe gli artt. 3, 24, 42, 97 e 117, Cost., conducendo a «legalizzare» l'illegale, consentendo l'illecito aquiliano.

I ricorrenti, riportando peraltro ampi brani di sentenze della Corte di cassazione sul fenomeno dell'occupazione acquisitiva, ritengono che il censurato art. 43 si porrebbe al di fuori dei «canoni di legittimità costituzionale», dal momento che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di disporre l'acquisizione del bene, anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata alcuna preventiva dichiarazione di pubblica utilità, o la medesima sia stata annullata o resa inefficace *ex tunc*.

In definitiva, la norma censurata determinerebbe uno squilibrato vantaggio per il soggetto pubblico, pregiudicando la certezza dei rapporti giuridici e sacrificando l'affidamento dei soggetti nella possibilità di far valere le proprie ragioni sulla base di condizioni normative «operanti nell'ordinamento vigente in un determinato periodo storico».

2.2.– Quanto alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., le parti assumono che la norma si porrebbe in conflitto «con i principi che sorreggono la Convenzione europea su diritti dell'uomo (CEDU), aventi diretta rilevanza nell'ordinamento interno, nonché con l'articolo 6 del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam».

Tale contrasto sarebbe evidente, alla luce del costante orientamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di espropriazione cosiddetta «indiretta».

In particolare, si ricordano alcune decisioni di quella Corte nelle quali è stato affermato che l'espropriazione indiretta tende a stabilizzare una situazione di fatto derivante dalle illegalità commesse dall'amministrazione e che, «sia in virtù di un principio giurisprudenziale o di un testo di legge come l'art. 43 del testo unico, l'espropriazione indiretta non dovrebbe costituire un mezzo alternativo all'«espropriazione operata in forma corretta».

I ricorrenti ricordano altresì, come «l'anomalia italiana» abbia formato oggetto anche di una risoluzione interinale, in data 14 febbraio 2007, da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, con cui le Autorità nazionali sono state «incoraggiate» «... a proseguire i loro

sforzi e ad adottare rapidamente tutte le misure necessarie addizionali al fine di rimediare in maniera definitiva alla pratica della “espropriazione indiretta”».

In tale contesto europeo, poi, le Autorità governative italiane avrebbero *expressis verbis* ammesso che la norma dettata dall’art. 43 t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità è *ex se* non coerente con i principi della Convenzione, tant’è che ne viene suggerita un’applicazione ed interpretazione «correttiva».

2.3.– Infine, le parti private, citando giurisprudenza di questa Corte, aderiscono alla censura formulata con riguardo all’art. 76, Cost., in quanto l’ipotesi dell’acquisizione, introdotta dall’art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001, sarebbe «priva di addentellati con la vigente normativa», nel mentre il legislatore delegato non era stato autorizzato ad integrare o correggere le previsioni vigenti, ma semplicemente a riordinarle, attraverso un intervento di mero coordinamento.

3.– Nel giudizio relativo alle ordinanze r.o. n. 114 e n. 115 del 2009, si è costituito il Comune di Casapesenna, criticando le argomentazioni sottese ai provvedimenti del giudice a quo. In primo luogo, il Tribunale campano, affermando che l’istituto in questione «nelle intenzioni del legislatore doveva conservare una natura eccezionale», nel mentre avrebbe «assunto la natura di strumento ordinario», confonderebbe l’ipotetica applicazione «scorretta» della norma in questione, con la sua illegittimità costituzionale. Inoltre, non sarebbe neppure corretto affermare che l’art. 43 consentirebbe l’illecito aquiliano, in quanto, al contrario, la norma in questione avrebbe proprio escluso in radice che l’eventuale illecito aquiliano possa in sé determinare, come accadeva in passato, l’acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione.

Il giudice a quo non coglierebbe nel segno neppure con riguardo alla pretesa elusione degli obblighi procedurali, in quanto il provvedimento di acquisizione deve dare conto specificamente degli interessi in conflitto, compiendo un’esaustiva comparazione dei medesimi, attraverso una congrua motivazione della «sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto». In questo senso, dunque, lo stringente obbligo di motivazione consente, proprio al giudice amministrativo, di valutarne la «logicità e ragionevolezza».

3.1.– Quanto, poi, al contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo, il Comune di Casapesenna ritiene che, diversamente da quanto opinato dai rimettenti, gli arresti della CEDU non hanno avuto ad oggetto l’applicazione dell’art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, ma la pratica dell’accessione invertita, della quale proprio l’art. 43 costituirebbe la soluzione legislativa.

3.2.– Infondata sarebbe pure la censura di violazione del giudicato amministrativo, in quanto la norma in esame non sarebbe in grado di mettere in discussione né l’annullamento degli atti preordinati all’esproprio, né il diritto al risarcimento del privato illegittimamente spossessato, limitandosi piuttosto a consentire alla pubblica amministrazione di optare per il risarcimento monetario, piuttosto che per quello in forma specifica. Anzi, il citato art. 43, piuttosto che ledere il precedente giudicato, ne garantirebbe una più piena esecuzione, in quanto limiterebbe a singoli casi ed alla ricorrenza di specifici presupposti la facoltà della pubblica amministrazione di optare per il risarcimento monetario, in luogo di quello in forma specifica.

3.3.– Da ultimo, con riferimento alla violazione dell’art. 76 Cost., si rileva che il t.u. sulle espropriazioni, in quanto volto al riordino normativo ed alla semplificazione delle norme procedurali ed organizzative, avrebbe natura innovativa e non meramente compilativa, potendo apportare, in sede di coordinamento delle disposizioni vigenti, «le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa».

4.– In tutti i giudizi promossi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, che, nei distinti atti, di contenuto so-

stanzialmente identico, ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile ed infondata.

4.1.– La difesa dello Stato eccepisce, in primo luogo, l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, ricordando che questa Corte, nella sentenza n. 191 del 2006, ha espressamente escluso che la norma censurata abbia valore di norma processuale, sicché i rimettenti avrebbero dovuto chiedersi se essa fosse o meno applicabile alla fattispecie concreta. Il tema dell'applicabilità dell'art. 43 del t.u. in materia di espropriazioni alle occupazioni sine titolo, perfezionatesi prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001, rappresenterebbe, infatti, uno dei temi più dibattuti sia in dottrina che in giurisprudenza. Oltre all'orientamento richiamato dall'ordinanza di rimessione, infatti, sarebbe dato riscontrare, in senso contrario, in primo luogo quello della Corte di cassazione che, con le sentenze 22 settembre 2008, n. 23943 e 19 dicembre 2007, n. 26732, ne ha escluso l'applicabilità in considerazione del fatto che l'art. 57 del d.P.R. n. 327 del 2001, nel disciplinare l'applicabilità della nuova disciplina (e non soltanto delle norme di natura sostanziale), ha introdotto un criterio fondato esclusivamente sul dato temporale del primo atto del procedimento espropriativo, a prescindere dalle sue successive vicende e dai successivi provvedimenti che l'espropriante potesse emanare. Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza 26 settembre 2008 n. 4660, avrebbe negato l'applicazione del citato art. 43 ad una fattispecie perfezionatasi, come quella in esame oggi, anteriormente all'entrata in vigore del t.u.

4.2.– La questione sarebbe, ancora, inammissibile perché i rimettenti non avrebbero sperimentato un'interpretazione costituzionale della norme censurata. Ciò in quanto il Tribunale muoverebbe da un'applicazione della disposizione da parte delle amministrazioni e da parte del diritto vivente, che a suo giudizio avrebbe condotto a risultati abnormi, quali quello relativo all'operatività dell'art. 43 in sede di ottemperanza, suscettibile di caducare l'accertamento del diritto alla restituzione del fondo e di travolgere la forza del giudicato.

Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, tuttavia, nulla avrebbe impedito ai giudici rimettenti di valutare alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata l'illegittimità dell'atto acquisitivo, nel corso del giudizio di ottemperanza, per le medesime ragioni che sono state poste a sostegno della questione di costituzionalità.

4.3. – Nel merito, la difesa dello Stato precisa in primo luogo che lo strumento della cosiddetta acquisizione sanante, lungi dall'essere uno strumento ordinario, si sostanzierebbe invece come una «legale via d'uscita» dalle situazioni di illegalità, verificatesi nel corso degli anni.

Quanto, poi, al rapporto con il giudicato relativo alla restituzione del fondo, si sottolinea che la disposizione in esame non costituisce, di per sé, uno strumento di elusione del giudicato, ma sarebbe semmai l'uso non funzionale della norma da parte dell'Amministrazione, che potrebbe determinare tale conseguenza. Sarebbe, quindi, compito del giudice amministrativo verificare con rigore quella comparazione di interessi sottesa al provvedimento, secondo i criteri della ragionevolezza e proporzionalità.

Il Presidente del Consiglio dei ministri evidenzia, poi, come nel caso di specie il giudice ben avrebbe potuto dichiarare, ai sensi dell'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), la nullità del provvedimento di acquisizione adottato dall'amministrazione comunale, per violazione del giudicato.

4.4.– In ordine alla questione relativa alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per violazione della CEDU, l'Avvocatura dello Stato, nonostante i dubbi di legittimità costituzionale paventati da alcune decisioni della Corte di cassazione (sentenza n. 26732 del 2007, cit.), premette che la questione della compatibilità dell'art. 43 non sarebbe mai stata affrontata

dalla Corte di Strasburgo. Ciò posto, il giudice rimettente avrebbe potuto, comunque praticare un'interpretazione conforme ai «canoni CEDU», prima ancora di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Del resto la giurisprudenza amministrativa si sarebbe più volte espressa nel senso della piena compatibilità dell'art. 43 con le disposizioni CEDU, come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

4.5.– Infine, con riferimento al denunciato vizio di eccesso di delega, il Presidente del Consiglio dei ministri ricorda, ancora, la giurisprudenza del giudice amministrativo che avrebbe negato la sussistenza di tale vizio.

4.6.– Da ultimo l'Avvocatura dello Stato sottolinea come l'eventuale «caducazione» della norma impugnata avrebbe come inevitabile conseguenza il «ritorno in auge» degli istituti di creazione pretoria dell'occupazione «acquisitiva» ed «usurpativa», che esporrebbero lo Stato ad ulteriori e numerosissime condanne da parte della Corte di Strasburgo.

Considerato in diritto

1.– Le questioni sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre distinte ordinanze di contenuto in larga misura coincidente (r.o. n. 114, n. 115 e n. 116 del 2009), riguardano l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), con il quale viene disciplinata la «Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico».

1.1.– I giudizi hanno ad oggetto la stessa norma, censurata con riferimento agli stessi parametri, sotto gli stessi profili e in gran parte con le stesse argomentazioni; ponendo, pertanto, un'identica questione, vanno riuniti e decisi con un'unica pronuncia.

2.– La norma censurata ha ad oggetto la disciplina dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e consente all'autorità che abbia utilizzato a detti fini un bene immobile in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, di disporre l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile, con l'obbligo di risarcire i danni al proprietario. La disposizione regola, inoltre, tempo e contenuto dell'atto di acquisizione, l'impugnazione del medesimo, la facoltà della pubblica amministrazione di chiedere che il giudice amministrativo «disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo», fissando i criteri per la quantificazione del risarcimento del danno.

Secondo il Tribunale rimettente, in punto di rilevanza, l'applicazione della disciplina di cui al citato art. 43 determinerebbe l'improcedibilità dei ricorsi in ottemperanza, in considerazione dell'atto formale di acquisizione sanante; nello stesso tempo, i ricorsi avverso la delibera di acquisizione dovrebbero essere rigettati, perché il provvedimento oggetto di impugnazione dovrebbe ritenersi conforme al modello astratto disegnato dall'intera disposizione, nonostante, in questo caso, fosse già intervenuta una pronuncia di restituzione (in particolare nei giudizi iscritti al r.o. n. 114 e n. 115 del 2009, a seguito dell'annullamento gli atti inerenti alla procedura ex art. 43).

La norma si porrebbe in contrasto anzitutto con gli articoli 3, 24, 42, 97 e 113 della Costituzione, in quanto essa consentirebbe, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, la sanatoria di espropriazioni illegittime, a causa della mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, dell'annullamento degli atti ovvero per altra causa. In tal modo, sarebbe prefigurato l'esercizio di un potere autoritativo di acquisizione dell'area che impedirebbe la restituzione del bene, rimuovendo l'illecito aquiliano anche a dispetto di un giudicato ammi-

nistrativo, consentendo «alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, ... di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica» con «grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo», sostanzialmente «vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico».

3.– Ad avviso del TAR, la norma impugnata si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, che ha ritenuto in contrasto con l'art. 1, prot. 1, la prassi della cosiddetta «espropriazione indiretta»; violando peraltro anche l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».

4.– I rimettenti, infine, ritengono che il citato art. 43 impugnato recherebbe *vulnus* all'art. 76, Cost., in quanto sarebbe stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1998).

5.– L'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, per difetto di rilevanza nel giudizio a quo, in quanto questa Corte, la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato avrebbero escluso l'applicabilità del citato art. 43 alle occupazioni appropriative verificatesi prima del 30 giugno 2003, data di entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001.

5.1.– L'eccezione non è fondata. La questione dell'applicabilità della norma in esame non è stata risolta in modo univoco dalla giurisprudenza. La Corte di cassazione esclude, infatti, l'ammissibilità dell'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43 con riguardo alle occupazioni appropriative verificatesi prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001 (sentenze 22 settembre 2008, n. 23943, 28 luglio 2008 n. 20543, 19 dicembre 2007, n. 26732). Diversamente, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato è ormai prevalente il principio secondo cui «la procedura di acquisizione in sanatoria di un'area occupata sine titolo, descritta dal citato articolo 43, trova una generale applicazione anche con riguardo alle occupazioni attuate prima dell'entrata in vigore della norma» (Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2010, n. 1762, Sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3509, inoltre: Ad. Plen. 29 aprile 2005, n. 2; Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830, esaminata senza rilievi sulla giurisdizione da Cass., SS.UU., 16 aprile 2009, n. 9001).

In presenza di tale contrasto, le ordinanze di rimessione hanno motivato in maniera non implausibile in ordine all'applicabilità della norma, richiamando la giurisprudenza assolutamente prevalente ed il «diritto vivente» del Consiglio di Stato.

6.– Nel merito, vanno esaminate in via preliminare le censure riferite all'art. 76, della Costituzione. Spetta, infatti, a questa Corte «valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* devoluto al suo esame» e «stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre» (da ultimo, sentenze n. 181 del 2010 e n. 262 del 2009), quando si è in presenza di «questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità» (sentenza n. 262 del 2009).

Nella specie, è palese la pregiudizialità logico-giuridica delle censure riferite all'art. 76 Cost., giacché esse investono il corretto esercizio della funzione legislativa e, quindi, la loro eventuale fondatezza eliderebbe in radice ogni questione in ordine al contenuto precettivo della

norma in esame.

6.1.– I rimettenti denunciano la violazione dell'art. 76 Cost., deducendo che l'art. 43 non troverebbe «riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti», in quanto la legge-delega n. 50 del 1999 prevedeva il mero coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, e consentiva, nei limiti di tale coordinamento, le sole modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio.

7.– La questione è fondata.

8.– La norma impugnata disciplina l'istituto cosiddetto della «acquisizione sanante». In particolare essa dispone, fra l'altro, al comma 1, che, «valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni». Viene, poi, precisato, al comma 2, che l'atto di acquisizione («...a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio;».

Si tratta, dunque, della possibilità di acquisire alla mano pubblica un bene privato, in precedenza occupato e modificato per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico, anche nel caso in cui l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità sia venuta meno, con effetto retroattivo, in conseguenza del suo annullamento o per altra causa, o anche in difetto assoluto di siffatta dichiarazione («assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità»).

8.1.– La norma censurata è contenuta nel testo unico, in materia di espropriazioni, redatto in attuazione della legge n. 50 del 1999, a sua volta collegata alla legge 15 marzo 1997 n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), che aveva previsto un generale strumento permanente di semplificazione e di delegificazione.

In particolare, la delega riguardava il «riordino» delle norme elencate nell'allegato I alla legge n. 59 del 1997 (nel testo risultante a seguito dell'art. 1, legge 24 novembre 2000, n. 340 – Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1999), che contemplava, quale oggetto, il «procedimento di espropriazione per causa di pubblica utilità e altre procedure connesse: legge 25 giugno 1865, n. 2359; legge 22 ottobre 1971, n. 865».

8.2.– Il chiaro tenore delle norme richiamate rende palese che la delega oggetto delle medesime concerneva esplicitamente il tessuto normativo costituito dalle leggi n. 2359 del 1865 e n. 865 del 1971.

Il sistema dell'espropriazione per pubblica utilità risultante da dette leggi era articolato, in sintesi, in un procedimento che presupponeva il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e la fissazione di termini, con la connessa disciplina dei casi di indifferibilità ed urgenza. In seguito, la legge n. 865 del 1971 aveva previsto la concentrazione del procedimento in un'unica fase, ricollegando la dichiarazione di pubblica utilità, unitamente alla dichiarazione di indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche, all'approvazione dei progetti delle opere da parte degli organi competenti.

Successivamente, ed in presenza di una nutrita serie di patologie dei procedimenti amministrativi di espropriazione, consistenti nell'accertamento dell'occupazione sine titolo da parte della pubblica amministrazione, la giurisprudenza di legittimità aveva elaborato gli istituti

dell'occupazione «appropriativa» ed «usurpativa».

In sintesi, la prima era caratterizzata da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo, mentre la seconda era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità. Nel primo caso (il cui *leading case* si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464), l'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. cod. civ., in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura della «occupazione acquisitiva», limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato.

L'«occupazione usurpativa», invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, ab initio o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale non determinava dunque l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione.

8.3.— E' questo, in sostanza, il contesto normativo in cui è stato inserito il citato art. 43, comprensivo anche dei ricordati istituti di origine giurisprudenziale, i quali hanno nel tempo disciplinato la materia.

Nella redazione del testo unico il legislatore delegato era tenuto ad osservare i seguenti principi e criteri direttivi, contenuti nell'art. 7, comma 2, della citata legge n. 50: la puntuale individuazione del testo vigente delle norme (lettera b dell'art. 7 cit.); l'indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni (lettera c); il coordinamento «formale» del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo (lettera d).

La legge-delega imponeva, poi, l'indicazione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restavano comunque in vigore (lettera e) e l'esplicita abrogazione di tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolavano la materia oggetto di delegificazione, con espressa indicazione delle stesse in apposito allegato al testo unico (lettera f).

8.4.— Occorre verificare, pertanto, se il legislatore delegato abbia osservato i suindicati principi e criteri direttivi.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa si esplica attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione. Il secondo riguarda le norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega (ex plurimis, sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, n. 54 del 2007, n. 280 del 2004, n. 199 del 2003).

Pertanto, da un lato, deve farsi riferimento alla ratio della delega; dall'altro, occorre tenere conto della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme che siano un coerente sviluppo dei principi fissati dal legislatore delegato; dall'altro ancora, sebbene rientri nella discrezionalità del legislatore delegato emanare norme che rappresentino un coerente

sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore (sentenza n. 199 del 2003; ordinanza n. 213 del 2005), è nondimeno necessario che detta discrezionalità sia esercitata nell'ambito dei limiti stabiliti dai principi e criteri direttivi.

Inoltre, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, qualora la delega abbia ad oggetto, come nella specie, la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, queste finalità giustificano un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo, conseguito dal sovrapporsi, nel tempo, di disposizioni emanate in vista di situazioni ed assetti diversi. L'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è, tuttavia, ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato (sentenza n. 170 del 2007 e n. 239 del 2003).

8.5.– Alla luce di questi principi, risulta chiara la fondatezza delle censure svolte dai giudici rimettenti.

La legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale.

In primo luogo, non è dato ravvisare nelle leggi indicate nel citato allegato I, alla legge n. 59 del 1997, alcuna norma che potesse giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste.

Inoltre, neppure può farsi riferimento al contesto degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, in quanto più profili della cosiddetta «acquisizione sanante», così come disciplinata dalla norma censurata, eccedono con tutta evidenza dagli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, così come delineati da quegli orientamenti.

Il citato art. 43, infatti, ha anzitutto assimilato le due figure, introducendo la possibilità per l'amministrazione e per chi utilizza il bene di chiedere al giudice amministrativo, in ogni caso e senza limiti di tempo, la condanna al risarcimento in luogo della restituzione. Peraltro, esso estende tale disciplina anche alle servitù, rispetto alle quali la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della cosiddetta occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non applicabile all'acquisto di un diritto reale in re aliena, in quanto difetta la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica.

Infine, la norma censurata differisce il prodursi dell'effetto traslativo al momento dell'atto di acquisizione.

Si tratta di elementi di sicuro rilievo e qualificanti, i quali dimostrano che la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi. Siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato.

Il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega. Questa Corte ha in proposito affermato, infatti, che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assumere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega» (sentenze n. 340 del 2007 e n. 68 del 1991). In contrario, non giova dedurre, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, che il legislatore delegato abbia inteso tenere conto delle censure mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo alla pratica delle espropriazioni «indirette».

Indipendentemente sia da ogni considerazione relativa al fatto che ciò non era contemplato nei principi e criteri direttivi di cui al più volte citato art. 7 della legge n. 50 del 1999, sia dal legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU, che in questa sede non è possibile sciogliere, quella prefigurata costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei. E neppure è mancato qualche rilievo in questo senso della Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (Causa Sciarrotta ed altri c. Italia – Terza Sezione – sentenza 12 gennaio 2006 – ricorso n. 14793/02).

Anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità.

Alla stregua dei rilievi svolti, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, poiché la disciplina inerente all'acquisizione del diritto di servitù, di cui al comma 6 bis, appare strettamente ed inscindibilmente connessa con gli altri commi, sia per espresso rinvio alle norme fatte oggetto di censura, sia perché ne presuppone l'applicazione e ne disciplina ulteriori sviluppi applicativi (cfr. sentenza n. 18 del 2009).

9.– La pronuncia di illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 76 Cost., determina l'assorbimento delle questioni poste con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 113 e 117, primo comma, Cost.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 ottobre 2010.

Un duplice commento alla decisione 22 gennaio 2010 n. 1170 della Cassazione tributaria

Litisconsorzio necessario in caso di contenzioso a carico di una società di persone

Procedimento tributario – Accertamento in rettifica delle dichiarazioni dei redditi di società di persone – Ricorso proposto da un socio – Ricorso fondato su eccezione personale – Litisconsorzio necessario originario nel processo tributario – Insussistenza – Ragioni (D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, art. 5; D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, art. 40; D.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 14, 29).

1.- In lite relativa ad accertamento IRPEF, consequenziale ad accertamento ILOR nei confronti di società di persone, promossa dal socio, se il socio non contesta l'accertamento societario ma si limiti ad eccepire la propria estraneità (perché prestanome di terzi) alla compagine sociale tale eccezione è personale e non comporta l'applicazione del litisconsorzio necessario.

1.- La presente sentenza si segnala all'attenzione, in primo luogo, per aver aderito all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale espresso, per la prima volta, dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 14815 del 4 giugno 2008, secondo cui: *“la unitarietà dell'accertamento che è (o deve essere) alla base della rettifica delle dichiarazioni dei redditi delle società ed associazioni di cui all'art. 5 TUIR e dei soci delle stesse (Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, articolo 40) e la conseguente automatica imputazione dei redditi della società a ciascun socio proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione degli stessi, comporta che il ricorso proposto da uno dei soci o dalla società, anche avverso un solo avviso di rettifica, riguarda inscindibilmente la società ed i soci (salvo che questi prospettino questioni personali), i quali tutti devono essere parte nello stesso processo, e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi (Decreto Legislativo n. 546 del 1992, articolo 14, comma 1), perché non ha ad oggetto la singola posizione debitoria del o dei ricorrenti, bensì la posizione inscindibilmente comune a tutti i debitori rispetto all'obbligazione dedotta nell'atto autoritativo impugnato, cioè gli elementi comuni della fattispecie costitutiva dell'obbligazione (Cass. SS.UU. 1052/2007); trattasi pertanto di fattispecie di litisconsorzio necessario originario, con la conseguenza che:*

- il ricorso proposto anche da uno soltanto dei soggetti interessati, destinatario di un atto impositivo, apre la strada al giudizio necessariamente collettivo ed il giudice adito in primo grado deve ordinare l'integrazione del contraddittorio (a meno che non si possa disporre la riunione dei ricorsi proposti separatamente, ai sensi del Decreto Legislativo n. 546 del 1992, articolo 29);

- il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorti ne-

cessari è nullo per violazione del principio del contraddittorio di cui all'articolo 101 c.p.c. e articolo 111 Cost., comma 2, e trattasi di nullità che può e deve essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento, anche d'ufficio". (conformi Cassazione civile, sez. tributaria, 6 aprile 2009, n. 8253; Cassazione civile, sez. tributaria, 4 dicembre 2009, n. 25567).

La sentenza oggetto della presente disamina concerne l'accertamento di un maggior reddito sociale tassabile ai fini ILOR, da cui deriva necessariamente l'accertamento, relativamente al periodo d'imposta considerato, di un reddito di partecipazione tassabile ai fini IRPEF a carico dei soci di una società di persone (art. 5 D.P.R. n. 917/1986 e art. 40 D.P.R. n. 600/1973). Il Collegio, nel caso di specie, pur richiamando il principio di diritto sopra esposto, ne ha escluso l'operatività poiché *"rispetto a tale contestazione, il socio ha sollevato la questione dell'interposizione di persona, al fine di negare la propria legittimazione passiva in ordine alla pretesa erariale. Pertanto, trattandosi di eccezione personale relativa alla persona del socio, contribuente, che non pone in discussione né l'esistenza né la quantificazione del maggior reddito della società personale, non è operante nella specie il principio affermato nella sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 14815 del 4 giugno 2008"*.

Il principio di diritto esposto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sent. n. 14815 del 4 giugno 2008 ha costituito una coraggiosa e opportuna scelta di campo a favore della semplificazione del contenzioso tributario, in caso di accertamento di maggiori redditi a carico degli enti di cui all'art. 5 del D.P.R. 917/1986. Prima di tale pronuncia, infatti, dottrina e giurisprudenza non avevano mai dubitato che, poiché la società e i singoli soci sono distinti debitori d'imposta, portatori di distinti interessi, potessero sia collettivamente (ossia con un unico atto) che separatamente (ossia con una pluralità di atti) impugnare in sede contenziosa gli atti di accertamento ognuno per il profilo che lo riguardasse. Nessun problema si poneva nel caso in cui i soci e la società proponevano un ricorso cumulativo. In tali casi, infatti, il giudice adito doveva semplicemente accertare il reddito della società per l'anno in contestazione e determinare, in conseguenza di quanto accertato nei confronti della società, quale fosse, ai fini IRPEF, il reddito di partecipazione dei singoli soci. La difficoltà nasceva qualora, come è costante nella pratica del contenzioso tributario, i vari atti di accertamento fossero oggetto di distinti atti di impugnazione. Posto che i vari ricorsi, salvo il caso in cui il singolo socio prospetti questioni personali, quali ad esempio la propria qualità di socio o la propria quota di partecipazione alla società, sono volti all'accertamento dei medesimi fatti, si era palesata la necessità di una regola generale che fosse in grado di disciplinare il concorso tra i vari rimedi giurisdizionali proposti. La precedente giurisprudenza di legittimità era solita ritenere che tra il contenzioso relativo all'accertamento a carico della società e quello relativo ai singoli soci esistesse un vincolo di consequenzialità necessaria << *in virtù del quale, nel caso di*

*autonoma e distinta instaurazione delle relative vertenze dinanzi al giudice tributario, si rende inevitabile che la decisione intervenuta nel primo dei suddetti contenziosi si rifletta sulla pronuncia afferente al secondo, il che impone al giudice chiamato a statuire su quest'ultimo di prendere atto della decisione intervenuta nella prima controversia, anche se, in ragione dei limiti soggettivi stabiliti dall'articolo 2909 cod. civ., il giudicato che si formi nei rapporti tra la società e l'erario in relazione all'ILOR non è opponibile al socio, che non sia stato parte in detto contenzioso, per l'IRPEF da lui dovuta sui redditi posseduti nel periodo, compreso il reddito di partecipazione alla società >>>. Secondo tale giurisprudenza, dunque, in tali casi non ricorreva una situazione di litisconsorzio necessario tra la società e i soci né sarebbe stato altrimenti ravvisabile un rapporto di pregiudizialità che imponesse la necessaria sospensione del giudizio relativo ai soci, in attesa della definizione di quello avente ad oggetto l'accertamento del reddito della società; nei confronti dei soci, infatti, non era opponibile il giudicato relativo al reddito della società, formatosi senza la partecipazione degli stessi al processo (Cass. 14417/2005; conf. 9446/2006). Allo stesso modo, la società non poteva considerarsi parte necessaria del giudizio relativo all'opposizione proposta dal socio contro l'accertamento del proprio reddito di partecipazione, non ricorrendo, nemmeno in tale specifica ipotesi, una situazione di litisconsorzio necessario (Cass. sent. 25 giugno 2005 n. 13814). I giudici di merito, per non contraddire tale orientamento della giurisprudenza di legittimità, da un lato, non sospendevano i giudizi promossi dai singoli soci, in attesa della definizione, con sentenza passata in giudicato, di quelli promossi dalla società, dall'altro, però, risolvevano le cause introdotte dai soci facendo propria la sentenza emessa dai giudici di primo grado nei confronti delle società, fingendo di aver valutato in modo autonomo i medesimi elementi già vagliati dalla precedente pronuncia. Una simile prassi non solo implicava il moltiplicarsi del contenzioso ma non escludeva, che per tale via, si giungesse a giudicati tra loro contrastanti. E' evidente che, tale essendo lo stato delle cose, spettava al legislatore intervenire, determinando una puntuale disciplina della materia. A fronte del silenzio normativo, le Sezioni Unite della Cassazione con il principio di diritto espresso attraverso la sent. n. 14815, che, lungi dal rimanere una pronuncia isolata, è stata alla base di numerose altre sentenze della Corte di Cassazione, si sono sostituite al legislatore, rivoluzionando la precedente giurisprudenza in materia. (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sent. 4 giugno 2008, n. 14815, *Guida al diritto* 2008, 34, pp. 69-71, con nota di M. FINOCCHIARO, *Una coraggiosa scelta di campo in favore della semplificazione*).*

** *** **

Procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia e sua opponibilità al Fisco

Giudizio civile e penale (rapporto) – Cosa giudicata penale – Autorità nel processo tributario – Sentenza emessa a seguito di procedimento di prevenzione ex l. 575/65 – Oggetto – Confisca di quote di società di persone ritenute nella disponibilità di soggetto terzo indiziato di mafia – Valore di giudicato in ordine alla estraneità dell'intestatario al rapporto societario – Esclusione – Ragioni. (L. 575/1965, art. 2 *ter*; Cod. Civ. art. 2909; Cod. Proc. Civ. art. 654; D.P.R. 600/73 art. 37).

2.- Non sono opponibili al Fisco i giudicati resi in procedimenti di prevenzione, che dispongono la confisca di un bene ai sensi della normativa antimafia, anche ove tali giudicati accertino la fittizia intestazione di un bene ad altro soggetto, di conseguenza per il Fisco, obbligati al pagamento dei tributi derivanti da quel bene sono gli intestatari formali, salvo il rimborso di quanto pagato, ex art. 37 DPR 600/73, una volta accertata in via definitiva anche dal Fisco la fittizia intestazione.

2.- Ciò che più interessa, però, è il nucleo centrale della sentenza, sul quale si fonda la seconda massima sopra esposta e secondo cui: alla sentenza emessa a seguito del procedimento di prevenzione, disciplinato dalla legge n. 575 del 1965, avente ad oggetto la confisca di quote sociali ritenute nella disponibilità di una persona diversa dall'intestatario, indiziata di appartenenza ad associazione di tipo mafioso, non può essere riconosciuto valore di giudicato nel processo tributario promosso dal titolare formale delle quote sociali, al fine di dimostrare la propria estraneità rispetto al rapporto societario e, quindi, evitare l'imputazione dei redditi di partecipazione secondo quanto dispone l'art. 5 del D.P.R. n. 917/86. Il presupposto per l'adozione della misura di prevenzione antimafia, infatti, consiste nell'esistenza di un rapporto con il bene che include situazioni giuridiche anche formalmente non riconducibili alla categoria dei diritti reali, risultando, invece, sufficiente la possibilità, da parte del terzo appartenente alla consorteria mafiosa, dell'utilizzo di fatto di un bene intestato ad altri (Corte di Cassazione, sent. 22 gennaio 2010, n. 1166, *CED Cassazione 2010, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex 24*).

Ma vediamo come la Corte di Cassazione ha nello specifico argomentato per giustificare la non opponibilità, al Fisco, del giudicato formatosi nel procedimento di prevenzione. La struttura portante del ragionamento giudiziale poggia essenzialmente su due assunti. Il primo, che il Collegio ritiene di poter dedurre dalla preventiva disamina della giurisprudenza di legittimità, coincide con la tesi in base alla quale << *in materia di prevenzione non è applicabile il principio dell'intangibilità della decisione, in quanto non può verificarsi una situazione di "cosa giudicata" in senso proprio* >>. Il secondo assunto, che si fonda sui limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato di prevenzione, secondo quanto disposto dall'articolo 2909 del codice civile, si risolve nella seguente presa d'atto: << *sotto il profilo soggettivo, il soggetto che si assume interponente non è parte del presente giudizio. Quanto ai limiti oggettivi, la legislazione antimafia di cui alla L. n. 575 del 1965 prevede la confisca dei*

*beni che, benché appartenenti a terzi, si trovino comunque nella disponibilità del soggetto “proposto”, al fine di evitare che vengano eluse le misure patrimoniali che si intendono infliggere e l’organizzazione criminale o l’affiliato possano godere di illeciti proventi. L’unico requisito richiesto dalla citata legge, ai fini dell’applicazione delle misure di prevenzione del sequestro e della confisca, è che l’associato disponga, direttamente o indirettamente del bene, a nulla rilevando che ne sia o meno giuridicamente il proprietario. Vi è, dunque, una dilatazione del concetto civilistico di “appartenenza”, che viene esteso sino ad includere nella figura anche situazioni giuridiche non formalmente riconducibili alla categoria dei diritti reali, risultando sufficiente che il soggetto possa di fatto utilizzare il bene, anche se apparentemente appartenente a terzi>>. Secondo la Corte, però, la controversia in esame riguarda una fattispecie diversa da quella appena esposta, riguarda, cioè, l’accertamento, relativamente al periodo d’imposta considerato, di un reddito di partecipazione tassabile ai fini IRPEF a carico dei soci di una società di persone. La questione dell’interposizione di persona, dunque, rispetto al presente *thema decidendum*, è stata introdotta da contribuente al solo scopo di negare la propria legittimazione passiva rispetto al rapporto tributario in questione. Una simile eccezione, quindi, a vista della Corte, non risulta pertinente, non essendo in discussione un accertamento ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, la cui disciplina risulta invocabile dagli interposti solo qualora, diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, << provino di aver pagato imposte in relazione a redditi successivamente imputati ad altro contribuente e l’amministrazione procede al rimborso solo dopo che l’accertamento nei confronti dell’interponente sia divenuto definitivo ed in misura non superiore all’imposta effettivamente percepita a seguito di tale accertamento >>. Da qui la conclusione che, stante l’oggettiva differenza dei rapporti giuridici controversi nelle rispettive sedi, soggetto passivo del rapporto tributario, oggetto di tale giudizio, è il preteso interposto, il quale, difettando dei requisiti sopra menzionati, non può invocare la disciplina prevista dall’art. 37, commi 3 e 4 del D.P.R. n. 600/73.*

Quanto al primo assunto, è giurisprudenza costante che il principio dell’intangibilità del giudicato operi, in tema di misure di prevenzione, nei limiti della condizione *rebus sic stantibus* (L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure “antimafia” tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Cedam, 2002, p. 589). A tal fine è opportuno richiamare quanto disposto dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza del 7 febbraio 2000, *Madonia*, richiamata nella motivazione della presente sentenza dalla stessa Corte. Nella causa *Madonia*, la Suprema Corte ha affermato che i provvedimenti relativi alle misure di prevenzione danno luogo ad una preclusione processuale tale da impedire a qualsiasi giudice di prendere cognizione della questione già decisa, in mancanza di deduzione di fatti nuovi

modificativi della situazione definita allo stato degli atti. La Corte, attraverso tale sentenza, ha chiarito che la preclusione ha, in questo ambito, una efficacia più ristretta di quella propria del giudicato perché include solo le questioni dedotte e non anche quelle deducibili, restando condizionata alla situazione di fatto che, solo se immutata, rende applicabile il principio del *ne bis in idem*. Secondo le Sezioni unite, dunque, i provvedimenti relativi alle misure di prevenzione hanno natura sostanziale di sentenza e acquistano un'intangibilità relativa, divenendo suscettibile di costituire un ostacolo all'istaurarsi di un analogo procedimento. Nel caso di specie, la Corte ha precisato che nessuna preclusione deriva da un precedente rigetto della richiesta di sequestro dei beni dell'indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa, in quanto nessuno sbarramento può derivare dall'esercizio di poteri cautelari del tribunale, *essendo quello in esame un provvedimento non suscettibile di passare in cosa giudicata*. Le Sezioni unite hanno trovato una conferma normativa di tale tesi nell'art. 7, comma 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423, il quale dispone che il provvedimento applicativo delle misure di prevenzione, su istanza dell'interessato e sentita l'autorità di pubblica sicurezza che lo ha proposto, può essere revocato o modificato dall'organo che lo ha emanato, quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato. Ciò, secondo la Cassazione, costituisce conferma dei limiti preclusori del << giudicato di prevenzione >>, essendo relativa l'immutabilità del provvedimento definito *rebus sic stantibus* che, accertando la pericolosità sociale di una persona, *non ha il crisma della definitività*, poiché gli elementi non presi in considerazione sfuggono alla preclusione. La Corte prosegue affermando che la misura di prevenzione, poiché finalizzata al contenimento della pericolosità sociale e quindi alla prevenzione dei reati, vista anche la sua affinità con le misure cautelari, ha carattere strumentale e, dunque, *ha insita la provvisorietà*. La conclusione alla quale le Sezioni unite giungono in materia di prevenzione "è l'inapplicabilità del principio dell'intangibilità della decisione, in quanto non può verificarsi una situazione di << cosa giudicata >> in senso proprio" (Cass. Sez. un., 7 febbraio 2001, *Madonia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2050; conformi Cass. Sez. un., 3 luglio 1996, *Simonelli ed altri*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3609; Cass., sez. I, 31 marzo 1995, *Seccia*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 921; Cass., sez. I, 3 dicembre 1993, *Labate ed altri*, *Cass. pen.*, 1995, p. 163; Cass., sez. V, 3 febbraio 1998, *Damiani*, *Cass. pen.* 1999, p. 1599; Cass., sez. II, 21 marzo 1997, *Nobile ed altri*, *Cass. pen.* 1997, p. 3170; Cass., sez. I, 29 luglio 1993, *Alula*, *Cass. pen.*, 1995, p. 164).

Le teorie della giurisprudenza e della dottrina, fino ad oggi dominanti, però, sono destinate a cadere di fronte alle modifiche apportate alla L. 575/65 con la L. 25 luglio 2009 n. 94, prima, e con la L. 31 marzo 2010 n. 50, poi. La legge 15 luglio 2009 n. 94, infatti, al comma 6 *bis* dell'art. 2, L. 575/65, ha disposto che: "*le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono es-*

sere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione". Ora, se le misure di prevenzione patrimoniale possono essere applicate a prescindere dalla pericolosità sociale del soggetto, è chiaro che la tesi della Corte di Cassazione, secondo cui la sentenza resa al termine di un procedimento di prevenzione ha insito il carattere della provvisorietà poiché accerta la pericolosità sociale del soggetto, non può più essere condivisa. Dal tenore letterale della norma, difatti, si evince che, al termine di un procedimento di prevenzione, il giudice può emettere una sentenza, che disponga la confisca di beni, indipendentemente dalla pericolosità sociale o meno del soggetto proposto. In attesa che la Suprema Corte si pronunci al riguardo e a prescindere dalla copiosa giurisprudenza prima riportata, la sentenza resa al termine del procedimento di prevenzione non potrebbe, comunque, essere opponibile al Fisco, come già disposto dal giudice di seconde cure, poiché il giudicato penale è opponibile al Fisco solo ove quest'ultimo si sia, ai sensi dell'art. 654 c.p.p., costituito parte civile nel processo penale, costituzione, però, non ricorrente nel caso di specie. Ma come può il Fisco divenire parte del procedimento di prevenzione? Ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma 5, della legge 575 del 1965 "*se risulta che i beni sequestrati appartengano a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca*". Sulla scorta di tale disposizione, si potrebbe dedurre che il terzo, formale intestatario dei beni, possa, nello svolgere le proprie difese, chiamare in causa il Fisco. Si deve però considerare che, secondo l'interpretazione dominante, non solo la presenza dei terzi, formali proprietari dei beni, nel procedimento di prevenzione è meramente eventuale, per cui la loro mancata citazione non comporta la nullità del procedimento ma una mera irregolarità che, in quanto tale, non inficia né il medesimo procedimento né l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, ma soprattutto, si deve considerare che, anche qualora il terzo fosse chiamato ad intervenire in causa e una volta intervenuto decidesse di chiedere l'intervento del Fisco, l'istanza da lui proposta potrebbe essere respinta. A ciò si deve aggiungere che la L. 31 marzo 2010 n. 50, modificando l'art. 2 *sexies*, ha introdotto, attraverso il comma 15, la seguente statuizione: "*Nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o società sequestrate, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del codice civile*". Ora, è lecito chiedersi come i giudici, tanto di merito quanto di legittimità, interpreteranno tale norma. Invero, se i crediti erariali si estinguono, *ex art. 2 sexies*, comma 15, potrebbe addirittura non porsi il problema dell'opponibilità della sentenza al Fisco al quale più nulla

è dovuto ma, poiché l'estinzione dei crediti erariali deriva dalla “*confisca dei beni, aziende o società confiscati*”, e, quindi, scaturisce dalla sentenza emessa a seguito del procedimento di prevenzione, i giudici potrebbero, ancora una volta, decidere per la non opponibilità al Fisco della sentenza e, di conseguenza, dell'estinzione dei crediti, nel caso in cui il Fisco non avesse preso parte al procedimento di prevenzione. Allo stato degli atti, dunque, non esiste una puntuale disciplina che assicuri una piena tutela del terzo, che gli consenta, nello specifico, di far intervenire il Fisco nel procedimento di prevenzione, così da rendergli opponibile la decisione resa al termine del procedimento di prevenzione. A nostro avviso se il decreto di prevenzione è destinato a estinguere per confusione i crediti dell'Erario, le svariate amministrazioni titolari di tali crediti devono essere chiamate in giudizio, pena la violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 111 della Carta. Il momento della chiamata in causa va individuato nella fase di merito successiva al sequestro di prevenzione, su rapporto dell'amministratore nominato in quella cautelare sede.

Passando alla disamina del secondo assunto, sul quale la Suprema Corte ha fondato la motivazione della sentenza oggetto di studio, l'art. 2 *ter*, comma 2 della l. 575 del 1965 richiede, ai fini dell'adozione del sequestro e della successiva confisca, che “risulti” che il proposto sia nella disponibilità diretta o indiretta del bene, esigendo, quindi, la prova, e non semplici indizi, di tale disponibilità. Siffatto presupposto non richiede che la persona nei cui confronti è stato iniziato un procedimento di prevenzione risulti titolare del diritto sul bene; la legge, infatti, richiede un requisito assai meno pregnante, quello cioè della disponibilità diretta o indiretta sulla *res*, ossia un potere di fatto, sintomatico dell'effettiva appartenenza *uti dominus* sulla cosa. In dottrina si è precisato che il concetto di disponibilità non deve necessariamente concretarsi in tipici istituti giuridici, essendo sufficiente che il proposto utilizzi, di fatto, i beni, anche se formalmente appartenenti ad altri, come se ne fosse il proprietario (L. FILIPPI *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure “antimafia” tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, cit., p. 213 – 214; A. GIORDA e G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa 2007, p. 7610). Questo rapporto di disponibilità, invero, si impernia su di una situazione di mero fatto, in virtù della quale si abbia un'utilizzazione autonoma del bene purché, ai fini dell'applicazione della presente disciplina, non occasionale o temporanea (C. TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Giuffrè 1988, p. 253). In tale contesto, dunque, il concetto di “disponibilità” si avvicina alla nozione civilistica di possesso, che si realizza anche attraverso la detenzione dei beni di proprietà altrui. Infatti, l'art. 2 *ter*, comma 5, l. 575/1965 prevede che la confisca sia possibile anche nel caso in cui risulti che i beni sequestrati appartengano a terzi. “Appartenenza”, dunque, non è sinonimo di “disponibilità”, ma sta ad indicare

la mera titolarità formale del diritto di proprietà o di altri diritti reali o relativi sulla cosa, che solo apparentemente implicano la disponibilità del bene. Pertanto, la formale intestazione dei beni a terzi non preclude la possibilità del sequestro e della successiva confisca di prevenzione poiché il concetto di “disponibilità” di cui all’art. 2 *ter*, comma 2, l. 575/1965, è previsto anche nella forma indiretta che, in concreto, consiste nella fittizia intestazione del bene a terzi. Ai fini del sequestro e della confisca è dunque sufficiente provare che il soggetto proposto possa in qualsiasi maniera determinare la destinazione o l’impiego del bene (L. FILIPPI *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure “antimafia” tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, cit., p. 214 – 218).

Il Collegio, una volta trattato il tema della disponibilità del bene, ha concluso sostenendo che la questione della disponibilità diretta e indiretta del bene e quella relativa dell’interposizione di persona esulano dal *thema decidendum* della presente causa poiché sono state introdotte dal ricorrente al solo fine di escludere la legittimazione passiva rispetto al rapporto tributario in questione. La Corte, come già sopra menzionato, ha dunque negato che una simile eccezione possa risultare pertinente, non essendo in discussione un accertamento ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37. Ora, se è vero che il terzo interposto non possa invocare la norma ora citata nella parte in cui dispone che “*le persone interposte, che provino di aver pagato imposte in relazione a redditi successivamente imputati, a norma del comma terzo, ad altro contribuente, possono chiederne il rimborso*”, in quanto il terzo non afferma, né prova di aver pagato imposte su redditi imputati ad altro contribuente, non è sufficientemente motivata la non applicazione, nel caso di specie, del comma 3 dell’art. 37 D.P.R. 600/73, il quale ordina che “*in sede di rettifica o di accertamento d’ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l’effettivo possessore per interposta persona*”. Orbene, volendo escludere l’efficacia di giudicato alla sentenza emessa in seguito al procedimento di prevenzione e la sua opponibilità al Fisco, è possibile che una sentenza, che provi che un determinato bene sia nell’effettiva disponibilità del soggetto proposto, non possa nemmeno configurare gli estremi di quelle presunzioni gravi, precise e concordanti, richieste dall’art. 37 D.P.R. 600/73, allo scopo di dimostrare che un determinato contribuente sia l’effettivo possessore di un bene per interposta persona e dunque il soggetto passivo del rapporto tributario?

Da tutto quanto detto emerge come il terzo interposto, formale titolare dei beni, non goda di una piena tutela e di un pieno diritto alla difesa. E’ evidente che il vuoto normativo è una scelta del legislatore che riflette istanze e preoccupazioni politico-criminali. A ben vedere, anche nelle decisioni dei giudici gioca un ruolo non affatto secondario l’interferenza di giudizi di va-

lore, relativi al carattere illecito e moralmente riprovevole del contesto-base in cui la condotta si inserisce. La Corte, infatti, nel motivare la propria decisione, ha chiarito come il criterio della “disponibilità” sia utilizzato “*al fine di evitare che vengano eluse le misure patrimoniali che si intendono infliggere e l’organizzazione criminale o l’affiliato possano godere di illeciti proventi*”. Sebbene i terzi intestatari di beni, siano essi estranei o parenti dell’effettivo possessore, possano essersi resi titolari dei beni anche volontariamente e fruire di questi, determinando, così, una concatenazione di interessi e, dunque, l’agevolazione dell’associazione illecita, l’intestazione di beni, non infrequentemente, non costituisce indice di connivenza con l’indiziato. Spesso, infatti, l’intestazione fittizia, si tratti di estranei o di soggetti di cui all’art. 2 *bis*, comma 2, è in pratica subita o imposta dal terzo. In questi casi, anche in ragione del principio dell’effettiva capacità contributiva ex art. 53 della Costituzione, non sembra legittimo che a pagare i tributi sui beni oggetto del presente studio siano i terzi che, benché risultino i formali titolari, dispongano del bene solo apparentemente. E’ evidente che, al fine di evitare che la fittizia intestazione di beni costituisca un troppo comodo marchingegno per eludere il sequestro prima e la confisca poi di tali beni, l’intervento preventivo di tipo patrimoniale sia irrinunciabile, ma, d’altra parte, non si può continuare a non tener conto di come esista una zona grigia costituita da tutti coloro che, benché intestatari del bene, non solo non ne abbiano mai goduto ma abbiano subito l’imposizione di tale intestazione. In tal senso, un importante passo avanti è stato fatto con la legge 31 marzo 2010, n. 50 che, in sede di conversione del D.L. 4 febbraio 2010, n. 4, all’art. 2 *ter*, comma 5, L. 575/65, ha aggiunto che “*per i beni immobili sequestrati in quota indivisa, o gravati da diritti reali di godimento o di garanzia, i titolari dei diritti stessi possono intervenire nel procedimento con le medesime modalità al fine dell’accertamento di tali diritti, nonché della loro buona fede e dell’inconsapevole affidamento nella loro acquisizione*”. Sebbene il limitato ambito di applicazione, che si estende ai soli beni immobili sequestrati in quota indivisa, o gravati da diritti reali di godimento o garanzia, piuttosto che, come sarebbe auspicabile, a tutti i beni indistintamente gravati da diritti di terzi, la norma, finalmente, sancisce la possibilità per i terzi titolari di tali diritti di prender parte al procedimento di prevenzione, anziché far valere i propri diritti attraverso incidente di esecuzione. L’art. 2 *ter*, comma 5, inoltre, dispone che “*con la decisione di confisca, il tribunale può, con il consenso dell’amministrazione interessata, determinare la somma spettante per la liberazione degli immobili dai gravami ai soggetti per i quali siano state accertate le predette condizioni*”. Posto che uno dei motivi principali del mancato riutilizzo dei beni immobili confiscati sia proprio quello della presenza su tali beni di diritti reali di garanzia o di godimento, la modifica introdotta permette che i beni immobili, una volta confiscati, possano essere destinati ad una delle finalità

di cui all'art. 2 *undecies*, L. 575/65, a prescindere dal riconoscimento o meno dei diritti dei terzi, cui spetterà eventualmente una mera tutela risarcitoria.

Ciò che sembra condurre ad una concreta svolta, in realtà, è la parte dell'art. 2 *ter* che oggi prevede che “*quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con la sentenza che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione. Ai fini di cui al comma precedente, fino a prova contraria si presumono fittizi:*

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione”.

Orbene, qualora la sentenza emessa al termine di un procedimento di prevenzione, con cui il giudice abbia accertato che taluni beni confiscati siano stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi e attraverso la quale abbia dichiarato la nullità dei relativi atti di disposizione, fosse opponibile al Fisco, non si porrebbero problemi di sorta circa l'individuazione del soggetto al quale imputare i redditi derivanti da tali beni. Alla luce delle recenti modifiche apportate alla L. 575/65, è chiaro che lo stato di incertezza generato dall'indeterminatezza della vigente normativa in materia, sarebbe superato solo attraverso ulteriori e mirati interventi del legislatore, il quale, tra l'altro, potrebbe inserire nell'art. 37 del D.P.R. 600 del 1973 un ulteriore periodo che specifichi che la sentenza emessa al termine di un procedimento di prevenzione che accerti che il bene sia nella disponibilità di un soggetto diverso da quello che appare il legittimo proprietario, costituisca piena prova ai fini di quanto è disposto dall'art. 37, comma 3, del D.P.R. 600/73. Insomma, in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio dovrebbero essere imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, al termine di un procedimento di prevenzione, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona, salvo che, durante il procedimento di prevenzione, non sia dimostrato che anche il terzo interposto abbia effettivamente goduto della disponibilità del bene e quindi dei redditi che da esso derivano.

Un'ultima notazione. L'art. 53 Cost. non consente di colpire una capacità contributiva fittizia, quale quella dell'apparente titolare dei beni. Pertanto, poiché questi non ha che la possibilità di segnalare all'ufficio delle Entrate le circostanze di cui all'art. 37 co. 3 D.P.R. 600/73, mentre l'Ufficio potrebbe non emettere l'accertamento per un ventaglio di ragioni (prima la decadenza) contro il vero titolare, così consentendo all'apparente titolare il rimborso *ex* art. 37 co. 4, va concluso, che, a seguito della disposizione che dispone la estinzione dei crediti erariali sui cespiti confiscati, l'interposto possa giovare

di tale forma di estinzione dell'obbligazione, in quanto assume la posizione sostanziale di garante delle obbligazioni tributarie derivate dalle situazioni in cui figura, così ottenendo il rimborso.

*Dott.ssa Sara Lucia**
*Avv. Roberto De Felice***

Corte di cassazione, Sez. Tributaria, sentenza del 22 gennaio 2010 n. 1170 - Pres. Plenteda, Rel. Giacalone, P.M. Apice - R.A. (avv. Rossi Lucio Modesto Maria) c. Agenzia delle entrate, Ministero dell'economia e delle finanze (avv. gen. Stato). Sent. Comm.Trib. Reg. Napoli n. 149/2004.

(Omissis)

Svolgimento del processo

La controversia ha ad oggetto l'impugnativa proposta dal contribuente sopra indicato avverso l'avviso di accertamento in rettifica dei redditi di partecipazione IRPEF per il periodo d'imposta in contestazione, determinati D.P.R. n. 917 del 1988, ex art. 5 a seguito di rettifica operata a carico della società di persone di cui era socio, assumendo di essere estraneo all'accertamento in forza di sentenza in procedimento di prevenzione che aveva riconosciuto la totale disponibilità delle quote in capo ad altra persona, effettivo possessore del reddito per interposte persone, costituite da tutti gli altri soci.

La C.T.P. rigettava il ricorso; la C.T.R., con la sentenza in epigrafe, respingeva l'appello del contribuente, affermando che l'invocata sentenza non poteva avere alcuna efficacia probatoria, neanche indiziante, nel presente giudizio, posto che il procedimento di prevenzione comporta una valutazione a carattere essenzialmente sintomatico circa la pericolosità sociale del proposto, che si fonda su indizi di qualsiasi specie idonei a sorreggere il convincimento dei giudici.

Avverso tale decisione, la parte privata propone ricorso per cassazione, con due motivi; la parte erariale resiste con controricorso.

Motivi della decisione

Va dichiarato inammissibile il ricorso proposto nei confronti del Ministero, il quale non è stato parte del giudizio di appello, instaurato dopo il 1 gennaio 2001 (Cass. S.U. n. 3116 e 3118/06).

Col primo motivo, la parte ricorrente deduce violazione dell'art. 2909 c.c., art. 654 c.p.p., D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3 e D.P.R. n. 917 del 1986, art. 5 perchè la C.T.R. avrebbe in modo inconferente interpretato ed applicato l'art. 654 c.p.p., dato che nella specie, caratterizzata da confisca delle quote sociali a seguito di procedimento di prevenzione ai sensi della L. n. 575 del 1965, avrebbe dovuto applicarsi l'art. 2909 c.c., essendosi il Tribunale pronunciato, con sentenza definitiva, non sulla sussistenza di comportamenti penalmente rilevanti,

(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(**) Avvocato dello Stato.

ma sulla titolarità di un diritto su un bene (quote sociali) con gli effetti civilistici della cosa giudicata; dovendosi imputare il reddito all'effettivo possessore e non al titolare meramente apparente e considerare, ove si voglia ricondurre la fattispecie all'art. 654 c.p.p., la contraddittorietà che emergerebbe dal giudizio di prevenzione e da quello tributario in ordine alla figura dello Stato, non potendo l'efficacia della sentenza di accertamento della titolarità dei beni confiscati essere "ripudiata" e contraddetta nel procedimento di accertamento tributario.

La decisione impugnata resiste alle censure mosse con tale motivo.

Invero, la controversia concerne l'accertamento di un maggior reddito sociale tassabile ai fini ILOR, da cui deriva necessariamente l'accertamento, relativamente al periodo d'imposta considerato, di un reddito di partecipazione tassabile ai fini IRPEF a carico dei soci di una società di persone (D.P.R. n. 917 del 1986, art. 5 e D.P.R. n. 600 del 1973, art. 40). Rispetto a tale contestazione, il socio ha sollevato la questione dell'interposizione di persona, al fine di negare la propria legittimazione passiva in ordine alla pretesa erariale. Pertanto, trattandosi di eccezione personale relativa alla posizione del socio, contribuente, che non pone in discussione né l'esistenza né la quantificazione del maggior reddito della società personale, non è operante nella specie il principio affermato nella sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 14815 del 4 giugno 2008, secondo cui l'unitarietà dell'accertamento che è (o deve essere) alla base della rettifica delle dichiarazioni dei redditi delle società ed associazioni di cui all'art. 5 TUIR e dei soci delle stesse (D.P.R. n. 600 del 1973, art. 40) e la conseguente automatica imputazione dei redditi della società a ciascun socio proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione degli stessi, comporta che il ricorso proposto da uno dei soci o dalla società, anche avverso un solo avviso di rettifica, riguarda inscindibilmente la società ed i soci (salvo che questi prospettino questioni personali), i quali tutti devono essere parte nello stesso processo, e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi (D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 14, comma 1), perchè non ha ad oggetto la singola posizione debitoria del o dei ricorrenti, bensì la posizione inscindibilmente comune a tutti i debitori rispetto all'obbligazione dedotta nell'atto autoritativo impugnato, cioè gli elementi comuni della fattispecie costitutiva dell'obbligazione;

trattasi pertanto di fattispecie di litisconsorzio necessario originario, con la conseguenza che il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorti è nullo per violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c. e art. 111 Cost., comma 2.

Quanto al nucleo centrale della censura, si osserva che, riguardo alla controversia in esame, come sopra qualificata, non è opponibile il "giudicato" che si assume derivante da Cass. Pen. sez. 2^a, n. 1773 dep. 12.5.1999, riguardante la conferma della confisca di prevenzione nei confronti di R.S..

In primo luogo, si deve ribadire che, secondo la giurisprudenza penale di questa S.C., in materia di prevenzione non è applicabile il principio dell'intangibilità della decisione, in quanto non può verificarsi una situazione di "cosa giudicata" in senso proprio (Cass. pen. S.U., 13 dicembre 2000 n. 36, Madonia, che ha escluso proprio riguardo a misure di prevenzione patrimoniali la non configurabilità di un "giudicato" in senso stretto; Cass. Pen. 5^a, 24 febbraio 2003 n. 13358).

Nè può fondatamente invocarsi l'applicazione dell'art. 2909 c.c., ostandovi gli intuitivi limiti soggettivi ed oggettivi dell'assunto "giudicato" di prevenzione.

Sotto il profilo soggettivo, il soggetto che si assume interponente non è parte del presente giudizio.

Quanto ai limiti oggettivi, la legislazione antimafia di cui alla L. n. 575 del 1965 prevede la

confisca dei beni che, benché appartenenti a terzi, si trovino comunque nella disponibilità del soggetto "proposto", al fine di evitare che vengano eluse le misure patrimoniali che si intendono infliggere e l'organizzazione criminale o l'affiliato possano godere di illeciti proventi. L'unico requisito richiesto dalla citata legge, ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione del sequestro e della confisca, è che l'associato disponga, direttamente o indirettamente del bene, a nulla rilevando che ne sia o meno giuridicamente il proprietario. Vi è, dunque, una dilatazione del concetto civilistico di "appartenenza", che viene esteso sino ad includere nella figura anche situazioni giuridiche non formalmente riconducibili alla categoria dei diritti reali, risultando sufficiente che il soggetto possa di fatto utilizzare il bene, anche se apparentemente appartenente a terzi.

La controversia in esame, invece, riguarda, come si è visto, la diversa fattispecie dell'accertamento, relativamente al periodo d'imposta considerato, di un reddito di partecipazione tassabile ai fini IRPEF a carico dei soci di una società di persone. Rispetto al *thema decidendum* della presente controversia la questione dell'interposizione di persona è stata introdotta esclusivamente dal contribuente, al fine di negare la propria legittimazione; ma essa non si rivela pertinente, non essendo in discussione un accertamento ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3. Invero, la disciplina di cui a detta disposizione risulta invocabile dagli "interposti" solo allorché diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie - provino di aver pagato imposte in relazione a redditi successivamente imputati ad altro contribuente e l'amministrazione procede al rimborso solo dopo che l'accertamento nei confronti dell'interponente sia divenuto definitivo ed in misura non superiore all'imposta effettivamente percepita a seguito di tale accertamento.

Soggetto passivo del rapporto tributario oggetto del presente giudizio è, quindi, il preteso interposto, il quale, in difetto dei relativi presupposti, non può invocare la disciplina di cui al citato art. 37, commi 3 e 4 (disposizione, quest'ultima, applicabile *ratione temporis* all'accertamento in lite). Nessuna contraddizione è, quindi, prospettabile tra quanto accertato ai fini della misura di prevenzione patrimoniale ed il *thema decidendum* del presente giudizio, stante l'oggettiva differenza dei rapporti giuridici controversi nelle rispettive sedi.

Con il secondo motivo, denunciando ulteriore violazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 e vizio di motivazione, la parte ricorrente lamenta che la C.T.R., pur non avendo applicato alla specie i principi della coerenza giuridica dei giudicati, avrebbe dovuto applicare quelli della coerenza logica degli stessi; avrebbe, inoltre, omesso l'esame degli argomenti dedotti nei motivi di appello e non avrebbe considerato che la titolarità delle quote in capo al possessore effettivo si fondava su oggettivi elementi patrimoniali che hanno portato ad escluderne la titolarità da parte dei soci apparenti; l'illegittima posizione assunta dalla C.T.R. le avrebbe impedito di effettuare quel doveroso esame e valutazione degli elementi acquisiti nel giudizio di prevenzione, ancorché quali elementi presuntivi, alla quale era stata chiamata attraverso il ricorso in appello e che avrebbe dovuto trovare espresse in una motivazione sufficiente e coerente.

La censura si rivela inammissibile, in quanto formulata in violazione del requisito dell'auto-sufficienza del ricorso per cassazione.

Infatti, ove venga dedotto - come nella quasi totalità dell'esposizione di tale motivo - il vizio della motivazione della sentenza impugnata per mancata o insufficiente od erronea valutazione di risultanze processuali (nella specie, contenuto degli elementi acquisiti al giudizio di prevenzione ed argomentazioni formulate nei motivi di appello), è imprescindibile, al fine di consentire alla Corte di effettuare il richiesto controllo, specialmente in ordine alla relativa

decisività, che il ricorrente precisi - pure mediante integrale trascrizione delle medesime nel ricorso (non solo con la generica indicazione di risultanza che sarebbero contrarie a quelle puntualmente rilevate nell'impugnata sentenza) - le risultanze che asserisce decisive e insufficientemente o erroneamente valutate, in quanto per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione il controllo deve essere consentito sulla base delle deduzioni contenute nel medesimo, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative, non avendo la S.C. accesso agli atti del giudizio di merito (Cass. 31 maggio 2006 n. 12984; Cass. 18 aprile 2007 n. 9245; Cass. 17 luglio 2007 n. 15952, secondo cui il ricorrente che denuncia, sotto il profilo di omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, l'omessa o erronea valutazione delle risultanze istruttorie ha l'onere di indicarne specificamente il contenuto). Allo stesso modo, quando è denunciata violazione e falsa applicazione della legge - come nel presente motivo rispetto al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 - e non risultano indicate anche le argomentazioni in diritto contenute nella sentenza gravata che si assumono in contrasto con le medesime o con l'interpretazione fornite dalla giurisprudenza di legittimità o dalla prevalente dottrina, il motivo è inammissibile, in quanto non consente alla Corte di cassazione di adempiere al proprio compito istituzionale di verificare il fondamento della denunciata violazione. Non è infatti sufficiente un'affermazione apodittica (nella specie, il semplice e generico richiamo alla possibilità d'imputare i redditi al contribuente effettivo - che, come si è detto, non è parte del presente giudizio - anche su base presuntiva, senza alcun aggancio al contenuto dell'impugnata sentenza) e non seguita da alcuna dimostrazione, dovendo il ricorrente viceversa porre la Corte in grado di orientarsi fra le argomentazioni in base alle quali ritiene di censurare la pronuncia impugnata (v. giurisprudenza sopra citata).

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso proposto nei confronti del Ministero e rigetta quello contro l'Agenzia. Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente in favore di entrambi i resistenti in Euro 700,00, di cui Euro 500,00 per onorario, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 2 dicembre 2009.

Alloggio di servizio e “casa coniugale”

*(Tribunale di Bari, Sez. distaccata di Altamura, ordinanza 11 maggio 2010;
Tribunale di Bari, Sez. II civ., ordinanza 11 maggio 2009)*

Le ordinanze Tribunale di Bari, Sezione distaccata di Altamura, 11 maggio 2010 e Tribunale di Bari, Sezione II, 11 maggio 2009, oggetto della presente disamina, vertono in tema di rilascio coattivo dell'alloggio di servizio. Entrambe dichiarano il difetto di giurisdizione del G.O. per la giurisdizione del G.A. e avallano l'interpretazione secondo cui l'alloggio di servizio non può assurgere a “casa coniugale”. Infatti, solo in presenza dei presupposti della permanenza delle esigenze di servizio - in virtù delle quali l'alloggio è concesso al militare - e del vincolo matrimoniale il coniuge del militare ha titolo alla fruizione dell'alloggio.

Ne deriva che allorché venga meno uno dei due presupposti (cessazione dell'incarico che legittima l'occupazione dell'alloggio o separazione legale e/o divorzio) decadono le condizioni che consentono al coniuge del militare di fruire dell'alloggio. La permanenza nell'alloggio di servizio da parte del coniuge, che non ha alcun rapporto con l'Amm.ne, ha titolo solo ed esclusivamente nel vincolo coniugale che lo lega al dipendente militare. Venuto meno il titolo dell'avente diritto all'alloggio cessa automaticamente il diritto del coniuge di quest'ultimo a permanere nell'unità abitativa.

In tale contesto si comprende come, in sede di separazione, l'alloggio di servizio non possa assumere rilevanza quale casa coniugale: la sentenza di separazione consensuale, che dovesse disporre in ordine all'assegnazione dell'alloggio di servizio come casa familiare, pur costituendo un assetto di interessi omologato da un giudice, non sarebbe comunque opponibile all'Amministrazione (1).

Si tratta di un tema ancora poco affrontato dalla giurisprudenza che, considerato il numero dei militari assegnatari, è, tuttavia, significativamente rilevante anche alla luce dei nuovi scenari ermeneutici ed applicativi che l'entrata in vigore del codice dell'ordinamento militare sembra prefigurare.

1. Fatto

I casi oggetto delle due pronunce, una in sede di art. 700 c.p.c., l'altra in sede di opposizione a sfratto, sono simili.

Con atto di concessione era stato affidato ad un militare l'alloggio di servizio, sito nella caserma sede della Compagnia dei Carabinieri e da lui occu-

(1) Non si rinviengono precedenti editi.

pato, insieme con la propria moglie e i figli, in relazione all'incarico ricoperto in tale sede.

Significativa appare la previsione espressa nell'atto di concessione che l'alloggio fosse concesso "nell'interesse esclusivo della Pubblica Amministrazione e quale elemento accessorio dell'incarico". Inoltre l'art. 1 dell'atto di concessione testualmente disponeva "la concessione è sottoposta alla condizione risolutiva, accettata dal beneficiario, della cessazione dall'incarico o comando"; l'art. 2 stabiliva che l'alloggio risultava concesso "per uso esclusivo di abitazione propria" dell'assegnatario "e delle persone costituenti il nucleo familiare"; l'art. 3 prevedeva che "una volta decaduto dal diritto ad occupare l'alloggio, lo stesso deve essere lasciato libero entro 20 giorni" e alla lettera b) era sancito che l'assegnatario dell'alloggio "per tutti gli impegni assunti con il presente atto, obbliga in ogni più ampia forma di legge, se stesso e le persone costituenti il nucleo familiare, che hanno titolo ad occupare l'alloggio in questione".

Successivamente il carabiniere chiedeva ed otteneva il trasferimento in un'altra città (2).

L'Amministrazione, nel frattempo, avendo interesse ad acquisire la disponibilità del bene, emetteva ordinanza di rilascio dell'alloggio.

In entrambi i casi insorgeva contro il provvedimento, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nel caso esaminato dal Tribunale di Altamura e ai sensi dell'art. 624 c.p.c. nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Bari, la coniuge separata del militare vantando pretese sull'alloggio che, nel secondo caso, risultava, in sede di separazione consensuale, assegnato alla medesima.

Si costituiva in giudizio il Ministero della difesa eccependo il difetto di giurisdizione del G. O. per la giurisdizione del G. A. in sede esclusiva, il difetto di legittimazione attiva della ricorrente, l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza di esso per difetto dei presupposti della tutela cautelare (3).

In entrambi i casi il giudice ordinario ha accolto l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Nell'ordinanza del Tribunale di Altamura il giudice ha argomentato facendo riferimento alla natura dell'alloggio, che era stato assegnato "al coniuge [...] in quanto militare in servizio [...] per agevolare lo svolgimento delle sue mansioni ed assicurare una sua maggiore presenza e migliore reperibilità nel luogo di prestazione della propria attività lavorativa"(4).

L'ordinanza del Tribunale di Bari ha dichiarato il difetto di giurisdizione,

(2) Nel caso deciso con l'ordinanza del Tribunale di Bari il militare otteneva anche l'assegnazione di un altro alloggio di servizio nella nuova sede di lavoro.

(3) Nel caso esaminato dal Tribunale di Altamura il Ministero della difesa eccepeva altresì l'incompetenza territoriale della sede distaccata di Altamura in favore della competenza della sede centrale del Tribunale di Bari.

(4) Trib. Bari, Sez. distaccata di Altamura, ord. 11 maggio 2010.

ritenendo che “la opposizione attiene a sfratto disposto in via amministrativa sulla base di provvedimento di revoca dell’assegnazione dell’alloggio di servizio” ovvero che “il rapporto di godimento dell’alloggio trae origine da concessione amministrativa all’uso di beni pubblici”, rigettando l’istanza di sospensione dell’esecuzione in quanto “la revoca della concessione ha efficacia nei confronti di qualunque occupante l’alloggio”; inoltre “non è individuabile un titolo autonomo di godimento in capo al coniuge separato, per effetto del subingresso nel rapporto di godimento dell’alloggio di servizio”, e comunque “tale sub ingresso non potrebbe avere effetto oltre la cessazione dello stesso rapporto di servizio” (5).

Il godimento dell’alloggio di servizio in tanto può essere mantenuto in quanto lo stesso spetti in dipendenza delle funzioni esercitate: la *ratio* è quella di assicurare gli alloggi al personale appartenente ai corpi militari in ragione delle esigenze di servizio e giammai per soddisfare mere esigenze personali, per cui l’alloggio è concesso nell’interesse esclusivo della Pubblica Amministrazione e quale elemento accessorio dell’incarico e solo in subordine come abitazione del dipendente e della sua famiglia (v. art. 2 D.M. 3 giugno 1989).

La particolare natura dell’alloggio di servizio, che è bene demaniale, strumentale alle esigenze di difesa militare dell’Amministrazione, nonché la natura concessoria dell’atto amministrativo, col quale viene assegnato ai dipendenti militari che prestano l’incarico relativamente ad un determinato luogo, consentono di ritenere che il coniuge legalmente separato non abbia alcun titolo autonomo per continuare a detenere l’alloggio allorché il beneficiario che vi risiedeva sia assegnato ad una nuova sede di servizio incompatibile con la permanenza nella sede precedente.

Sotto ulteriore profilo, si può affermare che l’eventuale assegnazione dell’alloggio come casa coniugale, nell’ambito di un procedimento di separazione consensuale, al coniuge del militare non è opponibile all’Amministrazione, atteso che l’alloggio di servizio non può rientrare nella nozione di casa coniugale, o meglio può considerarsi tale solo in virtù del rapporto di pubblico impiego che lega il militare all’Amministrazione dello Stato e solo finché permangono gli obblighi derivanti dal vincolo matrimoniale (v. art. 143).

Quando vengono meno il legame di servizio che unisce l’alloggio al militare nonché gli obblighi derivanti dal vincolo matrimoniale il coniuge e comunque i familiari non hanno più alcun titolo autonomo per continuare ad occuparlo.

L’Amm.ne ha pertanto il diritto di conseguire la disponibilità dell’alloggio per consentirne l’assegnazione al nuovo avente titolo, anche in virtù di quanto sancito dall’art. 823 c.c. che statuisce l’inalienabilità dei beni del demanio

(5) Trib. Bari, sez. II, ord. 15 aprile 2009.

pubblico e l'impossibilità, in linea di principio, di formare oggetto di diritti a favore di terzi.

Non a caso l'art. 306 del D.Lgs 15 marzo 2010 n. 66, codice dell'ordinamento militare, rubricato *dismissione degli alloggi di servizio del Ministero della Difesa*, riguarda solo "gli alloggi di servizio... non realizzati su aree ubicate all'interno di basi, impianti, installazioni militari o posti al loro diretto e funzionale servizio" e dispone che gli stessi siano ritenuti "transitabili in regime di locazione ovvero alienabili anche mediante riscatto".

2. La natura giuridica dell'alloggio di servizio

Secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato tutte le opere eseguite all'interno di basi, impianti o installazioni militari sono considerate, ai sensi dell'art. 5 della legge 497 del 1978, infrastrutture militari (6), quindi opere destinate alla difesa militare, compresi gli alloggi di servizio per il personale militare, essendo strutture logistiche operative funzionali all'espletamento delle funzioni assegnate (7) per cui esse sono soggette ad un regime speciale (8).

La giurisprudenza ha contribuito a definire le opere destinate alla difesa militare che sono quelle così qualificate da una norma definitiva ovvero per le quali è intervenuto un formale atto di riconoscimento o di destinazione (9).

Il problema è che non si rinviene una definizione legislativa di opera destinata alla difesa nazionale.

Infatti l'art. 822 c.c. non contiene una elencazione tassativa dei beni compresi nel demanio militare (10).

In particolare l'art. 2 comma 9, 10, 11 e 12 del d.p.r. 19 aprile 2005 n. 170 contiene una elencazione esemplificativa delle infrastrutture rientranti nella definizione di opera destinata alla difesa militare.

Sulla scorta di quanto affermato dalla Corte Costituzionale sulla necessità di procedere all'individuazione dei criteri di qualificazione dell'opera quale

(6) V. G. MATTEO, *Art. 51. L'espropriazione per opere militari*, in "Codice dell'espropriazione forzata", (a cura di) R. GAROFOLI e G. FERRARI, Roma, 2008, pp. 811-32; PASTORE, *Difesa (Beni destinati alla difesa militare)*, in "Enc. Dir.", Milano, 1944, XII.

(7) V. Cons. St., sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4543, in "Giornale dir. Amm.", 2001, II, 59; Cons. St., 28 ottobre 1999, n. 2638; Cons. St. 25 giugno 1983, n. 470, in "Foro amm.", 1983, I, 1318; Cons. St., comm. Spec., 11 maggio 2009, 1096, in "Foro amm. CDS", 2009, 5, 1378.

(8) V. legge n. 97 del 1978; d.m. 1 marzo 1980; legge n. 831 del 1936; legge n. 472 del 1987; d. l. 3 giugno 1989; Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 150, in "Giur. It.", 1993, I, 1, 1182. Per un approfondimento sulla natura militare degli alloggi di servizio si veda G. MATTEO, *Art. 51- Espropriazione per opere militari*, cit., 811.

(9) Cons. St., sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1712.

(10) V. art. 5, l. 18 agosto 1978, n. 497; art. 1, comma 5, d.l. C.M. 10 agosto 1988; art. 2, D.P.R. 18 aprile 1994, n. 383; art. 7, comma 1, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; art. 2, commi 9, 10, 11, 12; D.P.R. 19 aprile 2005, n. 170.

bene destinato alla difesa militare (11) è stata proposta l'applicazione cumulativa di criteri sia soggettivi (natura militare dell'amministrazione) sia oggettivi (caratteristiche e finalità dell'opera). In particolare è stato affermato il principio secondo il quale "tutte le opere eseguite all'interno di basi, impianti, installazioni militari sono opere militari e quindi destinate alla difesa nazionale" (12) se sono destinate, in modo esclusivo o prevalente, ad uso militare.

Per quanto riguarda gli alloggi di servizio, l'art. 3 della legge 6 febbraio 1985 n. 16 equipara alle opere destinate alla difesa militare le sole sedi di servizio e relative pertinenze necessarie a soddisfare le esigenze logistiche operative dell'Arma dei Carabinieri, in quanto forza permanentemente accasermata.

Il problema è allora valutare le effettive esigenze di difesa e sicurezza in relazione alle varie tipologie destinate alla difesa militare.

In ordine alla natura degli alloggi destinati ai militari la giurisprudenza è approdata a soluzioni non uniformi soprattutto relativamente alla applicabilità della disciplina urbanistica ed edilizia (13).

Si è così affermato, ad esempio, che gli alloggi per i militari a servizio delle installazioni militari sono infrastrutture militari ai sensi dell'art. 5 della legge 18 agosto 1978 n. 497 solo se sono posti a diretto servizio delle installazioni militari (14).

Infatti l'alloggio di servizio situato all'interno della caserma è innanzitutto una struttura logistica operativa funzionale all'espletamento delle funzioni d'istituto ed in secondo luogo è concesso al militare per sé e la propria famiglia. Non a caso l'art. 2 D.M. 3 giugno 1989 testualmente riconduce la *ratio* dell'assegnazione dell'alloggio, per quanto riguarda l'Arma dei Carabinieri, all'esigenza di assicurare la costante ed immediata disponibilità del titolare dell'incarico, nonché l'efficienza dei servizi e la sicurezza delle caserme. Il G.A. ha affermato che "la *ratio* complessiva del sistema è quella di riconoscere il beneficio del godimento dell'alloggio a personale in <attività di servizio> sia per alleviare le difficoltà abitative che per salvaguardare le esigenze di buon funzionamento dell'amministrazione assicurando un pronto ed efficace utilizzo dei dipendenti nelle rispettive sedi di servizio; in ragione della stessa *ratio* della normativa in materia l'esistenza del rapporto di servizio e le esigenze ad esso connesse sono il presupposto per la concessione del beneficio dell'alloggio, ne deriva, pertanto, che qualsiasi modifica intervenga in capo al dipendente si riverbera sul godimento dell'alloggio che deve tornare nella disponibilità dell'Amministrazione; in definitiva, la giurisprudenza ha più

(11) Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 150.

(12) V. Cons. St., sez. IV, 16 novembre 1998, n. 1531; Cons. St., sez. V, 21 luglio 1995, n. 1112.

(13) V. Tar Liguria, sez. I, 7 aprile 2006, n. 339.

(14) Cons. St., sez. IV, 25 giugno 1983, n. 470.

volte ritenuto che è legittima la revoca degli alloggi da parte dell'Amministrazione quando vengano meno le esigenze di servizio (cfr. Cons. St., sez. IV, 13 marzo 1998, n. 417)"(15).

3. *L'incompatibilità intrinseca della natura dell'alloggio di servizio con la nozione di "casa familiare"*

Per comprendere le ragioni sottese alle pronunce in esame è necessario procedere ad una analisi, seppur breve, della nozione di "casa coniugale o familiare".

Si tratta di un istituto giuridico (16) al quale il legislatore fa espressamente riferimento negli artt. 155 *quater* c.c. e 6, 6° c. l. div. e che assume rilevanza nel momento in cui è acclarata, giuridicamente, la crisi del vincolo matrimoniale.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato la casa familiare costituisce un insieme di beni, immobile e mobili, finalizzati all'esistenza domestica della comunità familiare e all'esigenza di conservare, anche nelle fasi patologiche, l'*habitat* domestico (17), inteso quale centro di affetti e di interessi in cui si esprime e si articola la vita familiare (18), e deve essere intesa in ciò che era lo "stato duraturo e prevalente nella convivenza familiare"(19).

Recentemente la casa familiare è stata intesa quale "bene con vincolo di

(15) V. Tar Lazio Roma, sez. I, 1 febbraio 2008, n. 873, in "Foro amm. Tar 2008", 2, 486.

(16) V. E. QUADRI, *L'affidamento dei figli e l'assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in "Famiglia", 2006, pp. 397 ss.; E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi. Artt. 155-158*, in "Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, App. di agg., Milano, 2006; M. DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in "Giur. it.", 2006, pp. 1554 ss.; G. FREZZA, *La casa (già) familiare*, in "Trattato di diritto di famiglia, Agg. (2003-2006)", Milano, 2006, pp. 209 ss., II; L. A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, Milano, 2006; M.G. CUBEDDU, *L'assegnazione della casa familiare*, in "L'affidamento condiviso", (a cura di) S. PATTI, L. ROSSI CARLEO, Milano, 2006, pp. 181 ss.; M.G. CUBEDDU, *La casa familiare*, Milano, "Suppl. di Giustizia civile" n. 12/2005; G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004; G. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in "Riv. Dir. Civ.", 2003; G. GABRIELLI, *L'assegnazione della casa familiare: evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in "N. giur. civ. comm.", 1998, II; M. FINOCCHIARO, *Casa familiare (attribuzione della)*, in "Enc. giur.", Agg., vol. I, Milano, 1987, pp. 271 ss.; M. DI NARDO, *La casa familiare nella crisi del matrimonio*, in "N. giur. Civ. comm.", 1986, II, pp. 339 ss.

(17) G. FREZZA, *Casa familiare (attribuzione della)*, in "Enc. giur. Dir. del Sole24ore", Agg. Aprile, 2009.

(18) V. Cass., 12 gennaio 1995, n. 334, in "Giur. Civ. mass. App.", 1995; Cass., 20 marzo 1993, n. 5793, in "Giur. It.", I, 1, p. 242; Cass., 28 agosto 1993, n. 9157, "Matrimonio", in "Foro it. Rep.", 1993, n. 16; Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in "Giust. civ.", 1990, I, p. 2900.

(19) Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, in "Giust. civ. mass. App.", 2002; Cass., 29 ottobre 1998, n. 10797, in "Giust. civ. mass. App.", 1998; Cass., 17 luglio 1997, n. 6559, in "Dir. Fam.", 1998, p. 52; Cass., 22 marzo 1993, n. 5793, in "Giust. civ. mass. App.", 1993; Cass., 16 luglio 1992, n. 8667, in "Giust. civ.", 1992, I, 3002; Trib. Bari, 12 luglio 1978, in "Dir. Fam.", 1979, p. 745.

finalizzazione”, “bene destinato ad uno scopo”, “vincolo di destinazione dell’immobile” finalizzato “alle esigenze abitative familiari”(20) .

La specifica funzione del provvedimento di assegnazione della casa familiare è quella di assicurare al nucleo familiare che origina dalla separazione (coniuge assegnatario e figli) la conservazione dello stesso ambiente di vita domestica, dello stesso standard e qualità di vita già goduti nel corso del matrimonio.

Alla luce di ciò, ben si comprende, quindi, come la giurisprudenza civile sia concorde nell’escludere l’assegnazione della casa familiare tutte le volte in cui l’immobile, al momento della separazione, abbia cessato, per qualunque motivo, di svolgere la funzione di casa coniugale, per essersi i coniugi, uno solo o entrambi, già trasferiti altrove.

È significativo, sotto questo profilo, il principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 9 settembre 2002 n. 13065: “Per la corretta interpretazione dell’art. 155, 4° comma, c.c., occorre distinguere fra due diverse accezioni dell’espressione casa familiare, la prima delle quali connota materialmente il bene immobile in cui si svolse, per un certo periodo storicamente concluso, la vita coniugale e familiare; la seconda significa, invece, il centro di aggregazione della famiglia durante la convivenza (...), ossia l’ambiente fisico in cui persiste, nonostante la separazione dei coniugi, l’insieme organizzato dei beni che costituisce, o ha costituito, anche in senso psicologico, l’habitat domestico che deve continuare a svolgere, preferibilmente e se possibile, la funzione di abitazione del nucleo composto da uno dei genitori separati e dalla prole. La norma in esame fa riferimento a questa seconda accezione”; quindi “non v’è ragione di ricorrere all’assegnazione della casa ai sensi dell’art. 155, 4° comma, c.c. allorquando, per un qualsiasi motivo, al momento della separazione la casa familiare nel senso sopra accolto non esista più”.

L’abitudine e la stabilità nel godimento dell’immobile costituiscono i criteri cui ispirarsi nell’identificare la cosiddetta “casa familiare”, in quanto il provvedimento di assegnazione della casa “non può assolvere alla funzione sua propria di preservare la continuità delle abitudini e delle relazioni domestiche dei figli nell’ambiente nel quale durante il matrimonio esse si sviluppavano in ogni caso in cui, a seguito della separazione, la casa familiare abbia cessato di essere tale e la prole si sia già definitivamente sradicata dal luogo in cui la sua vita domestica si svolgeva”(21).

Ne consegue, pertanto, che può costituire oggetto di assegnazione esclusivamente “quell’immobile che abbia costituito il centro di aggregazione della famiglia durante la convivenza, con esclusione di ogni altro immobile di cui i

(20) Cass., S.U., 21 luglio 2004, n. 13603, in “Dir. Fam.”, p. 53.

(21) Cass., 18 settembre 2003, n. 13736.

coniugi avessero la disponibilità e che comunque usassero in via temporanea o saltuaria”(22).

In tale quadro di riferimento si colloca l'alloggio di servizio la cui disponibilità sia stata concessa ad uno dei coniugi in ragione delle specifiche funzioni prestate da questi in qualità di dipendente pubblico.

Infatti gli immobili adibiti ad alloggi di servizio non possono costituire oggetto di provvedimento di assegnazione della casa, attesa la peculiare natura giuridica dell'alloggio di servizio (che è, giova ribadirlo, bene appartenente al demanio militare) e la particolare connessione funzionale che lo lega al suo assegnatario e quest'ultimo, a sua volta, alle funzioni d'istituto che ne hanno determinato la necessità di essere facilmente reperibile.

Pertanto l'alloggio di servizio può essere considerato casa familiare solo nella fisiologia del vincolo matrimoniale, in virtù del rapporto di pubblico impiego che lega il militare all'Amministrazione dello Stato in ragione dell'incarico prestato in quella determinata sede e soltanto finché sussistono i presupposti dell'atto di concessione, ovvero finché permangono le esigenze che hanno precedentemente richiesto la costante presenza del dipendente nella sede di servizio (23).

Allorquando venga meno, per qualunque motivo, quel legame di servizio che unisce l'alloggio al militare e quindi la famiglia di questi all'alloggio, il coniuge e comunque i familiari non hanno più alcun titolo autonomo per continuare ad occuparlo.

In definitiva, le ordinanze che si annotano si pongono in linea, sebbene in termini di *obiter dictum*, con i principi affermati dalla giurisprudenza in ordine alla natura di bene demaniale dell'alloggio di servizio, optando per un'interpretazione funzionale dell'alloggio di servizio, che lo rende incompatibile con l'istituto della casa coniugale.

4. *Le controversie relative al rilascio coatto dell'alloggio di servizio*

La natura di opera destinata alla difesa militare, quindi di bene appartenente al demanio militare costituisce la *ratio* del principio, ormai consolidato nella giurisprudenza, circa l'attribuzione delle controversie relative al rilascio dei locali costituenti alloggi di servizio alla giurisdizione esclusiva del G.A..

È noto infatti come l'art. 5 della legge 1034 del 1971, nel devolvere alla competenza dei tribunali amministrativi regionali, in sede di giurisdizione esclusiva, i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, fa salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria solo relativamente alle controversie concernenti indennità, canoni ed altri cor-

(22) Cass., 16 luglio 1992, n. 8667.

(23) Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2010, n. 1167.

rispettivi.

Tale disposizione è ora riprodotta fedelmente anche nell'art. 133 comma 1 del nuovo codice del processo amministrativo, decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010, che recita testualmente: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche".

Ne deriva che le condizioni di uso e di revoca dell'assegnazione, disciplinate da una specifica normativa (quale era il Decreto interministeriale del 3 giugno 1989), sono devolute senz'altro alla giurisdizione esclusiva del G.A.

La giurisprudenza civile e amministrativa non ha mai dubitato della pertinenza alla cognizione del G.A. delle controversie relative al rilascio coatto di alloggio di servizio precedentemente assegnato al dipendente per agevolare lo svolgimento delle mansioni e assicurarne una maggiore presenza ed una migliore reperibilità nel luogo di prestazione dell'attività lavorativa, poiché si tratta di questioni inerenti ad un trattamento connesso con il rapporto di pubblico impiego.

In particolare la Cassazione con sentenza n. 12341 del 1995 ha affermato testualmente: "con riguardo ad un alloggio di servizio (nella specie, appartamento sito in un fabbricato di proprietà di un ente previdenziale, locato dalla p.a. e destinato a caserma dei carabinieri e ad alloggi per le famiglie di ufficiali e sottoufficiali dell'arma), assegnato in godimento al pubblico dipendente al fine di agevolare lo svolgimento delle mansioni e di assicurarne una maggiore presenza ed una migliore reperibilità nel luogo della prestazione dell'attività lavorativa, la controversia concernente il rilascio dell'alloggio in questione (promossa nell'ipotesi, dal militare per invalidare il provvedimento di revoca della concessione, adottato dalla p.a. a seguito di sospensione cautelare dal servizio del militare medesimo) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto inerente ad un trattamento connesso con il rapporto di pubblico impiego"(24).

La stessa Corte ricorda altresì come "Questo Supremo Collegio ha già affermato (S.U. del 5 giugno 1975 n. 2236; 7 maggio 1981 n. 2953; 7 novembre 1981 n. 5886; 15 ottobre 1982 n. 5353; 14 febbraio 1983 n. 1107; 25 gennaio 1989 n. 425; 9 giugno 1989 n. 2781; 18 ottobre 1990 n. 10181) che "l'alloggio di servizio costituisce parte integrante del trattamento spettante, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, al dipendente che svolga determinate funzioni o sia destinato in determinate località", per cui l'assegnazione di tale alloggio "risponde al pubblico interesse del migliore svolgimento delle

(24) Cass. S.U., 29 novembre 1995, n. 12341, in "Giust. civ. Mass.", 1995, 11.

mansioni perseguito dall'Amministrazione con l'assicurare una maggiore presenza in sede ed una migliore reperibilità del dipendente”.

Si tratta di un costante e consolidato orientamento giurisprudenziale che non è venuto meno neppure a seguito del nuovo riparto di giurisdizione delineato dal d.lgs. 80/1998 e dalla legge n. 205 del 2000, come interpretato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza del 6 luglio 2004 n. 204; d'altra parte il rapporto di lavoro dei Carabinieri non è stato privatizzato (art. 3 del d.lgs. 165/2001).

In particolare, già prima della legge n. 497 del 1978, che ha dettato una prima regolamentazione della materia, si riteneva che nel caso di controversie aventi ad oggetto alloggi di servizio per il personale militare la giurisdizione spettasse al G.A., a meno che non si trattasse di controversie aventi ad oggetto indennità, canoni o corrispettivi.

Tuttavia in alcune pronunce era stato affermato che rientrano nella giurisdizione del G.A. persino le controversie in cui la misura del canone sia meramente consequenziale rispetto alla questione principale, vertente sulla qualificazione giuridica o sulla natura intrinseca dell'atto concessorio (Cons. St., sez. IV, 7 dicembre 1994, n. 1741).

Dalla novella di cui al d.lgs. 80/1998 e alla legge 205/2000 e dalla natura degli alloggi concessi ai militari per esigenze di servizio come beni demaniali e patrimoniali indisponibili deriva che spetta necessariamente all'Amministrazione della Difesa il potere di autotutela sugli atti di assegnazione e al G.A. la giurisdizione sulle controversie relative alla tutela della situazione soggettiva del concessionario di fronte all'esercizio di tale potere (25), qualificabile come interesse legittimo. In termini si richiama l'orientamento del G.A. secondo cui l'interesse a godere dell'alloggio concesso “assume i contorni dell'interesse legittimo nei rapporti con l'Amministrazione, dotata del potere di disporre la revoca dell'originaria assegnazione per ragioni di preminente interesse pubblico” (v. Tar Sardegna Cagliari, 1 dicembre 1998, n. 1202; Tar Lazio Roma, sez. I, 10 maggio 2006, n. 3432 (26)).

Pertanto, qualora non sussistano più i presupposti per la concessione dell'alloggio di servizio, il quale risulti occupato senza titolo, l'Amministrazione ha il diritto di riacquistarne la disponibilità ai fini dell'assegnazione ad altri militari aventi titolo.

La ragione dell'attribuzione della cognizione di tali controversie alla giurisdizione del G.A. può essere rintracciata anche nella genesi della procedura

(25) V. Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2007, n. 1382, in “Foro amm. CDS”, 2007, 3, 877; Tar Liguria n. 857 del 2005; Tar Campania Napoli, sez. VI, 14 gennaio 2005, n. 8, in “Foro amm. TAR”, 2005, 1, 207; Tar Lazio, sez. I, 1 giugno 1983, n. 477.

(26) Tar Sardegna Cagliari, 1 dicembre 1998, n. 1202, in “Massima redazionale”, Giuffrè, 1999, Tar, 1999; Tar Lazio Roma, sez. I, 10 maggio 2006, n. 3432, in “Foro amm. Tar 2006”, 5, 1692.

per il rilascio coatto di un alloggio di servizio che è riconducibile anche alla materia del pubblico servizio.

In definitiva deve ritenersi ormai consolidato in giurisprudenza l'orientamento che riconosce la giurisdizione del G.A., giurisdizione esclusiva, sulle controversie attinenti al rilascio degli alloggi di servizio (27).

5. Il decreto legislativo n. 66 del 15 marzo 2010: orientamenti esegetici ed applicativi alla luce del codice dell'ordinamento militare

Il 15 marzo 2010 sono stati emanati il d.lgs. 66, recante il codice dell'ordinamento militare, e il D.P.R. n. 90, T.U. delle disposizioni regolamentari, destinati a sostituire le numerose leggi primarie e i vari regolamenti finora applicabili.

Il Governo ha così recepito le indicazioni provenienti dal Consiglio di Stato (28) e dal Presidente del Consiglio dei Ministri (29) e orientate verso la necessità di un riordino della normativa esistente in materia di ordinamento militare, costituita da un elevato numero di fonti, alcune delle quali risalenti addirittura all'Ottocento.

Il codice dell'ordinamento militare è costituito da nove libri e disciplina aspetti che spaziano dall'organizzazione dell'ordinamento militare alla disciplina dei beni, dall'amministrazione alla contabilità, dal personale militare, civile e ausiliario, al trattamento economico, assistenziale e previdenziale (la stessa articolazione la si ritrova nel testo unico regolamentare).

Nonostante la nobile intenzione del legislatore di semplificare la normativa dell'ordinamento militare, inserendola appunto in un unico *corpus*, il codice è comunque costituito da un notevole numero di articoli (2.272).

Il risultato raggiunto può essere comunque considerato soddisfacente, poiché la complessità propria dell'ordinamento militare, che è un "ordinamento normativo multilivello", caratterizzato da un elevato grado di dettaglio (30), imponeva un atteggiamento prudente nella ridefinizione della disciplina.

D'altra parte l'adozione di un codice dell'ordinamento militare costituisce una scelta legislativa perfettamente in linea con i principi costituzionali in ma-

(27) V. Tar Lazio Roma, 9 febbraio 2009, n. 1313, in "Foro amm. TAR", 2009, 2, 428; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1382, in "Foro amm. CDS", 2007, 3, 877; Tar Sicilia Palermo, sez. II, 7 aprile 2004, n. 639, in "Foro amm.", 2004, 1190; Tar Sicilia Catania, 20 gennaio 2004, n. 45, in "Foro amm. TAR", 2004, 204; Tar Sardegna Cagliari, 17 ottobre 2003, n. 1276; Cass. civ., S.U., 16 gennaio 2003, n. 594; Cons. St., sez. IV, 31 marzo 1999, n. 1999; Tar Puglia Lecce, sez. II, 14 settembre 1998, n. 626.

(28) Cons. St., sez. normativa, parere 21 maggio 2007, n. 2024/07, in "Foro it.", Rep. 2007, voce *Amministrazione dello Stato*, nn. 178, 181, 211 e "Giurisdiz. Amm.", 2007, I, 868.

(29) *Relazione concernente la ricognizione della legislazione statale vigente*, presentata al Parlamento il 14 dicembre 2007.

(30) V. POLI, *Il codice dell'ordinamento militare e il t.u. delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*, in "Il Foro it.", 2010, pp. 245 a 250.

teria, soprattutto con l'art. 52 comma 3 della Costituzione, secondo il quale "L'ordinamento delle forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica".

Criteri ordinatori della disciplina in esame sono l'autonomia dell'ordinamento militare rispetto agli altri settori dell'ordinamento giuridico e il riconoscimento delle specifiche esigenze funzionali proprie degli strumenti militari.

Entrambi i principi sono rinvenibili nella nuova disciplina specifica degli alloggi di servizio del personale militare, i cui articoli, così come formulati, recepiscono pienamente le conclusioni alle quali era già pervenuta la giurisprudenza in materia di giurisdizione. La regola è quella, ora codificata nell'art. 231 commi 1 e 4, che "tutti gli alloggi di servizio per il personale militare realizzati su aree ubicate all'interno di basi, impianti, installazioni militari o posti al loro diretto e funzionale servizio", essendo "infrastrutture militari" destinate alla difesa nazionale, appartengono al demanio militare.

Passando all'esame degli articoli del codice relativi agli alloggi di servizio, deve farsi riferimento innanzitutto alla sezione I intitolata "Alloggi di tipo economico", in particolare al capo VII.

L'art. 279 distingue varie classi di alloggi di servizio di tipo economico, tra le quali vengono espressamente individuati gli alloggi di servizio gratuito per consegnatari e custodi (ASGC), connessi all'incarico, con o senza annessi locali di rappresentanza (ASIR-ASI), e gli alloggi di servizio di temporanea sistemazione per le famiglie dei militari (AST).

Il carattere della temporaneità è testualmente richiamato in relazione ai terzi: "gli alloggi di servizio di temporanea sistemazione per le famiglie dei militari di cui al comma 1, lettera c), dell'articolo 279, sono assegnati in base a criteri di rotazione e secondo modalità stabilite con il regolamento, al personale che presta servizio nella località in cui è situato l'alloggio" (art. 283).

Gli alloggi di servizio connessi all'incarico, invece, sono assegnati al personale militare dipendente cui sono affidati incarichi che "richiedono l'obbligo di abitare presso la località di servizio", e la concessione decade "con la cessazione dall'incarico dal quale l'utente trae titolo" (art. 281 comma 1 e 4). Anche la concessione degli alloggi di servizio gratuito per consegnatari e custodi "scade con la cessazione dell'incarico dal quale l'utente trae titolo" (art. 280).

Dunque anche per queste tue tipologie di alloggi permane il carattere della temporaneità, seppur dipendente e connessa al permanere dell'incarico specificatamente qualificato.

Relativamente al regime cui è assoggettata l'assegnazione degli alloggi è sancito che "per tutto quanto non previsto nella presente sezione e nelle relative norme regolamentari, l'assegnazione degli alloggi è assoggettata al regime delle concessioni amministrative" (art. 290).

La disciplina della costituzione, classificazione e destinazione degli alloggi di servizio di tipo economico trova una regolamentazione più dettagliata nelle disposizioni del Capo I, Titolo III, del D.P.R. n. 90.

In particolare la sezione IV è dedicata alla cessazione, decadenza e revoca delle concessioni, alle proroghe e al recupero degli alloggi.

Infatti l'art. 329 prevede espressamente che "la concessione di qualsiasi tipo di alloggio cessa con la perdita del titolo del quale la stessa abbia avuto luogo". Costituiscono motivo di perdita del titolo, tra l'altro, la cessazione dell'incarico per il quale è stato concesso l'alloggio ASGC, ASIR e ASI e, limitatamente al concessionario di alloggio AST, il trasferimento in altra sede, fatte salve le movimentazioni nell'ambito della stessa circoscrizione alloggiativa, o l'imbarco su unità navale ascritta ad altra sede, ottenuto a domanda, previa acquisizione del parere tecnico della competente commissione di controllo per gli alloggi (art. 331 commi 1, 4 e 5).

Nell'ambito degli alloggi di servizio per il personale militare dell'Arma dei Carabinieri vengono individuate ulteriori specifiche categorie (v. art. 295 comma 1): gli alloggi di servizio gratuiti connessi all'incarico, la cui concessione decade "con la cessazione dell'incarico", ASGI, e gli alloggi di servizio in temporanea concessione, ASTC (v. art. 295 comma 2). Viene nuovamente ribadita, quindi, la natura temporanea della concessione, espressamente oppure in relazione funzionale alla durata dell'incarico.

La disciplina attuativa degli alloggi di servizio dei carabinieri si ritrova nel Capo II del D.P.R. n. 90, dagli artt. 362 a 397, i quali regolamentano la classificazione delle due tipologie di alloggi proprie dell'Arma dei Carabinieri. Gli alloggi ASGI, i quali sono assegnati "ai titolari degli incarichi al fine di assicurare la loro costante e immediata disponibilità, nonché l'efficienza dei servizi e la sicurezza delle caserme" (art. 363).

La concessione degli alloggi ASTC dura 8 anni, è rinnovabile per una sola volta e in caso di trasferimento in comune limitrofo al comune di sede dell'alloggio, la concessione cessa al termine del novantesimo giorno dalla data di effettuazione del movimento del militare, o dalla data in cui avrebbe dovuto effettuarsi ed è prorogata fino al termine dell'anno scolastico in corso in caso di trasferimento del concessionario con figli a carico aventi obblighi di studio (art. 371). La concessione cessa con la perdita del titolo in virtù del quale la stessa ha avuto luogo; costituiscono motivi di perdita del titolo, tra l'altro, il termine della durata della concessione di alloggi di servizio in temporanea concessione, la cessazione dal servizio attivo e il trasferimento in altra sede.

Sotto ulteriore profilo, in relazione alla previsione di un programma pluriennale per la costruzione, ristrutturazione e acquisto degli alloggi di servizio costituenti infrastrutture militari e opere destinate alla difesa nazionale, si distinguono tre tipi di alloggi: gli alloggi da assegnare al personale per il periodo

di tempo in cui si svolgono particolari incarichi di servizio richiedenti la costante presenza del titolare nella sede di servizio; gli alloggi da assegnare per una durata determinata e rinnovabile in ragione delle esigenze di mobilità e abitative; gli alloggi da assegnare con possibilità di opzione di acquisto mediante riscatto (v. art. 297).

Pertanto, la temporaneità caratterizza anche queste tipologie di alloggi, essendo esplicitamente richiamata per le prime due categorie, le quali richiamano quelle di cui agli artt. 279, 281 e 283 del codice dell'ordinamento militare.

Infine, l'art. 306, rubricato "Dismissione degli alloggi di servizio del Ministero della difesa", (capo I, titolo IV "Valorizzazione e dismissione di beni immobili e mobili"), riferendosi agli alloggi di servizio "non realizzati su aree ubicate all'interno di basi, impianti, installazioni militari o posti al loro diretto e funzionale servizio", quindi non necessari (cioè ad una ipotesi residuale rispetto all'oggetto dell'intera disciplina *ex art.* 231), consente che, nella misura in cui tali alloggi sono ritenuti inutili dalla pubblica amministrazione (tanto da poter essere locati o alienati), su questi possa essere mantenuta, in relazione a parametri reddituali da individuare, la conduzione in capo agli utenti degli alloggi di servizio, ancorché si tratti di personale in quiescenza o di coniuge superstite non separato né divorziato, ovvero, se legalmente separato o divorziato, ovvero titolare, in virtù del provvedimento di separazione o di divorzio, ovvero del provvedimento giudiziale provvisorio, del diritto all'assegnazione dell'alloggio adibito a residenza familiare, purché non siano proprietari di altro alloggio di certificata abitabilità (per una disciplina più dettagliata si veda l'art. 403 del D.P.R. n. 90)

Il dato positivo incontrovertibile è l'espressa qualificazione degli alloggi di servizio di cui all'art. 231 del d.lgs. 66/2010 come appartenenti al demanio militare in virtù della loro peculiare natura funzionale, e soggetti, quindi, ad una concessione amministrativa caratterizzata dalla temporaneità, per espressa previsione legislativa o per concessione funzionale con lo specifico incarico. In altri termini il dato positivo conferma l'inconciliabilità dell'alloggio di servizio con l'istituto dell'assegnazione della casa coniugale.

*Avv. Grazia Matteo**
*Dott.ssa Mariagiovanna Zubbo***

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Tribunale di Bari, Sezione distaccata di Altamura, ordinanza dell'11 maggio 2010 - Giudice monocratico Errede.

(Omissis)

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 20.10.2009 A. G. chiedeva all'intestato Tribunale di voler "disporre alla Amministrazione della Difesa, Al Comando Regionale dei Carabinieri Puglia ed al Comandante della Stazione dei Carabinieri di Altamura quei provvedimenti opportuni e necessari per la tutela dei diritti della parte ricorrente in particolare rinviando l'eventuale rilascio dell'alloggio all'esito dell'udienza presidenziale e dei conseguenti provvedimenti urgenti ed indifferibili in ordine alla casa coniugale ed all'affido dei figli. Con termine per l'avvio del procedimento di merito nei confronti del coniuge S. O. teso all'ottenimento del risarcimento dei danni morali e materiali che il suo comportamento sta causando all'istante ed ai suoi figli. Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio". Deduceva la ricorrente che aveva contratto matrimonio concordatario il 12.08.1989 con S. O., brigadiere dei carabinieri, dal quale erano nati due figli, V. e A., quest'ultimo minore, che il proprio coniuge dal 14.12.2008 si era allontanato dalla casa coniugale costituita dall'alloggio di servizio sito in Altamura alla via (omissis) chiedendo ed ottenendo il trasferimento al (omissis) e l'assegnazione di un nuovo alloggio di servizio nella nuova sede di lavoro, che in data 29.09.2009 le era stato notificato ricorso per separazione giudiziale con addebito nel quale il S. chiedeva l'assegnazione dell'alloggio occupato dalla ricorrente e dai figli, che il Comando Interregionale dei Carabinieri aveva disposto il rilascio di quell'alloggio di servizio disponendo a richiesta del S. un differimento del rilascio sino al 01.09.2009, ciò dedotto la ricorrente prospettandone i presupposti del fumus, relativamente al diritto di occupare l'alloggio quale casa coniugale, e del periculum in mora, derivante dal rilascio dell'alloggio specie per il figlio minore, invocava tutela cautelare urgente al fine di rinviare l'eventuale rilascio dell'alloggio.

Resisteva il Ministero della difesa eccependo il difetto di giurisdizione del Tribunale adito per essere la relativa controversia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo in sede esclusiva, l'incompetenza territoriale della sezione distaccata di Altamura in favore della competenza della sede centrale del Tribunale di Bari, quale giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, il difetto di legittimazione attiva della ricorrente, l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza di esso per difetto dei presupposti della cautela, concludendo per la declaratoria del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza territoriale, di inammissibilità, improponibilità del ricorso ovvero per il suo rigetto, il tutto con vittoria di spese, competenze ed onorari.

Resisteva, inoltre, S. O. eccependo l'inammissibilità del ricorso, difettando il presupposto della residualità del rimedio ex art. 700 c.p.c per avere l'ordinamento predisposto nell'ambito del procedimento di separazione i rimedi tipici rappresentati dai provvedimenti presidenziali, e nel merito l'infondatezza del ricorso di cui chiedeva il rigetto.

L'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione del Tribunale adito sollevata dal Ministero resistente è fondata.

Rileva il giudicante, infatti, nel caso di specie trattasi di controversia relativa al rilascio dell'alloggio di servizio assegnato al coniuge S. O. in quanto militare in servizio presso i CC di Altamura per agevolare lo svolgimento delle sue mansioni ed assicurare una sua maggiore presenza e migliore reperibilità nel luogo di prestazione della propria attività lavorativa, con atto di concessione del Comando Regione Carabinieri Puglia del 1 dicembre 2003 (cfr. doc. 3 fascicolo Ministero resistente).

Ne deriva che rilevando una questione inerente un rapporto di concessione di uso di beni pubblici e non avendo la ricorrente titolo autonomo per continuare ad usare il bene, essendo venuti meno i presupposti di cui al Decreto interministeriale dell'interno e della difesa datato 03.06.1989 (relativo alla disciplina dell'assegnazione degli alloggi di servizio gratuiti connessi all'incarico del S.), né avendo la ricorrente prospettato una carenza di potere in astratto o in concreto relativamente all'intimato rilascio dell'alloggio, deve affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

La particolarità della vicenda e delle questioni interpretative trattate impone la totale compensazione delle spese di questo giudizio.

PQM

Visti gli artt. 700 e 669 septies c.p.c, dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo competente a conoscere della domanda cautelare presentata con ricorso depositato il 20.10.2009 da A. G.

Spese compensate per intero.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni di rito

Altamura, 08.05.2010

Tribunale di Bari, II Sezione civile, ordinanza dell'11 maggio 2009 - Giudice dell'esecuzione Di Lalla.

(Omissis)

Il Giudice della Esecuzione,

letti gli atti relativi del procedimento promosso da D. L. nei confronti della Amministrazione della Difesa;

rilevato che la opposizione attiene a sfratto disposto in via amministrativa sulla base di provvedimento di revoca della assegnazione dell'alloggio di servizio;

considerato che il rapporto di godimento dell'alloggio trae origine da concessione amministrativa dell'uso di beni pubblici, sì che ogni controversia in ordine al rilascio, in dipendenza di eventuali vizi del provvedimento di revoca della concessione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo;

ritenuto che non residui spazio per la giurisdizione del giudice ordinario, atteso che: a) la revoca della concessione ha efficacia nei confronti di qualunque occupante l'alloggio; b) non è configurabile, né viene prospettata, ipotesi di carenza assoluta di potere nella adozione del provvedimento; e) non è individuabile un titolo autonomo di godimento in capo al coniuge separato, per effetto del subingresso nel rapporto di godimento dell'alloggio di servizio; d) comunque tale subingresso non potrebbe avere effetto oltre la cessazione dello stesso rapporto di servizio;

ritenuto che, per le stesse ragioni, non possano essere adottati da parte del giudice ordinario provvedimenti di differimento dell'esecuzione in applicazione dei benefici previsti in materia dalla disciplina delle locazioni urbane;

PQM

rigetta la istanza di sospensione della esecuzione e per l'effetto revoca il decreto di sospensione del 25 marzo 2009;

fissa il termine di giorni trenta per la instaurazione del giudizio di opposizione.

Bari, 15 aprile 2009

Ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente *imputato ex d.lgs. n. 231/01*

(Tribunale di Milano, Sezione IV Pen., ordinanza 16 settembre 2010)

Per la prima volta, con la pronuncia che si pubblica di seguito, il Tribunale di Milano ha ammesso al dibattimento la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente chiamato a rispondere *ex d.lgs. n. 231 del 2001*.

L'ordinanza è stata emessa nel procedimento, noto per l'interesse che ha destato sugli organi di informazione, relativo alle c.d. quote latte.

Gli imputati persone fisiche venivano tratti a giudizio *ex artt. 110, 640 II c. e 314 c.p.* perché, ricoprendo cariche apicali nelle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, si appropriavano di somme e aggiravano gli obblighi di versamento del prelievo supplementare, inducendo in errore gli enti pubblici preposti alla gestione e al controllo del regime delle quote latte, procurando a loro stessi e alle citate società, nonché ai produttori che a queste avevano conferito latte, un ingiusto profitto costituito dall'importo di prelievo non versato pari a una somma complessiva particolarmente cospicua.

La difesa erariale, nell'interesse di Agea, chiedeva la costituzione di parte civile nei confronti delle persone fisiche e delle società imputate.

Giova soffermarsi, seppure sinteticamente, sulle ragioni dedotte a sostegno della richiesta costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi.

L'art. 185 c.p. vincola alla responsabilità civile chi abbia commesso un reato dal quale scaturiscano conseguenze patrimoniali o non patrimoniali.

E' stato sostenuto in giurisprudenza che, siccome il d.lgs. n. 231 del 2001 non introduce un illecito penale, l'ente non potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze civilistiche di un illecito penale che non può commettere. Pertanto potrà essere citato esclusivamente in qualità di responsabile civile ai sensi degli artt. 83 s. c.p.p.

L'assunto non persuade dal momento che la qualificazione dell'illecito come amministrativo non è di per sé stringente né vincolante. A sostegno di ciò, è spontanea l'invocazione alle misure di sicurezza definite amministrative dal codificatore, ma sulla cui natura penalistica non si dubita.

Come per le misure di sicurezza, al di là del *nomen juris*, assumono rilievo le regole del processo e l'autorità competente a emettere la decisione.

Inoltre, nella fattispecie, il *quid* tutelato è costituito dal bene giuridico del reato-presupposto della responsabilità dell'ente.

Il sistema di imputazione della responsabilità in capo alla persona morale, tendenzialmente a rimbalzo, opera nella conclamata ipotesi di commissione di un illecito penale nell'interesse o vantaggio dell'ente collettivo. E' pertanto

imprescindibile, sotto il profilo della lesione del bene giuridico tutelato, un rapporto di pregiudizialità fra il reato e l'illecito dell'ente.

Coincidendo i beni giuridici tutelati, non vi è fondata giustificazione per ritenere che il legislatore individui nella condotta umana un reato e, di contro, un'infrazione amministrativa per l'ente collettivo.

Ma anche nell'ipotesi in cui si volesse ritenere che il d.lgs. cit. introduce una responsabilità amministrativa (e non penale) dell'impresa, si ritiene che la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente collettivo sia ammissibile.

Il provvedimento di riforma del 2001 configura indubbiamente una nuova ipotesi di illecito che può essere fonte di responsabilità civile.

E' il combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e del d.lgs. n. 231 del 2001 ad ammettere l'esercizio dell'azione civile che potrà proporsi nelle forme del giudizio civile oppure nel processo a carico della società davanti al giudice penale.

La costituzione di parte civile non costituisce altro che l'esperimento della pretesa civilistica di tipo aquiliano nascente da un illecito per il quale è competente il giudice penale. A ciò non si oppone l'art. 185 c.p., specificazione dell'art. 2043 c.c., per il quale certamente non è invocabile il divieto di analogia giacché non viene a costituire norma penale, pur essendo prevista dal Codice Rocco, ma civile in quanto disciplina la responsabilità risarcitoria.

A sostegno della tesi proposta si fa richiamo alle norme di chiusura del mini-codice della responsabilità dell'ente che prevedono, nel procedimento relativo a illeciti amministrativi dipendenti da reato, l'osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale (art. 34 d.lgs. cit.) nonché l'applicazione delle disposizioni relative all'imputato in quanto compatibili (art. 35).

A fronte della richiesta presentata da Agea, e altresì dalla Regione Lombardia, il Tribunale ha ammesso la costituzione di parte civile con motivazione convincente che fa richiamo alla natura della "responsabilità da reato", introdotta dal d.lgs. n. 231/01 per gli enti collettivi, e alle esigenze di tutela della vittima cui è preposto altresì il superamento del principio *societas delinquere non potest*.

Per scrupolo difensivo, l'Agenzia chiedeva in giudizio la citazione delle società imputate indicate in epigrafe in qualità di responsabili civili.

Citazione del responsabile civile e costituzione di parte civile nei confronti delle società sopra indicate non sono incompatibili giacché presuppongono responsabilità differenti. L'una indiretta, ai sensi dell'art. 2049 c.c., in ragione del rapporto che lega l'imputato all'ente; la seconda diretta con riguardo all'autonoma responsabilità del soggetto collettivo a titolo di illecito amministrativo dipendente da reato.

Potrebbe in ipotesi configurarsi, essendo autonomi gli illeciti contestati a società e imputati, l'assoluzione dei secondi e la responsabilità dell'impresa. E' dunque giustificata la richiesta contestuale di costituzione di parte civile e

citazione del responsabile civile nei confronti delle sopra menzionate società.

Il Tribunale ha escluso la citazione in qualità di responsabile civile con motivazione non del tutto convincente.

Ad avviso del Collegio citazione del responsabile e costituzione di parte civile costituirebbero una sorte di duplicazione.

L'affermazione può essere condivisa in ossequio al principio di concentrazione, ma non per le ragioni addotte dal Tribunale.

Secondo i giudici di merito, va escluso che "il medesimo soggetto sia chiamato a rispondere civilisticamente oltre per fatto proprio (come si è ritenuto), anche per fatto altrui".

La motivazione, ove interpretata letteralmente, rischia di rappresentare un *passo avanti* rispetto alla precedenza giurisprudenza, nell'ammettere la costituzione di parte civile, e contestualmente un pericoloso *passo indietro*, nell'escludere la responsabilità indiretta dell'ente.

Vi è motivo di ritenere che la pronuncia vada interpretata nel senso che la esclusione della citazione di parte civile sia dettata dall'esigenza di rispettare il principio di ragionevole durata del giudizio, ossia volta a non ritardare l'inizio del dibattimento con riguardo a un soggetto che è già in causa. Pertanto, viene consentito alla parte civile di dispiegare, al contempo, con la predetta costituzione, tanto l'azione risarcitoria per la dedotta responsabilità autonoma dell'ente *ex art. 2043 c.c.*, quanto quella per responsabilità indiretta dell'ente, ai sensi dell'*art. 2049 c.c.*

Si realizza così una esigenza di concentrazione finalizzata ad assicurare la più ampia gamma di tutela alla persona offesa.

*Avv. Francesco Vignoli**

Tribunale di Milano, Sezione IV penale, ordinanza del 16 settembre 2010 - Pres. Magi.

(Omissis)

OSSERVA

1) La richiesta di esclusione della costituzione di parte civile nei confronti delle persone giuridiche poggia sull'osservazione della assenza di tale istituto nel corpo sistematico del d.l.vo. 231/2001. A sostegno della presente istanza, le parti hanno richiamato l'ordinanza del GUP dr.ssa Di Censo in data 01.03.2010 che ha concluso per l'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti delle persone giuridiche.

Ritiene il Collegio che gli argomenti spesi nella suddetta ordinanza, seppure pregevoli, non siano condivisibili. E ciò in forza di un'interpretazione sistematica e parallela delle norme che disciplinano la responsabilità amministrativa dell'ente e delle norme processualpenalistiche. Si tratta di profilo che - a parere del Tribunale - non involge alcuna analogia *in malam partem*

(*) Avvocato dello Stato, presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano.

limitandosi a toccare aspetti ermeneutici.

Come è noto, la questione è stata trattata ormai in varie pronunce di merito, con risultati contrastanti. L'orientamento seguito da questo Tribunale poggia sulla formulazione del giudizio di compatibilità delle norme relative alla costituzione di parte civile rispetto al sistema di responsabilità delle persone giuridiche introdotto dal ben noto d.l.vo 231/2001. Giudizio là cui formulazione è richiesta dal combinato disposto degli artt. 34 e 35 del suddetto D.L.vo. Il richiamo alla applicabilità delle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili viene ad introdurre il ventaglio degli istituti processualpenalistici nel corpo dell'apparato normativo di cui al D.L.vo 231/2001, con il filtro del giudizio di compatibilità.

Orbene il richiamo dell'art. 34 rimanda direttamente al contenuto dell'art. 74 cpp e da qui, pare potersi altrettanto affermare, al contenuto dell'art. 185 cp.

In altre parole, ritiene questo Tribunale che il tracciato dell'art. 185 cp, vale a dire il concetto di "responsabilità da reato" sia direttamente collegabile alla nozione di "responsabilità dipendente da reato" di cui all'art. 1 d.l.vo 231/2001. Si tratta di titolo di responsabilità per fatto proprio, causalmente collegato alla commissione del fatto reato con la sola peculiarità di promanare dalla complessiva condotta di un soggetto avente personalità giuridica. Peculiarità che è comunque temperata dal richiamo operato dall'art. 35 d.l.vo 231/2001 che dispone l'applicabilità all'Ente delle norme processuali previste per l'imputato (in quanto compatibili).

Il giudizio di compatibilità deve, inoltre, tener conto della *ratio* sottostante al sistema del d.l.vo 231/2001, che prevede la diretta sollecitazione di condotte "virtuose" tramite l'introduzioni di effetti premiali per l'ente. Tra tutti giova qui ricordare la significativa pregnanza dell'integrale risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, laddove tali condotte siano state tenute dall'ente prima dell'apertura del dibattimento (artt. 12 e 17 d.l.vo cit).

Al di là degli aspetti più strettamente premiali, non può non rilevarsi un chiaro e significativo interesse del legislatore per il momento risarcitorio che verrebbe fortemente compromesso dalla prospettiva della non azionabilità della pretesa civile in questa sede.

Non ultimi, poi, vanno richiamati i principi di concentrazione e di economia processuale che può affermarsi sottendono all'intero sistema processualpenalistico (secondo una lettura costituzionalmente orientata), tanto più laddove si ricordi che l'accertamento della responsabilità di cui al D.L.vo 231/2001 è devoluto al solo giudice penale.

Gli argomenti sopra svolti portano pertanto il Tribunale a ritenere ammissibile la costituzione di parte civile nei confronti delle persone giuridiche qui imputate, dovendosi pertanto rigettare la richiesta di esclusione qui formulata;

2) Deve invece qui trovare accoglimento l'istanza svolta in via subordinata dalla difesa della (omissis), in relazione alla richiesta di citazione delle medesime persone giuridiche quali responsabili civili. In effetti la ritenuta ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti delle persone giuridiche esclude in via logica ancor prima che giuridica che il medesimo soggetto sia chiamato a rispondere civilisticamente oltre per fatto proprio (come si è ritenuto), anche per fatto altrui; (omissis)

P.Q.M.

AMMETTE

la costituzione delle parti civili che ne hanno fatto richiesta anche nei confronti di...

Milano, 16.9.2010

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. - Parere del 28 aprile 2010 prot. 144637 - avv. Stato Gabriella Palmieri - AL 46391/08.

«Accise sui tabacchi. Il depositario, che fruisce del regime di sospensione dall'accisa, è responsabile in caso di ammanco, da equiparare alla immissione in consumo»

1. Codesta Amministrazione ha chiesto a questa Avvocatura un parere circa il particolare regime della responsabilità del soggetto distributore (*rectius* depositario fiscale di destinazione) con riferimento alla disciplina giuridica dei depositi fiscali di tabacchi lavorati.

Nella richiesta di parere si richiama la normativa comunitaria e nazionale di riferimento, in particolare, la direttiva 92/12/CEE del 25 febbraio 1992 e la legge di recepimento, il decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427.

Si ricordano, inoltre, le modalità di trasferimento nel territorio nazionale dei tabacchi lavorati, con riguardo alla DAA (documento amministrativo di accompagnamento) e si fa, quindi, riferimento alla fattispecie concreta rappresentata dall'ipotesi in cui, presso un deposito fiscale situato in Italia, risultino mancanti, successivamente alla presa in carico, tabacchi lavorati spediti da altro deposito fiscale.

Codesta Amministrazione ritiene che, in applicazione dei principi regolanti la materia delle accise, in tale ipotesi specifica, sia il titolare del deposito di destinazione a dover rispondere dell'accisa corrispondente.

Alcuni depositari ritengono, invece, che, nell'ipotesi in cui si accertino, dopo la presa in carico del prodotto spedito, mancanze all'interno delle confezioni perfettamente sigillate, non si possa applicare la presunzione di immissione in consumo, perché non potrebbe ritenersi immesso, nemmeno irregolarmente, ciò che non è mai pervenuto; e, riterrebbero, quindi, più corretto imputare tali mancanze al deposito produttivo di spedizione.

2. Acquisiti chiarimenti anche per le vie brevi, si osserva quanto segue.

Nel caso in esame occorre, preliminarmente, ricordare che, come precisato anche da codesta Amministrazione, per “mancanza all'origine” si intende il caso in cui il deposito destinatario di una spedizione di tabacchi (depositario fiscale autorizzato), dopo aver preso in carico il quantitativo di prodotto indicato nel documento amministrativo di accompagnamento, all'atto dell'apertura di una confezione integra, riscontri una mancanza di prodotto.

In base alle disposizioni vigenti in materia (direttiva 92/12/CEE, recepita con il citato decreto-legge n. 331/93, convertito nella citata legge n. 427/93 e direttiva 2008/118/CE del 18 dicembre 2008, recentemente recepita con il decreto legislativo 29 marzo 2010 n. 48), con la presa in carico del prodotto da parte del destinatario, il deposito mittente è esonerato da qualsiasi responsabilità di natura fiscale.

Codesta Amministrazione ha, quindi, ritenuto che della mancanza riscontrata debba rispondere il depositario fiscale di destinazione, sul quale, pertanto, incombe l'onere di versare, in applicazione del principio per il quale lo svincolo irregolare da un regime sospensivo è equiparato all'immissione in consumo, l'accisa gravante sui tabacchi mancanti.

Codesta Amministrazione, pertanto, riscontrata la mancanza del prodotto, ha chiesto al deposito di destinazione di versare l'accisa corrispondente.

Attesa la peculiarità della fattispecie in esame (l'integrità dei *pallettes* o delle stecche lascia presumere che non ci sia stato un furto durante il trasporto), codesta Amministrazione, nel 2003, aveva predisposto una procedura in base alla quale il depositario di destinazione versava l'accisa gravante sul prodotto mancante, soltanto dopo che il deposito mittente, interessato al riguardo, avesse comunicato che presso il proprio deposito non era stata accertata una corrispondente eccedenza o che la mancanza del prodotto non era dipesa da un difetto di condizionamento (note circolari dell'Amministrazione in tema di identificazione dei depositi fiscali).

Si procedeva, quindi, allo scarico della partita contabile con debito d'accisa.

Come osservato da codesta Amministrazione, però, tale procedura ha presentato una serie di criticità dovute al fatto che il deposito mittente e quello di spedizione hanno finito per far ricadere l'uno sull'altro la responsabilità della mancanza del prodotto, con la conseguenza che, per le mancanze di prodotto riscontrate nell'arco temporale 2001 - maggio 2008, risultano ancora non versate all'Erario, a titolo di accisa, cospicue somme di denaro.

Riferisce codesta Amministrazione di aver attivato, pertanto, dal 1° giugno 2008 una procedura più restrittiva, in base alla quale il deposito di distribuzione, dopo il riscontro della mancanza di prodotto, debitamente annotata sui registri contabili, è tenuto a versare immediatamente, a prescindere dalla dichiarazione del deposito mittente, l'accisa corrispondente.

La società, attualmente titolare della quasi totalità della rete distributiva dei tabacchi lavorati, non si è attenuta alle disposizioni impartite da codesta Amministrazione ed ha posto in evidenza la opportunità di individuare una procedura che, nel rispetto degli indubbi interessi sottostanti, coinvolga anche i produttori (deposito mittente) che, rispetto alle mancanze di prodotto all'origine hanno, a suo avviso, la maggiore responsabilità, considerato che i suddetti eventi avvengono proprio all'interno dei siti produttivi.

3. Occorre ricordare che la citata direttiva 2008/118/CE del Consiglio, relativa al regime generale delle accise, ha abrogato la precedente direttiva 92/12/CE, e che ad essa è stata data attuazione con il citato decreto legislativo n. 48/2010.

La predetta direttiva 2008/118/CE non ha, però, modificato la disciplina previgente con riferimento all'individuazione dell'"immissione in consumo".

All'art. 7, comma 1, infatti, ha ribadito che "l'accisa diviene esigibile al momento e nello Stato membro dell'immissione in consumo"; e, al comma 2, che "ai fini della presente direttiva per immissione al consumo" si intende, in base alla lettera a), "lo svincolo, anche irregolare, dei prodotti sottoposti ad accisa da un regime di sospensione dell'accisa".

La direttiva ha, quindi, confermato l'equiparazione dell'immissione in consumo allo svincolo irregolare prevista dall'art. 6 della previgente direttiva e disciplinata, con una norma di identico tenore, dall'art. 2, comma 2, lett. b), del decreto-legge n. 331/1993 citato.

Tale equiparazione è, poi, corroborata dal successivo art. 8 della direttiva 2008/118/CE, che individua, alla lettera a), il debitore dell'accisa avvenuta esigibile, nell'ipotesi in questione, art. 7, paragrafo 2, lettera a), al punto i), "il depositario autorizzato".

D'altronde, la Corte di Cassazione (Sez. Penale, a settembre 2006, n. 31404), in fattispecie analoga, ha statuito, in relazione al reato di sottrazione di prodotti al pagamento dell'accisa previsto dall'art. 43 D.Lgs. 26 ottobre 1995 n. 504, che devono considerarsi soggetti obbligati al pagamento: a) nel caso di regime sospensivo (che consente la fabbricazione, la detenzione e la circolazione dei prodotti in condizione di esenzione fino al momento in cui l'accisa diventa esigibile e, cioè, fino al momento dell'immissione in consumo del prodotto nel territorio dello stato; immissione che comprende anche lo svincolo dal regime sospensivo o la fabbricazione o la importazione avvenuta al di fuori di un regime sospensivo), gli esercenti di depositi fiscali autorizzati dai quali avviene l'immissione in consumo, oppure gli operatori professionali, registrati o non registrati che ricevono prodotti in regime sospensivo o infine, i rappresentanti fiscali designati da depositari autorizzati di altro stato comunitario che esportino nel territorio nazionale; b) solo nel caso di circolazione del prodotto al di fuori del regime sospensivo, invece, i soggetti che procedono alla fabbricazione o all'importazione del prodotto.

Ha chiarito la Cassazione, dal “sistema normativo complesso per il pagamento dell’accisa”, analogo a quello vigente nella materia in questione, risulta che “il debito tributario diventa esigibile al momento dell’immissione in consumo del prodotto”; che la circolazione in regime sospensivo è consentita solo fra depositi fiscali autorizzati e che, in caso di circolazione in regime sospensivo, “soggetti obbligati al pagamento sono gli esercenti di depositi fiscali autorizzati dai quali avviene l’immissione in consumo”.

Deve, quindi, concludersi nel senso che, in relazione alla titolarità degli obblighi e della conseguente responsabilità fiscale, quest’ultima incombe sul titolare del deposito fiscale sino a quando il prodotto non viene consegnato ad altro deposito fiscale: la responsabilità dell’esercente il deposito fiscale mittente, pertanto, cessa con l’avvenuta conclusione dell’operazione di trasporto (v. in tal senso, circolare n. 48/D dell’Agenzia delle Dogane in data 26 luglio 2002).

D’altronde, proprio in tema di pagamento di dazi doganali e di obbligazione tributaria doganale per le merci, la Corte di Giustizia CE, Sezione III, con la sentenza in data 5 ottobre 1983, nelle cause riunite 186 e 187/82, ha statuito che, secondo le norme comunitarie vigenti in materia doganale, la sottrazione, anche senza colpa del debitore, di merce soggetta a dazio doganale, non estingue la relativa obbligazione.

Successivamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 373/1988, sulla base anche di un esame comparato degli altri ordinamenti e delle convenzioni internazionali (Kioto 1973), ha sottolineato, in linea con la citata decisione della Corte di Giustizia, in considerazione del tributo doganale (art. 37 D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e successive modificazioni), come sia non obbligata e appartenga al contribuente la scelta di tenere in deposito le merci destinate alla circolazione commerciale, “sicché il rischio che dipende dalla sua scelta, deve essere da lui sopportato senza che sia possibile addossarlo all’Amministrazione finanziaria”.

Non può, infatti, sottacersi che la disciplina dei rapporti fra mittente produttore (deposito mittente) e distributore fiscale (depositario fiscale di destinazione) attiene a un rapporto privatistico al quale codesta Amministrazione è e deve restare estranea; che può essere regolato da specifiche modalità della custodia e/o con la previsione di idonee garanzie accessorie, in applicazione del criterio generale dell’ordinaria diligenza e in correlazione dell’assunzione del rischio d’impresa da parte del depositante.

4. Va, in conclusione, ribadito che, in base alla normativa comunitaria e alla normativa nazionale di recepimento vigenti, il produttore mittente è liberato dalla responsabilità per il pagamento dell’accisa corrispondente al prodotto con la consegna al depositario fiscale, il quale è tenuto, dalla consegna del prodotto, al pagamento dell’accisa relativa, che diventa esigibile nel momento dell’immissione in consumo alla quale è equiparato lo svincolo irrego-

lare da un regime sospensivo dell'accisa.

La questione è stata esaminata dal Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 14 aprile 2010.

A.G.S. - Parere del 12 giugno 2010 prot. 197534 - avv. Stato Agnese Soldani* - AL 38942/09.

«Rito del lavoro: sulle conseguenze non decadenziali della notifica effettuata oltre il termine ordinatorio di 10 giorni prescritto dall'art. 435, comma 2, c.p.c. (ma entro il termine a comparire di 25 giorni prescritto dal comma 3) per la notifica del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza»

L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano ha investito questo G.U. della questione relativa all'oggetto, in considerazione del fatto che la Direzione regionale delle Entrate di Milano, su sollecitazione della Direzione Centrale del Personale dell'Agenzia delle Entrate, l'ha invitata, in una serie di appelli pendenti relativi a cause di lavoro nei quali l'Amministrazione è parte appellata, a sollevare eccezione di tardività della notifica del ricorso in appello di controparte perché effettuata oltre il termine di 10 giorni prescritto dall'art. 435, comma 2, c.p.c., sulla scorta del principio di diritto affermato nella sentenza delle SSUU n. 20604 del 30 luglio 2008, a tenore del quale *«nel rito del lavoro l'appello pur tempestivamente proposto nel termine previsto dalla legge è improcedibile ove la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza non sia avvenuta non essendo consentito - alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata (art. 111 Cost., comma 2) - al giudice di assegnare ex art. 421 c.p.c. all'appellante, previa fissazione di un'altra udienza di discussione, un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica a norma dell'art. 291 c.p.c.»*.

Si concorda con l'avviso dell'Avvocatura Distrettuale circa il carattere di massima della questione, attesa l'esigenza di adottare un indirizzo unitario, sia nei casi in cui l'amministrazione difesa dall'Avvocatura dello Stato è parte appellata sia in quelli in cui è appellante.

Si tratta perciò di stabilire se il principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza menzionata debba ritenersi estensibile, dall'ipotesi di omessa notifica espressamente vagliata dal Collegio, a quella della notifica dell'appello effettuata oltre il predetto termine di 10 giorni, per giungere alla conse-

(*) Nella stesura del parere la Relatrice si è avvalsa della collaborazione del dott. Daniele Spuri, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

guenza che anche la notifica tardiva importerebbe decadenza e conseguente improcedibilità del ricorso in appello.

Al fine di fornire esauriente risposta al quesito posto due sono i passaggi logici che sembra opportuno affrontare, in quanto si tratta di stabilire:

1) quali siano le ragioni che hanno indotto le Sezioni Unite a ritenere che la omessa notifica dell'appello e del decreto di fissazione dell'udienza (e dunque la totale inerzia dell'appellante) comporti l'improcedibilità dell'appello;

2) se tali ragioni possano essere spese anche per stabilire quali siano le conseguenze della diversa ipotesi della tardiva notifica dell'appello e del decreto di fissazione dell'udienza, vale a dire della notifica effettuata oltre il termine di 10 giorni stabilito dall'art. 435, comma 2 c.p.c.

Non sembra tuttavia inutile premettere, all'esame delle cennate questioni, una precisazione riguardo alla decorrenza del termine di cui all'art. 435, comma 2 c.p.c..

La Corte Costituzionale, con la sentenza del 4 gennaio 1977 n. 15 ha dichiarato l'incostituzionalità di detta norma - per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione - nella parte in cui prevedeva che il decreto giudiziale dovesse essere notificato, unitamente al ricorso in appello, entro il termine di 10 giorni decorrenti dal deposito del decreto medesimo, anziché dalla sua comunicazione all'appellante.

Il Giudice delle Leggi ha infatti chiarito che *«nel quadro della garanzia costituzionale della difesa, ove un termine sia prescritto per il compimento di una certa attività, la cui omissione si risolva in un pregiudizio della situazione tutelata, deve essere assicurata all'interessato la conoscibilità del momento di iniziale decorrenza, onde poter utilizzare, nella sua interezza, il termine assegnatogli. Con siffatto principio, appunto, contrasta la disposizione impugnata, giacché ricollega il dies a quo del termine per la notificazione del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza ad un evento (quale il deposito del provvedimento) di cui è ben possibile che la parte non abbia tempestiva conoscenza»*.

Tale premessa sintetizza i risultati maturati, seppur con riferimento ad altre norme, nella precedente giurisprudenza costituzionale e, in particolare, nelle sentenze 12 dicembre 1967 n. 139, 26 febbraio 1970 n. 34, 28 giugno 1971 n. 159, 7 novembre 1974 n. 255 e 4 gennaio 1977 n. 14 (1).

Secondo la Corte il principio affermato deve ritenersi valido sia se si ritenga che il termine in questione ha natura perentoria, sia se ritenga che detto

(1) La sentenza n. 139/67 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 305 c.p.c. (vecchio testo) in relazione all'art. 301 c.p.c.; la sentenza n. 34/70 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 297, primo comma, c.p.c. (vecchio testo); la sentenza n. 159/71 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 305 c.p.c. (vecchio testo) in relazione all'art. 299 c.p.c.; la sentenza n. 255/74 ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 131, primo e terzo comma, l.f. (vecchio testo) e 183, primo ed ultimo comma, l.f. (vecchio testo); la sentenza n. 14/77 ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 426 c.p.c. e 20 l. n. 533/73.

termine ha natura ordinatoria (così privando di rilevanza, ai fini della soluzione della questione di costituzionalità, l'indagine sulla effettiva natura del termine in questione), in quanto anche a voler avallare la tesi della natura ordinatoria del termine, non ogni conseguenza pregiudizievole per il diritto di difesa sarebbe stata superata. Invero, *«la ritenuta non perentorietà del termine consentirebbe, infatti, di escludere, che pur dopo il suo decorso, resti all'appellante preclusa la notificazione del decreto, ma non lo porrebbe al riparo dalle conseguenze che – con particolare riguardo al procedimento di impugnazione – possono riconnettersi alla violazione del termine a comparire che – proprio in dipendenza della non tempestiva conoscenza del decreto – l'appellante non fosse stato in grado di rispettare. Il pregiudizio della difesa (nel senso sopra indicato) neppure può essere, d'altra parte, (sempre) evitato con l'uso della normale diligenza da parte del procuratore dell'appellante. Basta considerare l'ipotesi in cui il Presidente del tribunale abbia (come gli è consentito dal comma primo dell'art. 435 cit.) fissato l'udienza di discussione in coincidenza con la scadenza del termine (di 35 giorni) risultante dall'esatto computo di dieci giorni previsti per la notifica del ricorso (ex comma secondo) e dei 25 giorni stabiliti come termine minimo di comparizione (ex comma terzo art. 435 cit.). Con riferimento a tale ipotesi, la diligenza dovrebbe, infatti, spingersi (con ciò superando il limite della normalità) fino al punto di un controllo giornaliero: anche oltre il termine (meramente ordinatorio) di giorni cinque (dal deposito del ricorso) per la emanazione del decreto presidenziale di fissazione d'udienza».*

Dal principio enunciato dalla Corte Costituzionale, discende che si è costituito in capo alla cancelleria un vero e proprio obbligo di comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza e che solo dalla data di tale comunicazione possa validamente decorrere il termine di 10 giorni - a prescindere dalla sua ritenuta natura ordinatoria o perentoria - per la notifica all'appellato, a cura dell'appellante, del ricorso in appello e del decreto medesimo.

Ulteriore corollario di tale principio, poi, è la considerazione che, nel caso di omessa comunicazione da parte della cancelleria, la parte che non provveda alla notifica non incorre in alcuna decadenza, perché il relativo termine non ha mai iniziato a decorrere.

Pare tuttavia opportuno precisare che costituisce senz'altro strumento equipollente alla comunicazione *de qua* il rilascio, a richiesta dell'appellante, di copia del decreto di fissazione dell'udienza, sicché in tale ipotesi il termine decorrerà dalla data di tale rilascio.

Tanto premesso, chiarito che il problema delle conseguenze della inosservanza del termine per notificare l'appello si pone solo nell'ipotesi in cui la omessa o tardiva notifica non sia stata causata da una mancata comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza da parte della cancelleria, si possono affrontare nella corretta prospettiva le questioni che più direttamente investono

la problematica all'esame di questo G.U.

1) La sentenza delle Sezioni Unite del 30 luglio 2008 n. 20604: le ragioni della non concedibilità di un nuovo termine per notificare l'appello in caso di omessa notifica all'appellato, da parte dell'appellante, del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza

1.1

L'evoluzione giurisprudenziale precedente alla sentenza 20604/2008

Il problema della rinnovabilità del termine per la notifica dell'appello in caso di omessa notifica da parte dell'appellante – oggetto di *vexata quaestio* date le ondivaghe pronunce dei giudici di legittimità - è stato, da ultimo, risolto nella sentenza 30 luglio 2008 n. 20604 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione adottando conclusioni che si discostano profondamente dai precedenti arresti giurisprudenziali delle stesse Sezioni Unite.

Il *leitmotiv* della pronuncia è costituito dalla rilettura dell'impianto normativo concernente la corretta procedura di instaurazione dell'appello nel rito del lavoro (in particolare, gli artt. 153, 154 e 291 c.p.c. in relazione all'art. 435 c.p.c.), alla luce del "nuovo" principio costituzionale della "ragionevole durata del processo".

Prima di procedere all'esame della pronuncia, e al fine di comprenderne a pieno la portata, non sembra inutile tracciare un sintetico *excursus* storico che delinei i due indirizzi che nel tempo si sono maggiormente accreditati.

La Cassazione, con pronunce speculari relative a casi di omessa notifica, aveva affermato, ora che l'appello doveva essere dichiarato improcedibile, ora che doveva essere attribuita efficacia sanante alla rinnovazione del termine per la notifica *ex art. 291, primo comma, c.p.c.*, a tenore del quale «*Se il convenuto non si costituisce e il giudice istruttore rileva un vizio che importi nullità nella notificazione della citazione, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza. Se il convenuto non si costituisce neppure all'udienza fissata a norma del comma precedente, il giudice provvede a norma dell'articolo 171 ultimo comma*».

A sostegno della tesi dell'improcedibilità dell'appello si era rilevato che l'inesistenza in fatto o in diritto della notifica produceva inevitabilmente una situazione definitiva di carenza del contraddittorio - non emendabile ai sensi dell'art. 291, primo comma, c.p.c. che poteva essere applicato solo al diverso caso della nullità della notifica - tale da imporre la definizione del giudizio di gravame con una pronuncia dichiarativa di improcedibilità.

In senso contrario, a favore dell'efficacia sanante della rinnovazione del termine per la notifica *ex art. 291, primo comma, c.p.c.*, altro orientamento giurisprudenziale (inaugurato con la sentenza delle Sezioni Unite

del 1° marzo 1988 n. 2166) aveva posto l'accento sulle differenze, tra rito ordinario e rito del lavoro, della fattispecie introduttiva del giudizio di secondo grado: nelle cause di lavoro la fattispecie introduttiva del giudizio d'appello (*editio actionis*) si esaurisce con il deposito del ricorso in cancelleria, mentre resta estranea al suo perfezionamento (diversamente da quanto avviene nel rito ordinario) la fase della notifica che, nel rito speciale del lavoro, ha la mera funzione di *vocatio in ius*. Ne consegue che «*tanto la nullità radicale o inesistenza giuridica, oppure la omissione della notificazione del ricorso introduttivo e del decreto con cui il giudice fissa l'udienza, quanto la nullità dovuta al mancato rispetto del termine minimo per la comparizione (artt. 415 comma 5° e 435 comma 3°) sono vizi passibili di sanatoria mediante costituzione del convenuto o appellato o mediante rinnovazione disposta dal giudice, in ogni caso, soltanto con effetto ex nunc, con salvezza, cioè, dei diritti quesiti*».

A tale contrasto giurisprudenziale avevano (apparentemente) posto fine le sentenze delle Sezioni Unite 29 luglio 1996 n. 6841 e 25 ottobre 1996 n. 9331, identiche nella parte motiva, che hanno sposato il secondo dei due orientamenti sopra citati, in virtù della considerazione che l'autonomia formale e strutturale, nel rito del lavoro, tra la fase della *editio actionis* e quella della *vocatio in ius*, impedisce che i vizi relativi alla seconda fase, quella dell'instaurazione del contraddittorio, possano produrre conseguenze sulla prima, quali l'affermazione della inammissibilità del gravame. La nullità o inesistenza della notifica è un vizio che attiene alla instaurazione del contraddittorio, sanabile ai sensi dell'art. 421, comma 1, c.p.c. - dettato in tema di rito del lavoro - per il quale il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi.

Secondo la Corte tale ragionamento doveva valere sia per il caso di nullità della notifica che per l'ipotesi di mancanza o inesistenza (giuridica o di fatto) della stessa, in quanto «*la notificazione della vocatio in ius si presenta sia come fattispecie autonoma che come elemento di una fattispecie complessa, composta dalla combinazione di più atti elementari, quali il decreto del giudice di fissazione della prima udienza, la comunicazione all'appellante dell'avvenuto deposito del provvedimento e la notificazione all'appellato del ricorso e del decreto*» sicché se manca la notifica, manca solo uno degli elementi di tale fattispecie, il che rende la *vocatio in ius* nulla e non inesistente, con conseguente possibilità di disporre la rinnovazione.

1.2

La sentenza delle SSUU n. 20604/2008

Venendo alla pronuncia delle Sezioni Unite del 30 luglio 2008 n. 20604, la sentenza deve essere contestualizzata, anzitutto, nel nuovo panorama normativo, di rango costituzionale, che ne ha fortemente condizionato

il contenuto.

Invero, l'introduzione, da parte della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, del comma 2 dell'art. 111 Cost. (2) è vista, dagli stessi giudici di legittimità, come un nuovo riferimento normativo verso cui orientare l'ermeneutica delle norme processuali, *in primis* quelle concernenti i termini. Invero, secondo le Sezioni Unite, *“a fronte di una interpretazione del dettato costituzionale di carattere riduttivo - che ha portato a sostenere che l'art. 111 Cost., comma 2, contiene "una indicazione programmatica dal valore meramente esortativo", essendosi in presenza di una norma di "mero indirizzo", capace di incidere poco sulla lentezza del giudizio per avere esplicitato ciò che già costituiva un presupposto implicito del nostro sistema giudiziario, risultando autenticamente nuove solo le disposizioni contenute nei commi 4 e 5 del testo novellato relative al processo penale - autorevole dottrina ha invece riconosciuto una portata espansiva al nuovo dettato costituzionale, sottolineando come sebbene non possa riconoscersi alla norma costituzionale efficacia immediatamente precettiva ciò non toglie che detto principio costituisca ora "un preciso parametro costituzionale ai fini della conformità a costituzione di tutte le norme che direttamente o indirettamente determinano una ingiustificata durata del processo, fornendo agli addetti ai lavori, ed in primo luogo al giudice, uno strumento per verificare la tenuta e la portata delle singole norme del codice di rito e per garantirne una interpretazione costituzionalmente orientata". Nella giurisprudenza di legittimità il principio della "ragionevole durata" del processo è divenuto punto costante di riferimento nell'ermeneutica delle norme processuali e nell'individuazione del loro ambito applicativo”*.

Anche il recepimento attraverso norma ordinaria (legge 24 marzo 2001 n. 89) dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – disciplinante la ragionevole durata del processo ed i criteri liquidatori dell'equo indennizzo in caso di violazione della suddetta disposizione – depone a favore della natura precettiva e non meramente programmatica dell'art. 111, comma 2, Cost. (*ex multis*, Sezioni Unite 26 gennaio 2004, n. 1338).

Pertanto, la fattispecie dell'omessa notifica dell'appello nel rito del lavoro, nel mutato quadro normativo ora descritto, ha sollecitato una rimediazione delle norme che la disciplinano (artt. 153, 154 e 291 c.p.c. in relazione all'art. 435 c.p.c.), soggette adesso ad una necessitata interpretazione costituzionalmente orientata.

La pronuncia delle Sezioni Unite 30 luglio 2008 n. 20604 – che ora si andrà ad esaminare - supera quindi definitivamente l'orientamento giurisprudenziale precedentemente consolidatosi con le Sezioni Unite 29 luglio 1996

(2) Articolo 111, commi 1 e 2, Cost.: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”*.

n. 6841 e 25 ottobre 1996 n. 9331, in virtù dell'esigenza di una rilettura costituzionalmente orientata della tematica alla luce dell'art. 111, comma 2 Cost.

Nella motivazione si legge che *«la mancata tenuta dell'orientamento ora ricordato emerge solo che si consideri che la novella dell'art. 111 Cost., comma 2, rende doverosa una rinnovata e maggiore attenzione alla lettera delle norme codicistiche al fine di dedurre che né l'espressione di cui all'art. 291 c.p.c., comma 1, ("Se...il giudice istruttore rileva un vizio che importi la nullità della citazione fissa all'attore un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza") e tanto meno quella dell'art. 421 c.p.c., comma 1, ("il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti") possono offrire alcuna copertura giuridica al suddetto orientamento, data l'impossibilità concettuale di rinnovare e tanto meno di rettificare l'inesistente (giuridico o di fatto). Per di più osta a che venga adottata nella problematica in oggetto una soluzione che, in violazione del principio della "ragionevole durata del processo" - e con riflessi di indubbia incoerenza dell'intero sistema processuale - finisca per penalizzare rispetto al processo ordinario il rito del lavoro con un ingiustificato allungamento dei tempi di giustizia con contestuale disapplicazione dei principi chiovendani della oralità, concentrazione ed immediatezza, che hanno ispirato il legislatore del 1973 e che caratterizzano il processo cadenzando i tempi del giudizio su un reticolato di preclusioni e di decadenze, sicuramente più rigido e severo di quello riscontrabile nel giudizio ordinario».*

Ora, per quanto concerne il punto di forza del precedente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite del 1996, ossia la distinzione strutturale delle fattispecie introduttive dei riti ordinario e del lavoro, la Corte aggiunge: *«né per andare in contrario avviso ed avallare una penalizzazione, in termini di durata del processo del lavoro rispetto al rito ordinario, vale il richiamo alla duplice fase della editio actionis e della vocatio in ius, per sostenerne la reciproca autonomia nonché l'insensibilità degli atti della prima fase, una volta perfezionatisi, rispetto ai vizi che ne inficiano la seconda. Nel processo del lavoro si è indubbiamente in presenza di un sistema, caratterizzato da una propria fase iniziale, incentrata sul deposito del ricorso, che è suscettibile di effetti prodromici e preliminari, suscettibili però di stabilizzarsi solo in presenza di una valida vocatio in ius, cui non può pervenirsi attraverso l'applicazione degli artt. 291 e 415 c.p.c., giacché non è pensabile la rinnovazione di un atto mai compiuto o giuridicamente inesistente, non esistendo una disposizione che consenta al giudice di fissare un termine per la notificazione, mai effettuata, del ricorso e del decreto presidenziale, e non essendo consentito, nel silenzio normativo, allungare - con condotte omissive prive di valida giustificazione e talvolta in modo sensibile, come nel caso in esame - i tempi del processo sì da disattendere il principio della sua "ragionevole durata".*

Corollario di quanto ora detto è che il ricorso dell'appellante, anche se valido, perde la sua efficacia di fronte alla invalidità degli atti successivi che non sia possibile risanare sicché l'appello stesso va dichiarato improcedibile”.

In pratica, la tesi della non rinnovabilità dell'atto inesistente e dunque della definitiva irrimediabilità dell'omessa notifica dell'appello, che sembrava definitivamente superata a seguito delle pronunce delle Sezioni Unite del 1996, torna alla ribalta perché considerata l'unica compatibile con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Pertanto, in applicazione del nuovo (anzi, rivitalizzato) principio di diritto, nel rito del lavoro all'omessa notifica, da parte dell'appellante, del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza all'appellato, consegue la sanzione processuale dell'improcedibilità dell'appello – con conseguente definizione del giudizio con decisione in rito – e dunque la preclusione per il giudice della possibilità di assegnare all'appellante, previa fissazione di un'altra udienza di discussione, un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica a norma dell'art. 291, primo comma, c.p.c.

Ma la motivazione della sentenza si spinge oltre, e qui si giunge al punto nevralgico della pronuncia ai fini che in questa sede interessano.

Le Sezioni Unite infatti, si soffermano specificamente sulla natura e sul conseguente regime del termine di 10 giorni entro il quale, ai sensi dell'art. 435, secondo comma, c.p.c. l'appello deve essere notificato, affermandone, sì, la natura ordinatoria (in coerenza con l'orientamento pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza), ma affermando anche (e in questo senso la pronuncia costituisce un vero e proprio inedito) la necessità di superare il tradizionale criterio di distinzione tra termini processuali perentori e ordinatori, che la dottrina più autorevole aveva sempre individuato nella diversa conseguenza correlata alla loro inosservanza: i termini perentori sono infatti stabiliti a pena di decadenza, quelli ordinatori no (3).

In sintesi, il concetto espresso dalla Corte è che, invece, tutti i termini, siano essi ordinatori o perentori, se non osservati importano decadenza:

“Anche se in dottrina si è sostenuto che la scadenza del termine ordinatorio non possa mai di per sé determinare alcuna decadenza, finendosi però in tal modo per giungere alla conclusione che si sia in presenza di un termine sostanzialmente "innocuo", la chiara formulazione degli artt. 153 e 154 c.p.c. e una interpretazione "costituzionalmente orientata" anche di tali norme nel rispetto della "ragionevole durata" del processo, portano a condividere l'assunto che la differenza tra termini "ordinatori" e termini "perentori" risieda

(3) S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2000, pag. 238; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1999, pagg. 330 e ss.; con specifico riferimento alla fattispecie in epigrafe, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2009, pagg. 212 e 257.

nella prorogabilità o meno dei primi, perché mentre i termini perentori non possono in alcun caso "essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti" (art. 153 c.p.c.), in relazione ai termini ordinatori è consentito, di contro, al giudice la loro abbreviazione o proroga, finanche d'ufficio, sempre però "prima della scadenza" (art. 154 c.p.c.). Una volta, pertanto, scaduto il termine ordinatorio senza che si sia avuta una proroga si determinano, per il venir meno del potere di compiere l'atto, conseguenze analoghe a quelle ri-collegabili al decorso del termine perentorio".

Di conseguenza, l'inosservanza del termine di 10 giorni fissato per la notifica dell'appello nel rito del lavoro dall'art. 435, secondo comma, c.p.c. – sia pure qualificato come ordinatorio – comporterebbe, qualora dopo la sua scadenza il giudice concedesse a torto all'appellante che non ha provveduto alla notifica un nuovo termine a tal fine, il compimento di un atto (notifica tardiva) in carenza di potere, con conseguente sua inefficacia.

La *ratio* di una simile sanzione, secondo la Corte, è da rinvenirsi nella considerazione che, omettendo la notifica, l'appellante ha dilazionato irragionevolmente (nel senso letterale di "senza una valida ragione") i tempi del processo, in palese violazione del principio espresso dall'art. 111, secondo comma, Cost.

2) La non estensibilità del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite alla diversa ipotesi della tardiva notifica all'appellato, da parte dell'appellante, del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza, effettuata dopo il termine di 10 giorni ex art. 435, comma 2, c.p.c. ma prima del termine a comparire di 25 giorni ex art. 435, comma 3, c.p.c.

Il caso concreto vagliato dalla Sezioni Unite nella sentenza 30 luglio 2008 n. 20604 riguarda un'ipotesi di omessa notifica.

Si tratta a questo punto di stabilire se il principio di diritto affermato da quella pronuncia sia estensibile dall'ipotesi della radicale omessa notifica a quella – non specificamente vagliata dalla sentenza - della tardiva notifica dell'appello.

In particolare, l'estensione *tout court* del suddetto principio di diritto comporterebbe che qualora la notifica del ricorso in appello sia stata fatta nel pieno rispetto del termine a comparire di 25 giorni prima dell'udienza stabilito dall'art. 435, comma 3, ma dopo la scadenza del termine di 10 giorni dalla comunicazione del deposito del decreto di fissazione dell'udienza di cui al comma 2 dello stesso articolo, l'appello dovrebbe essere dichiarato comunque improcedibile.

Tale soluzione non sembra tuttavia condivisibile per un duplice ordine di ragioni: 2.1) la considerazione che l'efficacia di una notifica effettuata dopo lo scadere dei 10 giorni (ma pur sempre entro il termine a comparire) non incide sulla durata complessiva del processo e, quindi, non viola l'art. 111,

comma 2 della Costituzione; 2.2) la peculiarità del termine di 10 giorni previsto dall'art. 435, comma 2 c.p.c., che si presenta come un "termine intermedio", nella procedura della instaurazione del contraddittorio nel rito del lavoro, rispetto al "termine finale" di 25 giorni prima dell'udienza, fissato dal terzo comma della stessa norma.

2.1)

Quanto al primo profilo, all'ipotesi della tardiva notifica non può essere applicato il ragionamento delle SSUU alla stregua del quale una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 154 c.p.c., compatibile con il principio della ragionevole durata del processo, imporrebbe di affermare che anche il termine ordinario, se non osservato, importa decadenza. Invero, la notifica effettuata successivamente al termine di cui all'art. 435, comma 2, c.p.c. - ma nel rispetto del termine a comparire - non incide in alcun modo sulla durata complessiva del processo (né, tantomeno, sulla costituzione del rapporto processuale, sul contraddittorio o sul diritto di difesa).

Per meglio chiarire il concetto basterà fare un esempio: se il giudice fissa l'udienza di discussione il 25 maggio (così che la notifica, dovendo giungere l'atto al destinatario almeno 25 giorni prima dell'udienza, dovrà perfezionarsi entro il 30 aprile), il rilievo che l'appellante notifici entro 10 giorni dalla data della comunicazione del deposito del decreto giudiziale ovvero successivamente - ma sempre entro il 30 aprile - non ha concreti effetti pregiudizievoli sulla durata del processo, atteso che tale tardiva notifica non provoca né un'anticipazione né un differimento dell'udienza già fissata al 25 maggio. Inoltre, poiché la suddetta notifica è comunque intervenuta 25 giorni prima dell'udienza fissata dal giudice, non viene leso né il diritto di difesa dell'appellato, che ha tutto il tempo di predisporre le sue difese in modo da arrivare "preparato" all'udienza fissata per la discussione (a questo del resto serve il c.d. termine a comparire), né tantomeno il contraddittorio tra le parti, atteso che tale udienza sarà regolarmente celebrata senza che a queste ultime ovvero al giudice siano precluse le attività processuali previste per tale udienza dal codice di procedura civile.

In questo senso si è del resto di recente espressa la Corte Costituzionale, che con ordinanza n. 60 del 22 febbraio 2010 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 435, comma 2 c.p.c. sollevata dalla Corte d'Appello di Genova.

Ebbene la Corte Costituzionale è pervenuta alla declaratoria di manifesta infondatezza proprio sulla base della considerazione che il principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 20604/2008 riguardava un'ipotesi di radicale omessa notifica (e dunque di inosservanza non solo del termine di 10 giorni stabilito dall'art. 435, comma 2 c.p.c., ma anche del termine a comparire di 25 giorni stabilito dal successivo comma 3) e che tale principio non può essere esteso anche al caso di notifica tardiva rispetto al primo termine, ma tem-

pestiva con riferimento al secondo, perché il rispetto di tale secondo termine comporta “*la conseguente astratta possibilità dello svolgimento dell’udienza di discussione e della realizzazione del diritto di difesa dell’appellato*”.

2.2)

Quanto al secondo profilo, connesso alla particolare natura del termine di 10 giorni stabilito dall’art. 435, comma 2 c.p.c., si è detto che le Sezioni Unite hanno affermato che la distinzione tra termini ordinatori e perentori risiederebbe esclusivamente nel fatto che, prima della loro scadenza, i primi sono prorogabili, i secondi no. Invece sotto il profilo delle conseguenze della loro inosservanza, una volta che il termine sia scaduto, la disciplina è la medesima, nel senso che tanto l’inosservanza del termine ordinatorio quanto l’inosservanza del termine perentorio comporta decadenza ed esclude pertanto la sua rinnovabilità.

Con ciò la Cassazione ha ritenuto di superare la tradizionale distinzione dottrinale tra termini ordinatori e perentori che invece si era sempre basata sulla considerazione che la conseguenza decadenziale, derivante dalla inosservanza, fosse riferibile esclusivamente a quelli perentori.

Per la verità, tale impostazione tradizionale trovava conforto normativo nella lettera dell’art. 154 c.p.c. che, rubricato «*Prorogabilità del termine ordinatorio*», dispone che «*Il giudice, prima della scadenza, può abbreviare o prorogare, anche d’ufficio, il termine che non sia stabilito a pena di decadenza. La proroga non può avere una durata superiore al termine originario. Non può essere consentita proroga ulteriore, se non per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato*».

Dal dettato di tale norma (ed in particolare dalla lettura combinata della rubrica e del corpo della stessa) sembra dunque chiaramente evincersi la regola di equivalenza “termine ordinatorio = termine non stabilito a pena di decadenza”, nel senso che la scelta del legislatore del ’42 sembrava essere stata quella di utilizzare indifferentemente, in modo fungibile, le espressioni “*ordinatorio*” (rubrica) e “*che non sia stabilito a pena di decadenza*” (corpo della norma).

Ma anche a voler prescindere dal dato letterale della norma contenuta nell’art. 154 c.p.c., in virtù della invocata esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’originario impianto normativo del codice del ’42 che risulti compatibile con il principio della ragionevole durata del processo, il percorso argomentativo delle Sezioni Unite deve comunque essere “completato” alla luce della riforma del processo civile intervenuta con la legge 18 giugno 2009 n. 69, della quale peraltro le Sezioni Unite non hanno certo potuto tenere conto perché emanata successivamente alla sentenza qui in esame.

Nell’ambito di tale riforma il legislatore ha aggiunto all’art. 153 c.p.c. un secondo comma che recita: “*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere ri-*

messa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma".

Con tale norma si è inteso generalizzare l'istituto della rimessione in termini, prima confinato dall'art. 184 bis c.p.c. all'ambito della sola fase istruttoria del processo.

Tale generalizzazione, però, non è assoluta.

L'art. 153 c.p.c. resta infatti rubricato "*Improrogabilità dei termini perentori*": dunque l'istituto generale della rimessione in termini è stato collocato nell'ambito di una norma che si riferisce esclusivamente alla disciplina dei termini perentori.

Analoga disposizione non è stata introdotta nell'art. 154 c.p.c., che – rubricato come già si è detto "*prorogabilità del termine ordinatorio*" – disciplina invece questi ultimi.

Atteso che la rimessione in termini costituisce l'unico rimedio processuale previsto per la decadenza, se la decadenza è - come affermato dalla Sezioni Unite prima della riforma - la sanzione processuale comminata all'inosservanza tanto dei termini ordinatori quanto di quelli perentori, il legislatore della riforma avrebbe a rigore dovuto novellare anche l'art. 154 c.p.c., che disciplina i termini ordinatori, o quanto meno creare un articolo *ad hoc* sull'istituto della rimessione in termini, concernente tutti indistintamente i termini processuali.

Diversamente ragionando, ne deriverebbe che mentre la parte decaduta potrebbe essere rimessa in termini se non ha osservato, per causa non imputabile, un termine perentorio, non potrebbe invece essere rimessa in termini se non ha osservato un termine ordinatorio.

Con la illogica conseguenza che alla violazione "più grave" (quale è l'inosservanza di un termine perentorio) potrebbe porsi rimedio, mentre a quella "meno grave" (quale è l'inosservanza di un termine ordinatorio) no, il che porrebbe evidenti problemi di legittimità costituzionale del sistema sotto il profilo della ragionevolezza.

Dunque delle due l'una: o la decadenza è istituto che appartiene per natura ai soli termini perentori (e allora si spiegherebbe la scelta del legislatore di prevedere l'istituto generale della rimessione in termini con esclusivo riferimento ai termini perentori, in coerenza con la già menzionata regola di equivalenza "termine ordinatorio = termine non stabilito a pena di decadenza"), oppure il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite (secondo il quale tutti i termini, siano essi perentori o ordinatori, se non osservati implicano decadenza) comporta la necessità di una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 153 e 154 c.p.c., nel senso che l'istituto della rimessione in termini, espressamente previsto solo per i termini perentori, deve essere ritenuto applicabile anche a quelli ordinatori.

Va precisato a questo punto che, ai sensi dell'art. 58, primo comma della legge di riforma il neo introdotto art. 153, secondo comma, c.p.c. si applica

solo ai giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore (4 luglio 2009) e non anche a quelli pendenti a tale data.

Ciò tuttavia non toglie che la tematica non sia di immediata applicazione anche per i processi in corso: del resto la generalizzazione dell'istituto della rimessione in termini, ben oltre i confini della sola fase istruttoria del processo, era già avvenuta a livello di prassi giurisprudenziale, sicché in questo senso la novella legislativa non è altro che una codificazione di un principio già affermato dal diritto vivente.

In conclusione, dall'esigenza di completamento del percorso argomentativo inaugurato dalle Sezioni Unite con la successiva novella legislativa che ha interessato l'istituto della rimessione in termini, consegue, in linea generale, che:

a) se, con colpa, non viene osservato un termine, sia esso ordinatorio o perentorio, il Giudice non può concedere un nuovo termine e fissare una nuova udienza perché ciò implicherebbe un allungamento ingiustificato della durata complessiva del processo;

b) se, senza colpa, non viene osservato un termine, sia esso ordinatorio o perentorio, la rimessione in termini è sempre possibile, anche a costo di una dilazione del processo e dunque anche se ciò comporta la necessità di fissare una nuova udienza (perché in tal caso si tratterebbe di una dilazione giustificata);

c) i termini ordinatori, prima della scadenza, sono sempre prorogabili, quelli perentori no, a meno che la necessità della proroga non derivi da causa non imputabile alla parte che la richiede e che ha già reso, prima della scadenza del termine, definitivamente impossibile la sua osservanza (perché all'evidenza non avrebbe senso non consentire la proroga prima della scadenza ma consentire poi la rimessione in termini dopo la scadenza).

I principi generali appena enunciati, però, a ben vedere non riguardano la fattispecie concreta in questa sede esaminata, perché qualora la parte appellante nel rito del lavoro notifici l'appello dopo la scadenza del termine di dieci giorni dalla comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza previsto dall'art. 435, comma 2 c.p.c., ma osservando il termine di 25 giorni dalla prima udienza di comparizione stabilito dal successivo comma 3, non si pone né un problema di proroga né un problema di rimessione in termini.

Ciò in quanto il termine di dieci giorni fissato dall'art. 435, comma 2 c.p.c. presenta la particolarità di costituire, nell'ambito della procedura di instaurazione del contraddittorio nel rito del lavoro (*vocatio in ius*) un "termine intermedio" rispetto a un "termine finale" (quello del successivo comma 3). Tale termine finale, nella sequenza procedimentale descritta dall'art. 435 c.p.c. è in realtà l'unico termine che corrisponda effettivamente ad un interesse della parte appellata, l'interesse cioè a conoscere con sufficiente anticipo i motivi di gravame per poter predisporre le proprie difese e, dunque, perché sia ga-

rantito il contraddittorio sostanziale.

La notifica dell'appello effettuata dopo dieci giorni dalla comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza non pregiudica alcun concreto ed effettivo interesse della parte se tale notifica è comunque effettuata nel rispetto del termine a comparire di 25 giorni dall'udienza.

Se dunque non è pregiudicato alcun concreto interesse processuale dalla sua inosservanza, detta inosservanza non può certo essere sanzionata con la decadenza (con conseguente affermazione che la notifica tardiva sarebbe compiuta in carenza di potere e quindi sarebbe nulla), perché ciò implicherebbe l'introduzione di un vuoto formalismo, sganciato dall'esigenza di protezione di uno specifico e concreto interesse meritevole di tutela nel processo.

La stessa Corte Costituzionale ha del resto in molteplici occasioni affermato che sono illegittime le disposizioni legislative che frappongono ostacoli non giustificati da un preminente interesse pubblico ad uno svolgimento del processo civile adeguato alla funzione ad esso assegnata, nell'interesse generale, a protezione di diritti soggettivi dei cittadini (si vedano le sent. Nn. 113/1963, 520/2002, 98/2004) e che il sistema processuale deve essere volto a garantire la tutela delle parti in posizioni di parità, evitando irragionevoli sanzioni di inammissibilità in danno del soggetto che si intende tutelare (sent. n. 189/2000).

A tali principi si è informata la giurisprudenza della Cassazione, che ha riconosciuto l'esigenza di ricercare la *ratio* giustificatrice delle prescrizioni codicistiche, al fine di ridurre al minimo l'area delle inammissibilità alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, rispettosa dell'art. 24 della Costituzione (cfr. Cass. SSUU 22641/2007).

Applicando tali principi al caso di specie, la notifica dell'appello effettuata dopo la scadenza del termine di 10 giorni fissato dall'art. 435, comma 2 c.p.c., ma comunque osservando il termine a comparire di 25 giorni stabilito dal comma 3, non può comportare decadenza e conseguente improcedibilità dell'impugnazione, perché ciò significherebbe comminare una sanzione processuale che pregiudica irrimediabilmente e definitivamente la posizione processuale di una delle parti (l'appellante), senza che ciò corrisponda ad un concreto ed effettivo interesse meritevole di tutela dell'altra parte (l'appellato).

Non vi è, dubbio, infatti, che nella fase processuale della *vocatio in ius*, l'interesse dell'appellato meritevole di tutela è rappresentato dall'esigenza che venga garantita l'instaurazione di un contraddittorio non solo formale ma anche sostanziale, e questo interesse è protetto e soddisfatto dal rispetto del termine di 25 giorni stabilito dal comma 3 dell'art. 435 c.p.c.

Parimenti, come già si è ampiamente argomentato, non viene nemmeno intaccato l'interesse pubblico alla rapida celebrazione del processo in quanto, proprio perché la notifica è stata effettuata 25 giorni prima dell'udienza di

comparizione, non vi è alcuna necessità di differire ulteriormente la trattazione di quella udienza, alla quale tanto le parti che il Giudice sono messi in condizioni di arrivare preparati.

Diverso sarebbe invece il discorso se la notifica fosse tardiva anche rispetto al termine di 25 giorni fissato dall'art. 435, comma 3 c.p.c., in quanto il mancato rispetto di quel termine comporterebbe, invece, qualora l'appellato non si costituisca, la necessità per il Giudice di fissare una nuova udienza. La possibilità di vedersi concedere un nuovo termine per la notifica in caso di mancata costituzione dell'appellato potrebbe però essere ritenuta incompatibile con il principio della ragionevole durata del processo, con la conseguenza che in questo caso potrebbe non a torto ritenersi che tale possibilità possa essere concessa solo ove l'appellante dimostri che l'inosservanza del termine sia dipesa da causa non imputabile (così fruendo dell'istituto della rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2 c.p.c.).

Ma questo problema è legato all'inosservanza del termine finale di 25 giorni di cui al comma 3 e non all'inosservanza, in sé, del termine di 10 giorni di cui al comma 2 dell'art. 435.

Quindi, ai fini della notifica dell'appello nel rito del lavoro, l'inosservanza del termine di 10 giorni dalla comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza comporta improcedibilità del ricorso solo se essa si manifesti *sub specie* di radicale omessa notifica dell'appello e non anche di notifica tardiva (ma tempestiva rispetto al termine a comparire).

E la ragione di tale differente disciplina risiede nella considerazione che solo nell'ipotesi di radicale omessa notifica persiste la necessità di coordinare la disciplina codicistica con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, principio che invece, come si è visto, non viene inciso dalla notifica tardiva, purché effettuata entro il termine a comparire.

* * * *

In conclusione, alla luce delle esposte considerazioni, questo G.U. esprime l'avviso che il principio affermato dalla Cassazione sia compatibile con una lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche solo se inteso nel senso che il mancato ed ingiustificato rispetto di un termine ordinatorio non può ritardare lo svolgimento del processo e quindi non autorizza il giudice a concedere un "nuovo" termine, con conseguente differimento dell'udienza già fissata ed allungamento dei tempi del processo. Ma se tale mancato rispetto non incide sulla durata del processo, come nel caso della notifica dell'appello nel rito del lavoro effettuata oltre il termine ordinatorio di 10 giorni prescritto dall'art. 435, comma 2 c.p.c. (ma nel rispetto del termine a comparire di 25 giorni prescritto dal comma 3), non si produce alcuna conseguenza decadenziale.

Tale principio è applicabile, per identità di disciplina codicistica, anche

al termine stabilito dall'art. 415, comma 4 c.p.c. per la notifica del ricorso di primo grado nel rito del lavoro, il che rileva soprattutto in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, atteso che la ritenuta conseguenza decadenziale della notifica tardiva porterebbe ad una pronuncia di improcedibilità dell'opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo opposto.

Pertanto, mentre ovvie ragioni di cautela processuale consigliano di effettuare le notifiche attenendosi al rispetto del termine di 10 giorni (decorrente dalla data dell'avviso di deposito del decreto di fissazione dell'udienza o dalla equipollente data di rilascio delle copie dell'appello e del decreto di fissazione dell'udienza per la notifica), qualora per qualsiasi ragione il predetto termine risulterà non essere stato rispettato si insisterà nelle sedi giudiziarie nella tesi espressa nel presente parere.

Ciò allo stesso tempo rende inopportuno, per evidenti ragioni di coerenza, sollevare la questione della eventuale tardività della notifica del ricorso in appello quando l'amministrazione risulti invece parte appellata, questione che peraltro è comunque rilevabile d'ufficio dal Giudice.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

A.G.S. - Parere del 10 luglio 2010 prot. 226686 - avv. Stato Stefano Varone - AL 42048/09.

«Sull'assunzione del patrocinio da parte dei docenti universitari a tempo definito in controversie contro le amministrazioni di appartenenza»

Si riscontra la richiesta di parere in ordine alla legittimità dell'assunzione del patrocinio in controversie contro l'amministrazione di appartenenza da parte dei professori universitari a tempo definito.

(...)

Passando all'esame del merito del quesito occorre considerare che la legge 25 novembre 2003 n. 339, che detta norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato, esclude che per l'iscrizione agli albi degli avvocati si applichino le ordinarie disposizioni previste per i dipendenti pubblici dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662.

In particolare la norma prevede che *“Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 56, 56-bis e 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, non si applicano all'iscrizione agli albi degli avvocati, per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, e successive modificazioni”*.

Risulta pertanto espressamente inapplicabile alla professione di avvocato

anche l'art. 56 *bis* della legge 662/1996 che, per quel che qui interessa, prevedeva che *“Ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche; gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione”*.

L'intento del legislatore appare d'altronde chiaro lì dove ritiene di assoggettare la regolamentazione della fattispecie ai “limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578”.

Ciò significa che per i professori universitari (a tempo definito *ex art.* 11 DPR 382/1980) da un lato non vige alcuna incompatibilità con l'esercizio della professione di avvocato, dall'altro che risulta inapplicabile il divieto di assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione previsto per gli altri pubblici dipendenti dall'art. 56-*bis* della legge 662/1996.

Tale ricostruzione della vigente normativa pare d'altronde suffragata dalla specifica regolamentazione concernente lo svolgimento di attività extrauniversitaria da parte dei docenti a tempo definito dettata dall'art. 53 d.lgs 165/2001, per più aspetti assimilati ai liberi professionisti nello svolgimento dell'attività in questione.

Non è infatti richiesta la specifica autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, (si esclude in tal modo il preventivo vaglio del se l'adempimento dell'incarico sia conciliabile con l'assolvimento dei doveri d'ufficio e con l'effettivo rispetto degli orari di lavoro) e l'attività è pienamente assimilata a quella svolta da liberi professionisti privati sotto il profilo fiscale dell'IVA.

Tali indici sembrano pertanto suffragare, anche sotto il profilo della ricostruzione sistematica della figura, le forti differenze rispetto agli altri dipendenti pubblici, differenze che legittimano una diversa regolamentazione del regime delle incompatibilità.

Su queste basi è possibile concludere che sul piano della costituzione del rapporto processuale nessuna invalidità è ipotizzabile nel caso in cui un docente a tempo definito assuma il patrocinio in cause contro l'Università di appartenenza, trattandosi piuttosto di profilo da analizzare in sede di rapporti interni fra docente e amministrazione, nonché sotto il profilo deontologico.

Ciò implica che la predetta assunzione di patrocinio, analizzate le peculiarità di ogni singola fattispecie, potrà concretizzare la violazione di norme interne o comunque dei doveri lealtà e fedeltà nei confronti dell'amministrazione di appartenenza, che potranno rilevare, sempre in ragione dell'esame della fattispecie concreta, ai fini dell'applicazione di una sanzione disciplinare da parte dell'Università, previa adozione del previsto *iter* procedurale.

Parallelamente è da considerare che la predetta assunzione di patrocinio contro l'università può essere giudicata contrastante con i doveri professionali

ed etici, come delineati dall'art. 37 del Codice Deontologico Forense nella parte in cui prevede che *“L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale”*. In tali fattispecie evidentemente occorrerà dare pronta comunicazione della situazione di conflitto di appartenenza al consiglio dell'Ordine per l'adozione delle iniziative di competenza.

Il presente parere è stato reso su delibera del Comitato Consultivo.

A.G.S. - Parere del 12 luglio 2010 prot. 228103 - avv. Stato Carmela Pluchino - AL 15682/10.

«Applicabilità della normativa in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori ai sensi dell'art. 125 D.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici)»

Codesta Avvocatura Distrettuale ha sottoposto alla valutazione della Scrivente la richiesta di parere avanzata dall'Università degli Studi di (omissis), relativamente alla necessità del D.U.R.C. anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori di cui all'art. 125 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, effettuate mediante procedure di “cottimo fiduciario”.

Al riguardo si osserva quanto segue.

L'Università, premesso che *“sta ottemperando agli adempimenti in tema di DURC risultanti dal combinato disposto: dell'art. 2, comma 1, D.L. 25 settembre 2002 n. 210, convertito dalla L. 22 novembre 2002 n. 266; dell'art. 38, c. 2 (rectius 1) lett. “i” e c. 3, dell'art. 118, c. 6, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163; dell'art. 16 bis, c. 10, D.L. 29 novembre 2008 n. 185, convertito dalla L. 28 gennaio 2009 n. 2; attenendosi all'interpretazione dell'applicabilità di tali norme anche alle fattispecie contrattuali di cui all'oggetto avanzata – limitatamente al cottimo fiduciario – dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali con nota prot. n. 25/I/0002599 del 20 febbraio 2009 in risposta a istanza di interpello n. 10/2009 avanzata dall'Università degli Studi di (omissis)”*; evidenziando l'allungamento dei tempi dei procedimenti di spesa anche di modesta entità causato dai suddetti adempimenti, a scapito dell'esigenza di maggiore celerità di cui all'art. 9, co. 1, del D.L. 1 luglio 2009 n.78, convertito dalla L. 3 agosto 2009 n. 102, ha chiesto parere in ordine all'applicabilità del succitato art. 38, co. 1 lett. “i” e co. 3, anche alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori effettuate mediante procedura di “cottimo fiduciario”.

Il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, con la nota del 20 febbraio 2009 sopra richiamata, ha chiarito che *“per quanto riguarda i contratti sotto soglia comunitaria, tra i quali rientrano le acquisizioni in economia, l’art. 121 dispone che si applicano, se non derogate, le norme della parte II del Codice. L’art.125 – che disciplina per l’appunto le acquisizioni in economia – non contiene alcuna deroga espressa all’art. 38, comma 3 (contenuto nella parte II del Codice), secondo il quale “resta fermo per l’affidatario, l’obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all’articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n.210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all’articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni”; ... Tutto ciò premesso si ritiene che il DURC debba essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità. Rispetto a tali acquisti, evidentemente, il DURC sarà richiesto solo nel caso di cottimo fiduciario ex art. 125, comma 1 lett. b), D.Lgs. n.163/2006 – attraverso il quale le prestazioni avvengono mediante affidamento a terzi – e non anche nel caso di ricorso all’amministrazione diretta, attraverso la quale le acquisizioni “sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l’occasione (...)”*.

La Scrivente ritiene condivisibile l’interpretazione offerta dal Ministero succitato per le considerazioni che seguono.

Innanzitutto, l’importo del contratto è irrilevante ai fini della verifica dei requisiti di ordine generale relativi alla materia previdenziale e consente solo una semplificazione della procedura di individuazione del contraente rispetto a quella ordinaria.

La *ratio* della normativa in materia di DURC è invero di verificare che le imprese che operano nel settore pubblico rispettino la normativa previdenziale, a prescindere dall’importo del contratto e dalla procedura di selezione adottata, nonché la trasparenza e la parità di condizioni tra i concorrenti.

D’altra parte, nella Circolare INPS n. 92 del 26 luglio 2005 viene espressamente ribadito che il DURC riguarda tutti gli appalti pubblici nonché i lavori privati in edilizia soggetti al rilascio di concessione ovvero a denuncia di inizio attività (DIA).

Il Consiglio di Stato (cfr. sez. V, sentenza n. 4273 del 1° agosto 2007) ha ulteriormente sottolineato l’ampia portata del requisito di “regolarità contributiva” chiarendo che *“Non si può ritenere che il requisito di regolarità contributiva di cui all’art. 2 D.L. n. 210/2002 possa coincidere con quello di cui all’art. 75, comma 1, lett. e), del D.P.R. n. 554/1999. Quest’ultimo, infatti, facendo unicamente riferimento a gravi infrazioni debitamente accertate risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei lavori pubblici, fa emergere*

un concetto di irregolarità legata solo ad infrazioni contributive che hanno dato luogo a contenzioso e che siano state portate a conoscenza dell'Osservatorio. Il requisito, invece, previsto dall'art. 2 D.L. n. 210/2002, dispone un più ampio ambito di applicazione, prevedendo l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali (iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato). Tale requisito, quindi, non riferendosi solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle (non frequenti) ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione, determina l'esclusione, dalla contrattazione con le amministrazioni, di quelle imprese che non siano corrette in relazione agli obblighi previdenziali, anche con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque ritardare il pagamento".

Nè può ritenersi che tale obbligo contrasti con la *ratio* dell'articolo 125 del Codice dei contratti pubblici, volta ad introdurre elasticità nel sistema, per far fronte a situazioni di imprevedibilità, indifferibilità ed urgenza; in quanto ciò non può comunque consentire di prescindere dall'accertamento dei requisiti prescritti in materia previdenziale, pena un evidente "vulnus" alle finalità perseguite dalla relativa disciplina.

D'altra parte, il richiamo contenuto nel comma 12 del suddetto articolo 125 ai "requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente", richiesti all'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia è da intendersi come comprensivo anche del requisito di "regolarità contributiva", al lume delle considerazioni che di seguito si espongono.

Come sottolineato dal TAR Lazio sez. II, nella sentenza del 5 novembre 2009, n.10877, "Sotto un profilo sistematico, va osservato che la regolarità contributiva - contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente - è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. TAR Umbria 12 aprile 2006, n. 221; TAR Abruzzo, Pescara, 7 aprile 2005, n. 173; Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215). Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara... La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione a tutti i periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti (TAR Basilicata, Potenza, 27 agosto 2001, n. 667). Giova ulteriormente precisare che (cfr. TAR

Veneto sez. I 17 maggio 2007, n. 1507) soltanto l'accertamento della regolarità nel tempo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, quindi, della capacità dell'impresa di far fronte alle relative obbligazioni è idoneo a soddisfare l'interesse pubblico "primario" che viene in rilievo nelle gare d'appalto, incentrato sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico-produttiva (con il conseguente condivisibile rilievo secondo il quale la regolarità contributiva "...non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di affidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale": cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2001, n. 227).

Trasparente è, nello stesso tempo, il coordinamento della disposizione comunitaria e nazionale all'interesse pubblico secondario relativo alla più piena e penetrante tutela della posizione assicurativa previdenziale e assistenziale dei lavoratori dipendenti delle imprese assicurate alla partecipazione alle gare d'appalto, anche in una chiave volta ad assicurare l'effettività della concorrenza, che sarebbe frustrata qualora talune di esse potessero "giocarsi" della propria posizione d'irregolarità contributiva per proporre prezzi più bassi rispetto alle altre in regola, conseguendo "economie" di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi contributivi e assistenziali..."

D'altro canto, la regolarizzazione successiva non elimina l'irregolarità riscontrata e le sue conseguenze sul piano della correttezza ed affidabilità dell'impresa aggiudicataria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2007 n. 5574).

Per quanto riguarda la prospettata esigenza di celerità, si rappresenta che la recente L. n. 2/2009, all'art. 16 *bis*, co. 10 ha previsto che, in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge, il DURC debba essere acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti pubbliche. L'acquisizione può avvenire anche attraverso strumenti informatici, che dovrebbero consentire una maggiore rapidità nell'espletamento dei suddetti adempimenti.

Diversamente opinando, ossia ritenendo la non necessità del DURC nel caso delle acquisizioni in economia mediante procedura di "cottimo fiduciario", si esporrebbe la stazione appaltante al rischio di travolgimento "successivo" delle procedure espletate, in quanto per giurisprudenza consolidata le irregolarità contributive dell'aggiudicatario, seppure rilevate in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, costituiscono elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto; sicchè, l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa, pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto, emessa in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare alla procedura selettiva,

non può che implicare, a seconda dei casi, l'impossibilità per la stazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima e la conseguente esclusione, ovvero la risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 288).

Si ritiene pertanto, secondo un'interpretazione sistematica e letterale delle disposizioni succitate, necessaria l'acquisizione e verifica del DURC anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori, mediante procedure di "cottimo fiduciario".

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità in data 8 luglio 2010.

Si invita a darne comunicazione all'Amministrazione interessata.

A.G.S. - Parere del 14 luglio 2010 prot. 230688 - avv. Stato Massimo Salvatorelli - AL 24626/10.

«Patrocinio extra districtum degli avvocati e procuratori dello Stato. Proposta per l'autorizzazione alla trattazione di giudizio incidentale dinanzi alla Corte costituzionale»

1. Con nota 3 giugno 2010, nel trasmettere copia dell'ordinanza 25 maggio 2010 con la quale il TAR per l'Umbria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1 e dell'art. 3 comma 1 del DPR n.1032/1973 nonché dell'art. 9 comma 1 del D.Lgs. n. 207/1947, codesto Ufficio, considerato che la controversia di merito nella quale la questione di costituzionalità è stata posta è stata trattata da Avvocato dello Stato in servizio presso la locale Avvocatura Distrettuale dello Stato, richiede se sia possibile autorizzare detto Avvocato, ai sensi dell'art. 9 della L. n. 103/79, alla trattazione della fase incidentale di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale.

La formulazione del quesito deve essere intesa quale "proposta" ai sensi del comma 3 della richiamata disposizione.

2. In linea generale, quanto al patrocinio avanti la Corte Costituzionale, si osserva quanto segue.

Il citato art. 9, nell'identificare nella Circostrizione territoriale l'elemento in base al quale procedere al riparto della competenza nella trattazione dei giudizi e delle questioni consultive sottoposte all'Avvocatura Generale e alle Avvocature Distrettuali dello Stato, precisa in particolare (comma 1) che "l'Avvocatura generale dello Stato provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma,

nonché nei procedimenti innanzi a collegi internazionali o comunitari”.

Il comma 3 dispone, poi, che “*gli avvocati ed i procuratori dello Stato possono essere incaricati della rappresentanza e difesa delle amministrazioni in cause che si svolgono fuori della circoscrizione del loro ufficio*”. Attesa il generale tenore della norma, nel diritto vivente si è ritenuto che essa consenta, in via di principio, che un Avvocato dello Stato in servizio in un Ufficio distrettuale possa patrocinare l’Amministrazione anche presso le Autorità giurisdizionali superiori menzionate dal primo comma sopra riportato. Tuttavia la disposizione non ha mai trovato applicazione con riferimento ai giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, nei quali l’Avvocatura non assiste un’Amministrazione “parte” di un giudizio di merito, bensì il Presidente del Consiglio dei Ministri, interveniente ai sensi dell’art. 25 della L. n. 87/53.

La partecipazione dell’Avvocatura dello Stato al giudizio incidentale di costituzionalità, nei casi in cui sia deliberato l’intervento, è regolata dall’art. 4 delle “*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale*”, che prevede (comma 1) che “*l’intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri ha luogo con il deposito delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, sottoscritte dall’Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto*”. La norma, interpretata nella sua originale stesura (anteriore alla riforma dell’Istituto contenuta nella L. n. 103/79) come riferita al “*sostituto avvocato generale*”, specifica qualifica oggi corrispondente a quella di Avvocato dello Stato alla terza classe di stipendio, è stata successivamente ricollegata, in termini più generici, ad un Avvocato dello Stato designato dall’Avvocato generale.

Nessuna altra previsione specifica è posta per quanto riguarda il deposito di memorie (art. 10 delle Norme integrative) e la partecipazione all’udienza pubblica (art. 16).

3. Tale essendo il quadro normativo, non vi è ragione di ritenere inapplicabile in linea di principio la generale previsione dell’art. 9 comma 3 della L. n. 103/79 alle ipotesi di intervento in giudizio in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei Ministri dinanzi alla Corte Costituzionale.

4. Diverso problema è, ovviamente, la valutazione che dovrà essere svolta in punto di opportunità in ordine al miglior perseguimento dell’interesse pubblico nel caso concreto.

Sulla questione va osservato che l’abituale trattazione delle cause dinanzi alla Corte Costituzionale da parte di Avvocati in forza all’Avvocatura Generale dello Stato - all’uopo designati dall’Avvocato Generale quali suoi “sostituti” - risponde a fondamentali esigenze defensionali. Per un verso, essa garantisce uniformità di difesa in un giudizio contraddistinto da caratteristiche forme in rito e da specifiche particolarità; per altro verso, discende dalla necessità di un costante contatto con gli uffici della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai quali spetta di comunicare, anche in tempi ristrettissimi, quanto deliberato

in ordine all'intervento in giudizio, ovvero alla impugnazione di leggi regionali, o ancora alla resistenza in caso di impugnazione di legge statale. Ciò suggerisce che, in via di regola, risponda alla miglior tutela dell'interesse pubblico e a principi di "economicità" la circostanza che a detti giudizi l'Avvocatura intervenga a mezzo di Avvocati dell'Avvocatura Generale.

5. Poiché, tuttavia, come in precedenza illustrato, nessun ostacolo normativo sembra sussistere in astratto a che nella redazione degli atti defensionali ovvero nella partecipazione alla pubblica udienza intervenga un Avvocato appartenente ad Avvocatura Distrettuale, si ritiene che, in circostanze eccezionali, ad esempio con riferimento alla natura delle questioni trattate - in ipotesi riferite a specifiche tematiche, anche di carattere tecnico, ovvero a normative particolari riguardanti peculiari realtà locali - o ad altri elementi oggettivi e soggettivi rilevanti, che non possono essere individuati nella semplice circostanza che la questione di costituzionalità è stata sollevata in un giudizio nel quale l'Avvocatura Distrettuale è costituita, possa farsi luogo da parte del competente Avvocato Distrettuale ad una richiesta specificamente motivata che illustri le particolari ragioni che rendano preferibile, nel perseguimento dell'interesse pubblico della miglior difesa in giudizio, l'esercizio del patrocinio *extra districtum*.

Dette richieste saranno pertanto sottoposte all'Avvocato Generale con la procedura di cui all'art. 9, comma 3, della L. n. 103/79.

6. Tanto premesso in linea di principio, nella specifica questione di cui alla nota in riscontro, si ritiene che manchi allo stato la richiesta motivata di cui al numero che precede, che consenta una piena valutazione dell'interesse pubblico al fine dell'autorizzazione richiesta.

Si rimane pertanto in attesa dell'invio da parte di codesta Avvocatura distrettuale della documentazione necessaria ai fini della definitiva statuizione di competenza.

Sui profili di massima della questione è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, il quale, nella seduta del 13 luglio 2010, si è espresso in conformità.

A.G.S. - Parere del 20 settembre 2010 prot. 285549 - avv. Stato Barbara Tidore - AL 29102/10.

«Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate: applicazione delle agevolazioni previste dall'articolo 33 comma 3 della legge 104/92»

Nella nota in riferimento si descrive una prassi, sino ad oggi seguita da

codesta Autorità, in base alla quale sono stati accordati i permessi previsti dall'articolo 33 comma 3 della legge 104/92, in favore di dipendenti che si trovavano in situazioni nelle quali veniva in rilievo una condizione di handicap non definibile come "grave" secondo la dizione di cui al terzo comma dell'articolo 3 della stessa L. 104.

Tali situazioni, originariamente circoscritte ai casi in cui l'handicap riguardava lo stesso dipendente o un familiare affidato alla sua cura (genitore o figlio), sono state successivamente ravvisate anche laddove veniva prospettata la necessità di assistenza ad altri familiari del dipendente.

Come correttamente osservato nella richiesta di parere, la distinzione tra situazioni gravi e non gravi si rinviene nella lettura comparata del primo e del terzo comma dell'articolo 3 cit., dai quali si evince che il tratto distintivo della condizione di gravità risiede nella necessità, propria della persona portatrice di handicap, di ricevere un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale.

La previsione di cui all'articolo 33 comma 3 ("Agevolazioni") individua espressamente l'avente diritto alla concessione dei permessi nel dipendente "*che assiste una persona con handicap in situazione di gravità*", con esso convivente.

Il quadro normativo rilevante include, infine, le disposizioni contenute nell'articolo 4 della L. 104, secondo cui "*gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell'intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all'articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'articolo 1 della legge 15 ottobre 1990 n. 295, che sono integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali*".

Tale ultima disposizione è interpretata dalla giurisprudenza, con orientamento univoco e consolidato, nel senso della inderogabilità e non sostituibilità degli accertamenti medici in questione, in quanto "*strumento specifico indicato dalla legge*" (così Cass. sez. lav. sent. 8068/98, 8436/03, 4623/10-par. 3.1, Sez. Unite n. 16102/09).

Il sistema complessivo si regge pertanto, ai fini che qui rilevano, sui due seguenti principi:

a) solo le situazioni di handicap gravi, in quanto comportanti la necessità di assistenza continuativa, possono dare luogo alla concessione di permessi *ex art. 33 comma 3*, che rappresentano dei benefici indiretti in favore della persona portatrice di handicap;

b) qualora si renda necessario, a qualsiasi fine (ivi incluso quello di ottenere un permesso *ex art. 33 comma 3 cit.*), rappresentare ufficialmente una situazione di handicap grave, questa deve emergere dalla certificazione medica rilasciata dai competenti organi di verifica delle unità sanitarie locali secondo

la previsione di cui all'art. 4, costituente una vera propria "condizione indefettibile" per la concessione del beneficio (così Cass. 8436/03 cit.). E' stato infatti escluso espressamente che la condizione di gravità possa essere documentata mediante certificazione di diversa provenienza o accertamenti effettuati da organi diversi dalle apposite commissioni (Cass. 8068 cit.).

Per quanto precede, si ritiene pertanto che la legge non consenta di estendere in via applicativa l'istituto del permesso previsto dall'art. 33 comma 3 (al pari delle altre agevolazioni per le quali sono previste analoghe condizioni, come ad es. quella di cui al comma 5 dello stesso art. 33), al di fuori dei casi in cui sia addotta e comprovata, unicamente mediante la certificazione medica rilasciata dalle competenti commissioni secondo quanto previsto dall'art. 4, l'esistenza di una situazione di handicap grave, intendendosi per tale esclusivamente quella rispondente alla definizione normativa contenuta nell'art. 3 comma 3 della stessa legge.

Rispetto al caso concreto prospettato, in assenza della condizione di gravità in capo al familiare convivente (ovvero, come sembra di capire, della certificazione medica che attesti tale gravità), il beneficio non potrà dunque essere riconosciuto.

Sul presente parere, in quanto involgente profili di massima, è stato sentito il Comitato Consultivo che nella seduta del 17 settembre 2010 si è espresso in conformità.

A.G.S. - Parere del 20 settembre 2010 prot. 301334 - avv. Stato Dorian De Feis - AL 33552/10.

«Transazioni commerciali: non può considerarsi usurario il tasso d'interesse direttamente stabilito dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231; per le cessioni di beni e servizi allo Stato l'obbligo del pagamento dell'IVA diviene esigibile all'atto dei relativi pagamenti; la parte soccombente in giudizio non è tenuta al rimborso dell'IVA sull'onorario legale ove la parte vittoriosa assistita sia a sua volta soggetto I.V.A.»

Con la nota in riscontro, l'intestata Amministrazione ha richiesto alla Scrivente Avvocatura dello Stato un parere in ordine ai seguenti quesiti:

1) Se possa configurarsi un conflitto tra la disposizione di cui all'art. 5, primo comma, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 (*"Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali"*), ai sensi del quale, *"salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi, ai fini del presente decreto, è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di finanziamento"*

della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di ri-finanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi”, e la normativa dettata, in tema di usura, dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, la quale ha modificato l’art. 644 del codice penale ed inciso sull’art. 1815 del codice civile.

2) Se siano dovuti gli interessi moratori su quanto dovuto dal creditore all’Erario a titolo di I.V.A.

3) Se la parte soccombente nel processo, condannata al pagamento delle spese processuali e dell’onorario spettante al difensore della parte vittoriosa, sia tenuta a rimborsare anche l’I.V.A. relativa all’onorario, qualora la parte vittoriosa sia un soggetto passivo I.V.A. (esercitante attività d’impresa, professione o arte) e la vertenza inerisca l’esercizio della propria attività d’impresa, professione o arte.

1) Con riferimento al primo quesito, si osserva quanto segue.

L’introduzione, nel nostro ordinamento, di un tasso d’interesse che, sia pure con il dichiarato scopo di incentivare il tempestivo pagamento del corrispettivo di beni e servizi nelle transazioni commerciali, può assumere valori superiori a quello ordinariamente previsto in tema di obbligazioni pecuniarie dall’art. 1284 del codice civile, come integrato, da ultimo, dal D.M. 4 dicembre 2009, ha indotto taluni operatori ad interrogarsi sulla compatibilità tra i due complessi normativi.

In particolare, si è posto il problema di risolvere l’apparente conflitto che si verifica nell’ipotesi in cui il tasso di interesse, calcolato in via automatica sulla base dei criteri previsti dal primo comma dell’art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, superi la “soglia”, anch’essa stabilita *ex lege*, oltre la quale il tasso di interesse viene considerato usurario.

Sul punto, si ritiene che la compatibilità rispetto ai limiti del tasso previsto dal già citato art. 5, primo comma, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, con le norme dettate in tema di usura, sia *ex ante* assicurata dalla sua previsione normativa, non potendo, pertanto, in alcun caso porsi un problema di usurarietà di un tasso espressamente individuato, anche in maniera indiretta, dalla legge.

In primis, infatti, si evidenzia che sia l’art. 644 del codice penale, sia l’art. 1815, secondo comma, del codice civile, come integrati dall’art. 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, appaiano tassativamente collegabili alla sola pattuizione o promessa di interessi della cui usurarietà si discute, avendo quale substrato e presupposto di applicabilità la fonte convenzionale del tasso d’interesse da valutare.

Nell’ipotesi del saggio previsto dall’art. 5, primo comma, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, all’opposto, il tasso, salvo sue deroghe, è sta-

bilito per legge, e non convenzionalmente, e non può, in quanto tale, considerarsi usurario.

In secondo luogo, si osserva che la stessa fonte sovranazionale e la natura di normativa di adeguamento ad obblighi comunitari assunti dal nostro ordinamento fa, dell'articolato in commento, una fonte c.d. rinforzata, in quanto tale prevalente su disposizioni interne eventualmente contrastanti od incompatibili, anche al fine di assicurare quella soglia di tutela minima dei debitori nell'ambito delle transazioni commerciali.

2) Con riguardo al secondo quesito, si ritiene di poter condividere quanto sostenuto da codesta Amministrazione, argomentando in base al disposto di cui all'art. 6, quinto comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, ai sensi del quale "... per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi ... fatte allo Stato ... l'imposta diviene esigibile all'atto del pagamento dei relativi corrispettivi ...".

Infatti, posto che, come correttamente osservato dall'intestata Amministrazione, l'I.V.A., nei confronti del soggetto passivo non consumatore finale, costituisce una mera partita di giro, in quanto la stessa viene da questi versata all'Erario nell'identico importo ricevuto dal committente e, comunque, soltanto al momento del pagamento da parte del committente medesimo, non può ritenersi sussistente alcun "danno" da risarcire, in via forfettaria, con il pagamento di interessi moratori sulla somma originariamente dovuta.

A ciò deve aggiungersi che, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (*ex multis*, Corte di cassazione, Sez. I, 2 giugno 2000, n. 7308), "*deve escludersi l'esistenza nell'ordinamento di un principio secondo cui i pagamenti da parte dello Stato (nella specie, per corrispettivi di opere in appalto pubblico) siano subordinati alla previa fatturazione. Tale principio non può desumersi, infatti, né dall'art. 277 del r.d. n. 827 del 1924 (regolamento sulla contabilità dello Stato), che non fa alcun riferimento né implicito, né esplicito alla necessità della fatturazione quale condizione di esigibilità dei crediti verso lo Stato, né dagli art. 6 e 21 del d.P.R. n. 633 del 1972, per i quali ultimi l'obbligo della fatturazione [da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, n.d.r.] non sorge prima del pagamento del compenso*".

Pertanto, non essendovi alcun obbligo di fatturazione, da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, prima del pagamento del compenso da parte del committente, sembra evidente come non sorga, sino a quel momento, alcun obbligo, da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, nei confronti dell'Erario.

3) Con riguardo, infine, al terzo ed ultimo quesito prospettato a questo Legale Ufficio, si osserva che, con circolare n. 203/E del 6 dicembre 1994, il Dipartimento delle Entrate dell'allora Ministero delle Finanze, conformandosi ad un parere reso dalla Scrivente Avvocatura dello Stato, ha chiarito che alla

parte vittoriosa nel processo spetta il diritto di conseguire dal soccombente, condannato al pagamento delle spese processuali, anche il pagamento dell'onorario spettante al proprio difensore.

Ha, altresì, specificato che l'I.V.A. relativa all'onorario non dovrà essere rimborsata dalla parte soccombente qualora la controparte sia, come nel caso di specie, un soggetto passivo I.V.A. (esercitante attività d'impresa, professione o arte) e la vertenza inerisca all'esercizio della propria attività d'impresa, professione o arte.

In tal caso, infatti, non è dovuto il rimborso dell'imposta perché la parte vittoriosa potrà esercitare il diritto di rivalsa di detrazione dell'imposta (art. 19 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) e potrà, quindi, portare in detrazione l'imposta medesima, pagata al difensore, in sede di liquidazione periodica.

Ciò trova conferma nel consolidato orientamento giurisprudenziale in forza del quale *“il credito del difensore antistatario nei confronti della parte soccombente, a seguito del provvedimento di distrazione delle spese giudiziali, comprende, oltre agli onorari non riscossi ed alle spese anticipate, il correlativo importo dell'I.V.A., quando la parte vittoriosa non sia autorizzata a portare in detrazione tale imposta, atteso che il suddetto credito ha la medesima natura e consistenza di quello spettante al cliente nei confronti della controparte per la rifusione delle spese processuali, le quali includono quanto si è corrisposto o si dovrà corrispondere al proprio difensore a titolo di rivalsa dell'I.V.A. (senza possibilità di riversare il relativo carico su altri soggetti), e che inoltre la disciplina dell'I.V.A., identificante in via esclusiva nel cliente del professionista il soggetto passivo dell'obbligazione di rivalsa, non osta a che, in forza dell'autonomo e distinto obbligo nascente dalla pronuncia di condanna alle spese, il denaro occorrente alla attuazione della rivalsa venga fornito da un terzo estraneo al rapporto professionale, fermo restando l'obbligo del difensore distrattario di emettere la fattura sempre nell'ambito di tale ultimo rapporto, cioè nei confronti del cliente, indicando nella fattura stessa l'I.V.A. percepita ed il suo pagamento da parte del soccombente, in base al provvedimento di distrazione”* (Corte di cassazione, S.U., 12 giugno 1982, n. 3544).

Il presente parere è stato sottoposto all'esame del Comitato Consultivo di cui all'art. 26 della legge n. 103/1979 nella seduta del 17 settembre 2010, il quale si è espresso in conformità.

A.G.S. - Parere del 21 settembre prot. 294165/86 - avv. Stato Giuseppe Albenzio - AL 90/06.

«Pubblico impiego contrattualizzato. Restitutio in integrum relativa a periodi di sospensione obbligatoria dal servizio conseguente all'adozione di misure restrittive della libertà personale»

1. L'Agenzia delle Dogane chiede di rivedere o di confermare il parere reso da questa Avvocatura Generale al Ministero in indirizzo in data 12 maggio 2006, concernente la pretesa di ricostruzione economica della carriera per il periodo di sospensione cautelare dal servizio disposta dall'Amministrazione nei confronti del dipendente sottoposto a misure restrittive della libertà personale nell'ambito di procedimenti penali conclusisi poi con sentenza di assoluzione con formula piena.

Ai fini del riesame della questione l'Agenzia richiama le disposizioni del CCNL del Comparto Ministeri 2002, riprodotte nel CCNL del Comparto Agenzie fiscali 2004, ed osserva che il principio generale desumibile anche da Cass. 19169/2006 potrebbe portare al riconoscimento del diritto alla *restitutio in integrum* per il dipendente sospeso obbligatoriamente dal servizio in seguito a misura restrittiva della sua libertà personale ma, poi, assolto con formula piena con sentenza definitiva.

2. Riesaminando la questione, la Scrivente osserva quanto segue.

La giurisprudenza sopravvenuta al parere del 2006 ha confermato l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa (v. Tar Liguria, sez. I, 12 agosto 1996 n. 285; Tar Lombardia, sez. I, 10 febbraio 2003 n. 229; Tar Lazio, sez. III, 21 maggio 1993 n. 835, oltre le decisioni menzionate nel detto parere), nel senso che la sospensione del sinallagma contrattuale dovuta a causa non imputabile all'amministrazione (quale, appunto, in seguito a sospensione obbligatoria dal servizio per restrizione in carcere del dipendente) non comporta in linea di principio il diritto del dipendente che non abbia effettuato la prestazione lavorativa alla *restitutio in integrum* in seguito ad assoluzione in sede penale: *“Ai fini della restitutio in integrum in favore del dipendente disciplinarmente sanzionato, deve essere dedotto il periodo di tempo in cui la prestazione lavorativa non vi è stata per effetto della eventuale misura interdittiva di sospensione dal servizio inflitta ai sensi dell'art. 289 c.p.p., trattandosi di misura cautelare penale (che evidentemente interrompe il sinallagma contrattuale)”*. (C. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 575); *“... ai fini della restitutio in integrum deve essere dedotto il periodo di tempo in cui la prestazione lavorativa non vi è stata per effetto della misura interdittiva di sospensione dal servizio inflitta ai sensi dell'art. 289 c.p.p., trattandosi di misura cautelare penale, che evidentemente interrompe il sinallagma contrattuale”* (C. Stato, sez. IV, 12 luglio 2007, n. 3986).

Peraltro, precedenti decisioni dello stesso Consiglio di Stato si esprimono

in termini che paiono aprire alla possibilità di eccezioni al principio sopra delineato [*“L’art. 97 d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3, che prevede espressamente l’ipotesi in cui l’impiegato sospeso dal servizio sia assolto con formula piena nel procedimento penale e nei suoi confronti sia stata disposta la restitutio in integrum, ha natura eccezionale, in quanto volutamente derogatoria del principio fondamentale di sinallagmaticità delle due prestazioni (obbligo retributivo e prestazione lavorativa)”*, C. Stato, sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3827], mentre dalla citata sentenza della Cassazione n. 19169/2006 si può dedurre *a contrario* il diverso principio secondo cui, quando la mancata prestazione (e conseguente interruzione del rapporto sinallagmatico) non sia imputabile al lavoratore, questi non deve sopportare gli effetti sfavorevoli (in riferimento, in particolare, alla retribuzione), indipendentemente dalla “colpa” del datore di lavoro.

3. In questa situazione di incertezza sul piano giurisprudenziale interviene (per il comparto che ci interessa) il CCNL che, negli art. 15, commi 7-8, (CCNL 2002) e 70, commi 7-8, (CCNL 2004) disciplina il caso in esame, così disponendo: *«il dipendente che sia colpito da misura restrittiva della libertà personale è sospeso d’ufficio dal servizio con privazione della retribuzione per la durata (...) dello stato restrittivo della libertà» ... «al dipendente sospeso ai sensi dei commi da 1 a 5 sono corrisposti un’indennità pari al 50% della retribuzione (...) nonché gli assegni del nucleo familiare e la retribuzione individuale di anzianità, ove spettanti» ... «nel caso di sentenza definitiva di assoluzione o proscioglimento (...) quanto corrisposto nel periodo di sospensione cautelare a titolo di indennità verrà conguagliato con quanto dovuto al lavoratore se fosse rimasto in servizio, escluse le indennità o compensi per servizi speciali o per prestazioni di carattere straordinario».*

La giurisprudenza sulla quale si era basato il precedente parere di questa Avvocatura concerneva casi nati sotto la vigenza del dpr 3/1957, mentre quella citata nel precedente paragrafo non ha preso in considerazione le clausole del CCNL sopra riportate, o clausole analoghe, che invece, ad avviso della Scrivente, vanno valorizzate con conseguente riesame del precedente parere reso al Ministero.

Si potrebbe, pertanto, ritenere che i casi segnalati da codesta Agenzia debbano essere regolati secondo le disposizioni del CCNL vigente, in ossequio al principio generale per i rapporti di pubblico impiego *contrattualizzato*; il testo contrattuale da tenere presente dovrà essere quello del momento in cui, con l’assoluzione in sede penale, è maturato per il dipendente il diritto alla *restitutio in integrum*, in considerazione della validità temporale dei contratti per i periodi negli stessi indicati e della necessità di tenere presente, come già detto, il momento in cui si *riespande* il diritto del dipendente, altrimenti precluso dalla obbligatorietà della sospensione a suo tempo disposta (si veda, a conforto, la giurisprudenza della Cassazione in ordine al momento in cui con-

siderare compiuto il presupposto per la determinazione dell'indennità per ingiusta detenzione: Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2000 e 11 maggio 1993; sez. I, 20 gennaio 1992).

Le disposizioni del CCNL sopra citate (e vigenti all'epoca della maturazione del diritto) sono chiare nel senso di riconoscere al dipendente il diritto alla *restitutio* nei termini ivi indicati, in ossequio al principio che il *rischio* retributivo non resta a carico del lavoratore qualora l'interruzione del sinallagma contrattuale non sia allo stesso imputabile.

La soluzione proposta non è supportata da pronunzie giurisprudenziali specifiche per il comparto *de quo* e, quindi, il presente parere è suscettibile di riesame in relazione ad una diversa interpretazione della norma contrattuale che dovesse sopravvenire in sede giudiziaria.

Il parere è stato sottoposto all'esame del Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 17 settembre 2010.

A.G.S. - Parere del 1° ottobre 2010 prot. 299933/49/61 - avv. Stato Marina Russo - AL 6569/10.

«Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni. Pagamenti nei confronti delle società cessionarie in caso di fallimento della società cedente: spettanza dei crediti ceduti»

Viene nuovamente sottoposta all'attenzione della Scrivente la questione in oggetto, relativamente alla quale è stato già reso parere con nota prot. 170250 del 20 maggio 2010.

In detto parere, la Scrivente esprimeva avviso favorevole a che l'Amministrazione desse corso ai pagamenti nei confronti delle società cessionarie, salvi alcuni adempimenti prudenziali, segnatamente la richiesta al curatore fallimentare di rendere nota l'eventuale pendenza di azione revocatoria ovvero la sua imminente proposizione.

L'Amministrazione in indirizzo segnala, ora, di non aver ancora dato corso ai pagamenti nei confronti delle società cessionarie, e ciò in considerazione di quanto qui di seguito si sintetizza:

a) la Direzione di Amministrazione dell'Esercito, in situazione analoga a quella che interessa l'Arma dei Carabinieri, ha ritenuto di continuare ad eseguire i pagamenti nei confronti delle società cedenti, *medio tempore* fallite;

b) la curatela dei fallimenti non ha dato formale riscontro alla richiesta di informazioni circa eventuali azioni revocatorie, ma – in un caso – ha informalmente suggerito di attendere una statuizione del giudice fallimentare, da

adottarsi auspicabilmente nell'ambito di una prossima udienza, fissata per il 24 novembre 10 (peraltro, non si conosce lo specifico incombente processuale per il quale detta udienza è fissata, sicché la possibilità che - in quella sede - il giudice affronti la questione della revocabilità della cessione appare dubbia);

c) uno dei dipendenti mutuanti è stato nelle more segnalato alla Centrale dei rischi come "cattivo pagatore" dalla società cessionaria (cioè che ben potrebbe verificarsi prossimamente anche in danno di molti altri), sicché l'Amministrazione in indirizzo chiede anche di conoscere se sia possibile diffidare la suddetta Centrale dei rischi dall'adottare analoghe iniziative in futuro.

Tanto premesso, con la presente nota si espone quanto segue.

Occorre innanzi tutto procedere ad un chiarimento preliminare: la questione dell'efficacia nei confronti dell'Amministrazione della cessione dei crediti aventi ad oggetto il quinto dello stipendio va tenuta ben distinta rispetto alla questione del sopravvenuto fallimento delle società mutuanti che detta cessione hanno effettuato.

Infatti - una cessione che fosse rispettosa delle forme di cui all'art. 69 del R.D. 2440/1923, ed alla quale, in ipotesi, non ostasse (sul che ci si diffonderà *infra*) la norma di cui all'art. 42 III comma del D.P.R. 180/50 - non potrebbe perdere efficacia solo per effetto della dichiarazione di fallimento del cedente.

La cessione perderebbe infatti efficacia unicamente nel caso in cui il curatore agisse in revocatoria, ottenendo sentenza favorevole.

In mancanza, il debitore ceduto non potrebbe che dar corso ai pagamenti nei confronti del cessionario, e ciò indipendentemente dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento del cedente.

Pertanto il suggerimento, di cui al parere reso il 20 maggio 2010, di acquisire informazioni dai curatori fallimentari circa l'eventuale pendenza di azioni revocatorie, deve intendersi finalizzato ad acquisire conoscenza dell'esistenza di un contenzioso in sede giudiziale tra il fallimento della società cedente ed il cessionario, avente ad oggetto la spettanza dei crediti ceduti, essenzialmente in quanto - in presenza di tale contenzioso - l'Amministrazione potrebbe fare ricorso alla procedura del sequestro liberatorio, onde mettere i crediti contestati a disposizione di chi, all'esito dell'azione revocatoria, ne risultasse titolare.

Tuttavia, poiché i curatori fallimentari, pur richiestine, non hanno comunicato la pendenza o l'imminente avvio di azioni revocatorie, non resta che verificare se alla cessione *de qua* osti la norma di cui al menzionato art. 42 III comma, o se - invece - la cessione stessa sia efficace nei confronti dell'Amministrazione e questa debba pertanto pagare il dovuto ai cessionari.

Quanto sopra, fermo restando che - ove la proposizione di azioni revoca-

torie dovesse constare in futuro - il sequestro liberatorio delle somme ancora dovute potrà comunque essere richiesto in tal sede.

Venendo, quindi, all'esame dell'art. 42 III comma cit., si osserva quanto segue.

La norma, come noto, recita: *“Sono inefficaci rispetto allo Stato ed agli altri enti dai quali i cedenti dipendono, i sequestri, i pignoramenti e le alienazioni delle quote di stipendio o di salario cedute”*.

Volendo ricostruire la *ratio* della norma, sembra che l'inefficacia dei pignoramenti e dei sequestri sia finalizzata a tutelare l'interesse, tanto del dipendente quanto del mutuante, a che iniziative di terzi non compromettano l'esecuzione del contratto di mutuo.

Quanto al divieto di alienazione delle quote di stipendio cedute, la norma sembra assai meno chiara: prova ne sia il fatto che la Ragioneria Generale dello Stato, nella nota del 20 aprile 2010 n. 32216 richiamata nel parere del 20 maggio 2010, ha auspicato un intervento normativo.

Ed invero, deve innanzi tutto escludersi che le “alienazioni” cui si riferisce la norma siano quelle poste in essere dallo stesso dipendente mutuatario (la norma sarebbe in tal caso superflua, atteso che il dipendente non potrebbe in nessun caso – anche indipendentemente da quanto afferma l'art. 42 III comma – legittimamente disporre della quota di stipendio di cui ha già in precedenza disposto con la cessione).

Si tratta, allora, di verificare quale possa essere una ragionevole giustificazione al divieto di alienazioni (che costituisce peraltro deroga al principio generale della libera cedibilità dei crediti), nell'assunto che le alienazioni in questione si identifichino con quelle poste in essere da parte del mutuante.

Ritiene al riguardo la Scrivente che una giustificazione al divieto di alienazione delle quote cedute potrebbe essere ravvisata unicamente nell'esigenza di evitare che, tramite la cessione, il diritto alla quota di stipendio possa essere trasferito a soggetti diversi da quelli che - soli - a mente dell'art. 15 del D.P.R. 180/50 sono ammessi a concedere prestiti e che, per l'effetto, da una parte hanno titolo a ricevere il periodico pagamento delle quote dall'Amministrazione e, dall'altra, possono essere (e frequentemente sono) convenzionalmente tenuti a corrispondere alla stessa eventuali indennizzi, a copertura delle spese di accredito.

Analoga *ratio* ricorreva, ad esempio, nel caso dei limiti alla sequestrabilità e cedibilità dei crediti per corrispettivo di contratti in corso di cui all'art. 9 dell'All. E alla legge 2248/1865 (*“Sul prezzo dei contratti in corso non potrà avere effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione, se non vi aderisca l'amministrazione interessata”*).

I cessionari diversi dai soggetti di cui all'art. 15, infatti, potrebbero non garantire le stesse caratteristiche di affidabilità ed onorabilità di questi ultimi, sicché – così come l'art. 15 mira ad evitare che i dipendenti pubblici assumano

obbligazioni nei confronti di soggetti la cui serietà non può essere certa - è altresì opportuno evitare che l'Amministrazione si trovi, a sua volta, di fatto costretta ad interagire - a seguito di atti dispositivi delle quote di stipendio cedute - con soggetti che non assicurino lo "standard" di affidabilità di quelli enumerati all'art. 15.

Ciò premesso - l'interpretazione letterale dell'art. 42 III comma cit. dovrebbe condurre alla conclusione che nessuna alienazione delle quote di stipendio cedute, operata dal mutuante, può essere opposta all'Amministrazione, in linea con quanto previsto dall'art. 1260 c.c. *"Il creditore può trasferire ... il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché... il trasferimento non sia vietato dalla legge"*.

Tuttavia, una lettura del richiamato articolo che tenga conto della *ratio legis* come sopra ricostruita, ben può indurre a ritenere, in via di interpretazione adeguatrice, e come sostenuto dalla Scrivente nel parere del 20 maggio 2010, che - in un caso come quello che ne occupa - la soluzione possa essere diversa, allorché la modifica soggettiva del creditore risulta di fatto ininfluenta.

Più precisamente, il mutamento della persona del creditore è indifferente, allorché i cessionari (nella specie Barclays Bank e Neos Finance) sono, a loro volta, istituti esercenti il credito e rientrano, come tali, nella previsione dell'art. 15 del D.p.r. 180/50.

Tale circostanza - unitamente alla non secondaria considerazione, valorizzata anche dalla Ragioneria Generale dello Stato nella citata nota del 20 aprile 2010 n. 32216, dei possibili pregiudizi (già effettivamente insorti) che una diversa soluzione implica per gli incolpevoli dipendenti che hanno "subito" la vicenda, ritrovandosi sostanzialmente inadempienti nei confronti dei soggetti cessionari del credito - induce la Scrivente a confermare il parere già reso in data 20 maggio 2010 con nota n. 170250.

Quanto, infine, alla possibilità di indirizzare una formale diffida alla Centrale dei rischi, come meglio illustrato al punto c), si rappresenta che eventuali iniziative in tal senso competono unicamente al diretto interessato.

Per parte sua, tuttavia, l'Amministrazione, in un'ottica di collaborazione, potrebbe però contribuire a chiarire la vicenda alla Centrale stessa con apposita nota, illustrando in particolare come le somme siano state finora versate ai fallimenti, in ragione delle incertezze interpretative del caso e nelle more del necessario approfondimento ai fini di una corretta interpretazione normativa.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità.

A.G.S. - Parere del 12 ottobre 2010 prot. 311287 - avv. Stato Enrico De Giovanni - AL 36023/10.

«Istanze di rimborso delle spese legali ex art. 18 D.L. n. 67/97. Proscioglimento ex art. 425 comma 3 cod. proc. pen. Spettanza»

L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli pone, per l'eventuale sottoposizione al Comitato Consultivo, un quesito in merito alla spettanza del rimborso delle spese legali richiesto da dipendenti di Amministrazioni statali ex art. 18 D.L. n. 67 del 1997 a fronte di sentenze penali di non luogo a procedere emesse ex art. 425 comma 3 del c.p.p. dal giudice dell'udienza preliminare.

Come è noto il citato comma 3 così recita: "3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio".

L'Avvocatura Distrettuale di Napoli, con due schemi di parere, riguardanti fattispecie analoghe sotto i profili che saranno approfonditi, esaminati ed approvati a maggioranza come posizione della medesima Avvocatura Distrettuale in riunione collegiale dell'11 agosto 2010, ritiene (si prende qui a riferimento il CS 950/09) che nel caso di specie dalla lettura della sentenza di non luogo a procedere si evince che "la responsabilità del prevenuto non risulta affatto esclusa, con riguardo alle ipotizzate fattispecie penali". Anzi, "dalla predetta sentenza emergono significativi elementi di sospetto" nonché "rilevanti elementi indiziari". Pertanto, prosegue l'Avvocatura distrettuale, giacché il G.U.P. "ha ritenuto una situazione processuale di insufficienza degli elementi di accusa "non è possibile, in relazione al "perentorio disposto dell'art. 18 D.L. 67/97, superare l'argine del formale proscioglimento" che quella norma richiede per la concessione del rimborso; non vi è in sentenza, infatti, la dimostrazione della "totale mancanza di responsabilità dell'imputato".

Analoghe considerazioni valgono per l'altro schema di parere predisposto dall'Avvocatura distrettuale.

Va immediatamente segnalato che nessun atto processuale è stato allegato alla richiesta di parere; non si dispone pertanto neanche delle sentenze di non luogo a procedere: si ritiene comunque di poter rendere un parere di massima, che, senza inerire specificamente a tutti i profili dei casi di specie, riguardi la generale possibilità che il rimborso in questione venga disposto in presenza di sentenza emessa ex art. 425 c. 3 c.p.p.

In sostanza, volendo estrapolare un principio di ordine generale dal contenuto dello schema di parere sopra riassunto, nonché dell'altro di analogo contenuto che per brevità si intende cognito, può affermarsi che l'Avvocatura napoletana opina che il rimborso non può, in quel caso, essere concesso, tranne che dalla lettura della sentenza non emergano circostanze che consentano di

escludere la responsabilità penale del richiedente il rimborso.

Siffatta conclusione, pur se pregevolmente e ampiamente argomentata, non può essere condivisa per le ragioni di seguito esposte.

La sentenza *ex art.* 425 c. 3 nel testo introdotto dall'art. 23 L. 16 dicembre 1999, n. 479, costituisce, secondo la condivisibile lettura della giurisprudenza della Suprema Corte, decisione che attesta la circostanza che l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi probatori acquisiti a carico dell'imputato non appaiono ragionevolmente superabili nel dibattimento, con conseguente prognosi dell'inutilità del dibattimento in senso favorevole all'accusa (cfr. Cass. Pen. VI, sent. 45275/01; Cass. Pen. II, sent. 14034/08; Cass. pen. IV, sent. 46403/08); non vi è dubbio che qualora il giudice possa invece pervenire ad un giudizio prognostico di innocenza dell'imputato la sentenza di non luogo a procedere debba emettersi *ex art.* 425 comma 1.

In generale, in merito alla genesi della disposizione, giova ricordare che la norma contenente la regola di giudizio in questione, volta a guidare il passaggio dalla fase dell'udienza preliminare a quella del dibattimento, ha formato oggetto di discussione fin dal 1988, anno di entrata in vigore del codice di rito. Se si considerano, poi, gli effetti della triplice interpolazione di cui l'art. 425 c.p.p. è stato fatto oggetto (vedi l. 8 aprile 1993, n. 105; l. 16 dicembre 1999, n. 479 e d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2000, n. 114), ben si comprende la complessità della regolamentazione che ne è scaturita, caratterizzata da formule normative eterogenee e ambivalenti: le conseguenti difficoltà interpretative, tuttavia, a giudizio di questo G.U. possono essere affrontate e risolte con particolare attenzione al rispetto dei principi costituzionali applicabili *in subiecta materia* e ad una corretta collocazione sistematica della singole norme.

Appare utile al riguardo rammentare anche talune posizioni manifestatesi in dottrina in merito alla ricordata produzione normativa. In particolare si è affermato che il comma 3 dell'art. 425 c.p.p., introdotto dall'art. 23 della Legge 16 dicembre 1999, n. 479, appare ricollegabile a due diversi criteri di giudizio rinvenibili altrove nel codice di rito (Cfr. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano 2000, 30-31): da un lato, al criterio di «insufficienza probatoria» previsto nell'art. 530 comma 2 c.p.p. in relazione all'assoluzione dibattimentale (in base al quale il giudice pronuncia l'assoluzione «anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova»); dall'altro, il criterio di «inidoneità probatoria» (l'espressione è di GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1990, 1274) previsto nell'art. 125 disp. att. per l'archiviazione (secondo cui «il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi

acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio»).

Nel caso di specie ci si muove, evidentemente, nell'ambito del primo dei due criteri di giudizio. La sentenza di non luogo a procedere resa ex art. 425 comma 3 costituisce decisione che attesta la circostanza per cui l'insufficienza o conflittualità degli elementi probatori acquisiti a carico dell'imputato, non appaiono ragionevolmente superabili nel dibattimento, con conseguente prognosi dell'utilità nel dibattimento in senso favorevole all'accusa (di nuovo cfr. Cass. Pen., VI sez., sent. 45275/2001; Cass. Pen., II sez., sent. 14034/2008; Cass. Pen., IV sez., sent. 46403/2008).

Presupposti per emettere sentenza di non luogo a procedere ai sensi della prima parte del comma 3 sono dunque non soltanto l'insufficienza o contraddittorietà delle prove, ma un giudizio prognostico del G.U.P. sugli sviluppi dibattimentali. La situazione di insufficienza o contraddittorietà in quanto tale non implica, dunque, pronuncia di non luogo a procedere in ogni caso, ma esclusivamente quando vi è la convinzione che l'incertezza non potrà essere risolta in dibattimento, perché il materiale presentato ha esaurito tutta la sua potenzialità (Cfr. APRILE, *Giudice unico e processo penale. Commento alla legge «Carotti» 16 dicembre 1999, n. 479*, Milano 2000, 115 ss.).

Dunque, se da un lato la sentenza di non luogo a procedere non accerta in modo definitivo che l'imputato non è colpevole del reato ascrittogli (tanto che è suscettibile di revoca, ex art. 434 c.p.p., nell'ipotesi in cui vengano scoperte nuove prove a carico), va altresì considerato che essa non concreta nemmeno un semplice provvedimento di tipo "processuale", destinato null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero» (contra Corte Cost. 27 giugno 1997 n. 206). La dottrina ha infatti sottolineato che, a rigore, ciò vale unicamente nell'ipotesi in cui la sentenza *de qua* contenga un puro accertamento di rito, ossia quando il g.u.p. emani il proscioglimento poiché sussiste una causa «per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita». In tutti gli altri casi, il non luogo a procedere impedisce la piena cognizione sul merito sulla base di una valutazione che, tuttavia, ha ad oggetto il fatto addebitato all'imputato (così, CARRERI, *Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di rito o giudice di merito?*, in Cass. pen. 1994, 2834 ss.).

Si aggiunga che, in seguito alla riforma del 1999, larga parte della dottrina è giunta ad affermare che i nuovi poteri conferiti al g.u.p. hanno trasformato la sentenza di non luogo a procedere in un vero e proprio provvedimento di merito (ex multis BASSI, *I rapporti fra il giudizio di gravità in materia cautelare e il decreto che dispone il giudizio all'indomani della riforma del giudice unico*, in Cass. pen. 2001, 353). La stessa Corte costituzionale, mettendo in evidenza come l'esigenza di completezza delle indagini, il potere di integrazione probatoria in capo al g.u.p. e le nuove cadenze delle

investigazioni difensive siano «tutti elementi di novità che postulano, all'interno dell'udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato, e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde – quanto alla determinazione conclusiva – un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di «sommarietà» che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo “stato degli atti”». In particolare, significativamente, la Corte rileva che «l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare, riposa, dunque, su una valutazione del merito della causa ormai non più distinguibile – quanto ad intensità e completezza del panorama delibativo – da quella propria di altri momenti processuali» (vedi Corte cost. n. 224 del 2001).

Questa prospettiva appare confortata da autori come V. GAROFOLI, (*Udienza preliminare e regole minime per evitare inutili dibattimenti*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2005, 533 ss.), il quale parla, in forza delle modifiche apportate con la legge c.d. Carotti, di “diversa e maggiore pregnanza” dell'udienza preliminare, di una “nuova fisionomia” tale da avvicinarla sempre di più ad un giudizio di merito, finalizzato a tracciare il *discrimen* tra colpevolezza e innocenza (l'autore considera, in particolare, i nuovi poteri istruttori consegnati al G.U.P. ai sensi dell'art. 421-bis e 422 c.p.p.).

Alle considerazioni finora svolte altre due se ne devono aggiungere, di estrema rilevanza.

Argomento di fondamentale importanza che spinge a sostenere la tesi della esclusione della responsabilità del dipendente prosciolto ai sensi del terzo comma dell'art. 425 c.p.p. prima parte, è la lettura di tale disposizione all'interno del sistema delle sentenze di non luogo a procedere messe dal GUP.

È del tutto logico, infatti, equiparare la suddetta ipotesi alle altre delineate dal comma 1 dell'art. 425, come uno dei casi, *ex multiis*, di esclusione della responsabilità, se si presta la dovuta attenzione al contesto ordinamentale, che comunque, è bene ribadirlo, è retto dal principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost..

La sentenza di non luogo a procedere, resa *ex art.* 425 comma 3, è senz'altro sentenza di non accertata colpevolezza, e, letta in combinato disposto con l'art. 27 della Costituzione, sentenza di non accertata responsabilità. Si tratta, come è agevole intuire, di una fattispecie per più versi differente da quella rappresentata da una sentenza che, pur affermando la responsabilità, neghi, poi, la punibilità, come accadrebbe ad esempio se il reato in questione fosse prescritto o la querela rimessa.

A nulla servirebbe obiettare a ciò che la sentenza di non luogo a procedere è ricorribile per cassazione da parte dell'imputato, salvo che con la sen-

tenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso (lett. b, comma 1, dell'art. 428, rubricato "impugnazione della sentenza di non luogo a procedere", così sostituito dall'art. 4 della L. 20 febbraio 2006, n. 46).

Dal tenore di questa norma si ravvisa infatti il diritto dell'imputato a vedersi prosciolto con una assoluzione piena, dal momento che si nega l'impugnabilità solamente nei casi del comma 1 dell'art. 425; pertanto, poiché anche all'interno del comma 1 si ritrovano formule che esprimono una assoluzione vera e propria (se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato) e danno comunque luogo a impugnabilità, evidentemente con la norma di cui alla lett. b, comma 1, dell'art. 428 il legislatore ha inteso equiparare, o comunque assimilare, la sentenza *ex art. 425 c. 3* a queste ultime.

Altro argomento che appare comunque decisivo *ex se* scaturisce dalla constatazione che il rimborso *ex art. 18 d.l. 67/97* spetta, senza dubbio alcuno, ai dipendenti di Amministrazioni statali che siano stati assolti in sede dibattimentale dopo aver subito un rinvio a giudizio da parte del g.u.p.; negando il rimborso nei casi previsti dall'art. 425 co. 3 c.p.p. ci si troverebbe dinanzi all'incongrua e illogica situazione di concedere il beneficio a chi abbia tenuto una condotta rispetto alla quale erano emersi elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio e di negarlo a coloro nei cui confronti tale situazione non si era neanche verificata, finendo con il cagionare una disparità di trattamento in danno di soggetto più meritevole di essere tenuto indenne dalle spese legali.

Ad abundantiam si sottolinea ancora che la decisione *ex comma 3 art. 425* in parola appare ontologicamente connessa ad una valutazione che non giunge ad affermare l'innocenza dell'imputato, cosicché l'indagine, pur acutamente svolta dall'Avvocatura Distrettuale, in merito agli specifici contenuti della sentenza non appare necessaria: lo schema normativo, infatti, è tale da escludere in radice, a fronte di una decisione *ex comma 3 art. 425*, la possibilità di rinvenire in motivazione affermazioni di piena esclusione della responsabilità penale dell'imputato.

Tutto ciò premesso si ritiene che la norma in parola debba necessariamente essere interpretata ed applicata alla luce dell'art. 27, secondo comma della Costituzione, in virtù del quale "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

La presunzione di innocenza si riverbera dunque sul significato e valore da attribuire alla decisione di non doversi procedere *ex art. 425, comma 3*; poiché o si è innocenti o colpevoli (dopo la condanna definitiva), la circostanza che venga meno la pendenza di un giudizio penale poiché non vi sono elementi

idonei a sostenere l'accusa in giudizio non può che determinare la conseguenza che il prosciolto debba essere considerato innocente, il che significa che tale decisione è idonea ad escludere la responsabilità dell'agente concretandosi, così, il presupposto richiesto dall'art. 18 D.L. 67/97 per la concessione del rimborso delle spese legali.

In tal senso si è espresso il Comitato Consultivo nella seduta del 30 settembre 2010.

A.G.S. - Parere del 2 novembre 2010 prot. 335322 - avv. Stato Marco Stigliano Messuti - AL 12531/10.

«Responsabilità esclusiva del Dirigente per le sanzioni amministrative irrogate per violazione della normativa in materia di "tutela della salute dei non fumatori". Non addebitabilità all'Amministrazione di appartenenza»

Si chiede a questo Generale Ufficio se possano essere addebitate a codesta Autorità le sanzioni amministrative inflitte al dott. (omissis), Direttore del Servizio del Personale e delle Risorse Finanziarie, per il mancato aggiornamento dei cartelli "VIETATO FUMARE", così come invece previsto dalla l. 16 gennaio 2003, n. 3, art. 51, dal d.p.c.m. di attuazione n. 12753 del 23 dicembre 2003, dalla l. 30 dicembre 2004, n. 311.

Il Dirigente ha addotto a suo favore:

a) che l'adeguamento dei cartelli di divieto di fumo concreta una attività di indirizzo politico-normativo, nella disponibilità dell'organo collegiale e non anche della Dirigenza Generale ai sensi dell'art. 12, commi 2 e 4 lett. d), della delibera 316/02/CONS del 9 ottobre 2002: d'altra parte il modello di riferimento è contenuto nell'all. B) alla delibera 188/04/CONS del 9 giugno 2004, avente natura precettiva e non meramente esemplificativa del disposto legislativo e regolamentare;

b) che con riferimento alla condotta in esame, sussiste un rapporto di immedesimazione organica tra Dirigenza Generale e Autorità: il comportamento contestato si assume come "compiuto nell'esercizio delle attribuzioni affidate [...], così che vi sia stato un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere e il compimento dell'atto"; in altre parole, "il dipendente non avrebbe assolto ai suoi compiti se non ponendo in essere quella determinata" azione, donde la addebitabilità a carico della amministrazione delle sanzioni irrogate durante lo svolgimento delle dovute mansioni;

c) che l'onere di adeguamento dei cartelli grava sull'Autorità, la quale avrebbe dovuto modificare la delibera 188/04, rendendola compatibile con la l. 16 gennaio 2003, n. 3, art. 51, il d.p.c.m. di attuazione n. 12753 del 23 di-

cembre 2003, e la l. 30 dicembre 2004, n. 311; al contrario, il Direttore del Personale ha il solo dovere di sollecitare l'Autorità a conformarsi rispetto alle determinazioni legislative, come opportunamente fatto il 18 novembre 2004 ed il 12 gennaio 2005;

d) che l'adozione di un cartello difforme rispetto ai requisiti di legge è avvenuta ad opera del precedente Capo del Servizio del Personale: questa violazione non sarebbe dunque imputabile all'attuale dirigenza.

Tali obiezioni appaiono infondate.

In primo luogo non si può considerare la delibera 188/04 come uno strumento di indirizzo politico-normativo, di competenza esclusiva di codesta Autorità ai sensi dell'art. 2, co. 10, della l. 14 novembre 1995, n. 481.

Un atto politico è di necessità "un atto o provvedimento emanato dal governo, nell'esercizio del potere politico, anziché di attività meramente amministrativa" (C. Stato, sez. V; 7 ottobre 2009, n. 6167). Un atto, che ambisce ad esser ritenuto "politico", nonché fonte di un rapporto di identità funzionale tra pubblico dipendente ed Amministrazione, deve addurre novità rispetto alle vigenti prescrizioni e non rispecchiare fedelmente queste ultime. La qualcosa, tuttavia, non si ravvisa con riferimento alla delibera 188, che non importa alcuna innovazione rispetto al d.p.c.m. del 23 dicembre 2003.

Tutt' al più essa si pone come "traduzione interna" per gli uffici dell'Autorità delle prescrizioni già vigenti in materia di divieto di fumo nei locali delle amministrazioni pubbliche: recita infatti l'art. 1, co. 1, della delibera 188/04/CONS: "L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata Autorità, con il presente regolamento si impegna a far rispettare il divieto di fumo stabilito dalle norme vigenti, in particolare, la legge 11 novembre 1975, n. 584 e successive modifiche ed integrazioni e la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 14 dicembre 1995".

Ne consegue l'assoluta specularità tra le previsioni del d.p.c.m. del 2003, punto 7, e quelle della delibera 188, art. 2 co. 4, in tema di caratteristiche generali del cartello "VIETATO FUMARE".

A ciò si aggiunge che l'obbligo di conformazione rispetto alla vigente normativa deriva direttamente da quest'ultima e non anche dalla delibera collegiale. Così il TAR Lazio ha recentemente sostenuto che "la necessità di un adeguamento dei locali ai parametri tecnici indicati nel d.p.c.m. 23 dicembre 2003 non discende" dall'atto amministrativo impugnato, "ma direttamente dalla l. 16 gennaio 2003 n. 3 (art. 51)" (TAR Lazio, ord., 17 febbraio 2005, n. 841).

Dunque, con riferimento al caso di specie, i dirigenti sono immediatamente tenuti a conformarsi rispetto alle disposizioni del legislatore, senza attendere ulteriori interventi da parte delle autorità sovraordinate. Specularmente non possono invocare la necessità di intervento da parte dei predetti organi per giustificare le proprie manchevolezze rispetto agli obblighi di legge. Né

si può obiettare la sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica tra dirigente ed Amministrazione di appartenenza, cosicché alla stessa siano addebitate le sanzioni per illeciti amministrativi connessi alla attività lavorativa del primo: questi è tenuto ad agire in base alla normativa, legislativa e regolamentare, vigente, ancor di più se gli obblighi di comportamento e buona amministrazione sono dettati da quest'ultima.

Infine, si rappresenta che la responsabilità amministrativa del dirigente non è "intuitu personae" e quindi riferibile a chi ricopriva l'incarico al tempo della condotta illecita.

Al contrario, vige il principio funzionalistico in materia. Il punto 7 del d.p.c.m. del 2003 e l'art. 2, co. 4, della delibera 188/04/CONS impongono al Direttore del Servizio del Personale e Risorse Finanziarie, indipendentemente dal momento in cui questi abbia assunto l'incarico, un adeguamento del cartello "VIETATO FUMARE", indicando nello stesso il responsabile per l'accertamento delle sanzioni ed il suo sostituto, la normativa di legge vigente, le sanzioni attualizzate.

Spetta al dirigente generale avente funzione di capo del personale "ogni attività di gestione" dello stesso (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3546), ivi inclusa l'attuazione di direttive del legislatore, immediatamente esecutive ed efficaci, volte a regolare la vita lavorativa negli uffici pubblici. D'altra parte il Direttore del Servizio Amministrazione e Personale di codesta Autorità è individuato dal regolamento interno come il responsabile dell' "organizzazione del lavoro, in attuazione delle norme regolamentari" (comb. disp. art. 21, co. 1 lett. d) e co. 2, e art. 23, co. 1, delibera 316/02/CONS). Relativamente al periodo in cui gli illeciti, amministrativi e disciplinari sono accertati, questi è responsabile di tutto quanto accade negli uffici, nulla importa l'origine del comportamento non conforme alla legge. La responsabilità del dirigente è funzionale e non personale, dacché il medesimo è tenuto a verificare la corrispondenza dei suoi uffici rispetto alle "prescrizioni contrattuali", alle "regole deontologiche previste per i dipendenti pubblici", alle "prescrizioni formali previste dal legislatore" (Direttiva del Ministro per le Riforme e le Innovazioni nella Pubblica Amministrazione del 6 dicembre 2007, n. 8).

Da ultimo va osservato, sotto un profilo di natura processuale, che la legittimazione passiva del Dirigente, si è consolidata per effetto dell'acquiescenza al provvedimento di rigetto del ricorso amministrativo dallo stesso proposto dinanzi al Prefetto di Roma.

Ne consegue che in via di rivalsa nessuna legittimazione passiva (obbligo di rimborso), fa capo a codesta Autorità.

In conclusione, con riferimento all'obbligo di adeguamento dei cartelli "VIETATO FUMARE" rispetto alle vigenti prescrizioni legislative e regolamentari, si ritiene che tale condotta è richiesta ai capi degli uffici direttamente dal legislatore, mentre non necessita un intervento ulteriore dell'organo colle-

giale. Per di più i dirigenti devono immediatamente conformarsi alla più recente normativa in quanto ciò pretende un corretto svolgimento del loro incarico. La loro responsabilità non è personale, ma funzionale: essa è legata al periodo dell'accertata violazione e non pure della condotta contestata.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 28 ottobre 2010.

DOTTRINA

Indagine sul processo civile in Italia

Irragionevole durata del processo e possibili “ragionevoli” linee di intervento

*Michele Gerardo e Adolfo Mutarelli**

SOMMARIO: 1.- Introduzione. Metodo di lavoro 2.- Sintesi delle fonti del processo civile 3.- Brevi cenni sull'organizzazione ed amministrazione giudiziaria, con particolare riferimento al processo civile 4.- Analisi del carico di lavoro dei giudici ordinari 5.- Durata dei giudizi civili: analisi dei tempi eccessivi del loro svolgimento 6.- Proposte di modifica. Aspetti generali 7.- Proposte di modifiche ordinamentali 8.- Proposte di modifiche procedurali 9.- Conclusioni.

1. Introduzione. Metodo di lavoro

È osservazione condivisa sia dagli “*utenti*” del servizio giustizia che dagli addetti ai lavori che la giustizia civile in Italia versa in uno stato di grave crisi a causa dell'eccessiva ed intollerabile – in via generale – durata dei processi.

Altrettanto diffusa è l'opinione secondo cui il processo civile debba essere riformato al fine di assicurare una maggiore efficacia e funzionalità della giustizia civile.

Del resto, la preoccupazione di ogni Governo in queste ultime legislature è stata proprio quella di proporre “*novelle*” processuali mirate a modificare singoli aspetti – di volta in volta individuati come critici – del processo civile.

Con il presente lavoro si intende proporre delle riflessioni alfine di enucleare una possibile linea di riforma sistematica del processo civile in Italia, evidenziando come la ragionevole durata del processo deve costituire la ine-

(*) Avvocati dello Stato.

ludibile ricaduta sul piano giudiziario dell'adeguatezza processuale e costituzionale degli interventi normativi proposti.

La proposte formulate nel presente lavoro, traggono spunto da diversificati stimoli:

a) esistenza di incongruenze sistematiche delle attuali norme processuali;
 b) analisi delle esperienze del processo civile in Italia e verifica se il processo civile italiano possa essere “contaminato” - ed in che modo - da soluzioni processuali di altri sistemi giuridici. Quanto precede nella consapevolezza che singoli istituti possono essere del tutto peculiari di un ordinamento processuale rinvenendo la propria funzionalità solo in quanto inquadrabili in quel sistema. E' infatti sin troppo evidente che prendere acriticamente a modello istituti di altri ordinamenti potrebbe condurre a delle aporie sistematiche e non conseguire i dichiarati obiettivi di funzionalità e accelerazione. Si è ritenuto pertanto di procedere alla analisi – in modo sintetico – di taluni sistemi giuridici di riferimento, al fine di verificare se in relazione agli specifici istituti esaminati possa ritenersi conseguito un equo temperamento tra una giusta durata del processo e garanzia del diritto di difesa “a parità di armi” (art. 24 Cost.) in presenza di un giudice terzo;

c) proposte di riforme, numerose ed articolate, formulate in sede legislativa o dalla dottrina. L'atteggiamento cui è informato il presente lavoro può essere riassunto con le parole di un illustre Autore (1), componente della cd. Commissione Tarzia, il quale, nell'illustrare la conclusione dei lavori in ordine al processo di primo grado, dichiarò: “Noi... non abbiamo fatto altro che tentare di sviluppare con ordine e sistematicità un atteggiamento comune a tutti quanti siamo che studiamo e pratichiamo diritto, un atteggiamento che nasce appunto dalla pratica, la quale fa sorgere in ciascuno l'aspirazione ad essere legislatore. Quante volte, trovandoci insieme tra avvocati, ci si mette a parlare di lavoro, ed uno dice: <<Questa norma è sbagliata, io la scriverei così, adotterei quest'altra soluzione, rimprovero il legislatore di non aver previsto questo inconveniente...>> ed un collega gli risponde condividendo, contrastando, controproponendo, ma sempre con lo stesso interesse e spirito di ricerca del meglio! È da questo atteggiamento diffuso in tutti che nasce l'aspirazione a farsi legislatori, ed è incompressibile, anche se noi siamo saturi di riforme. Ad un certo punto, a forza di tentare e di insistere (<<... bussate, bussate e vi sarà aperto ...>>) qualche idea entra in circolo, qualche norma buona finalmente si afferma; ed è con questo spirito, partendo dall'esistente, cercando ogni possibile spazio di miglioramento, dalle semplici ripuliture verbali fino anche a scelte drastiche e coraggiose dove lo consentiva il tessuto normativo

(1) S. LA CHINA, in G. TARZIA (a cura di), *Il progetto di riforma organico del processo civile*, Giuffrè ed., Milano, 1998, p. 31.

preesistente, che [si è tentato di operare]”.

2. Sintesi delle fonti del processo civile

Come è noto, il processo civile in Italia trova la sua disciplina nella Costituzione, in norme del diritto internazionale, nel codice di procedura civile e in numerose leggi speciali. Disciplina solo mediata si rinviene nella normativa scaturente dall’Unione Europea.

Costituzione

La Costituzione, sulla materia, enuncia le seguenti regole:

“Tutti i cittadini... sono eguali davanti alla legge” (art. 3 comma 1);

“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” (art. 24, comma 1);

“La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento” (art. 24, comma 2);

“Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione” (art. 24, comma 3);

“La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari” (art. 24, comma 4);

“Il Consiglio di Stato è organo... di tutela della giustizia nell’amministrazione” (art. 100, comma 1); *“Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”* (art. 103, comma 1); *“La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”* (art. 103, comma 2);

“La giustizia è amministrata in nome del popolo” (art. 101, comma 1);

“I giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, comma 2);

“La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario” (art. 102, comma 1);

“Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura” (art. 102, comma 2); *“La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia”*

(art. 102, comma 3); *“La legge sull’ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”* (art. 106, comma 2); *“Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all’ufficio di consigliere di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d’esercizio e siano iscritti negli*

albi speciali per le giurisdizioni superiori” (art. 106, comma 3);

“La legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia” (art. 108, comma 2);

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” (art. 111, comma 1); *“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”* (art. 111, comma 2);

“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati” (art. 111, comma 6);

“Contro le sentenze... pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge” (art. 111, comma 7); *“Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”* (art. 111, comma 8);

“Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa” (art. 113, comma 1); *“Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (art. 113, comma 2); *“La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”* (art. 113, comma 3).

La sintesi delle richiamate regole è: processo ad armi pari tra i litiganti, titolari del diritto di difesa, dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale il quale deve decidere in tempi ragionevoli.

Norme del diritto internazionale

Norme del diritto internazionale incidenti sulla materia del processo civile sono contenute nei seguenti testi:

• Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo

Approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, costituente – così il suo Preambolo – un *“ideale comune da raggiungere da tutti i popoli e da tutte le nazioni”*:

“Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un’eguale tutela da parte della legge” (art. 7);

“Ogni individuo ha diritto ad un’effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge” (art. 8);

“Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri...” (art. 10).

Si osserva che “*La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo può essere considerata la più grande prova storica del consensus omnium gentium in ordine a un determinato sistema di valori*” (2) e “*Le successive evoluzioni giurisprudenziali consentono, ormai, di qualificare la Dichiarazione come appartenente ai principi generali del diritto internazionale*” (3).

• **Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**

Firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955 n. 848, nell’art. 6, comma 1: “*Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile... La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse...*”.

Tale Convenzione ha istituito una Corte Europea dei Diritti dell’uomo (artt. 19-51) al fine di assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti della Convenzione e dei suoi protocolli (art. 19 della Convenzione). “*La Corte Europea... ha più volte ribadito l’esigenza di una corretta amministrazione della giustizia; e ne ha tratto la conclusione che il diritto alla celerità del giudizio deve essere temperato con il diritto al contraddittorio; o più in generale con il diritto di difesa*” (4).

• **Patto internazionale sui diritti civili e politici**

Adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977 n. 881:

“*Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un’equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di... accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile...*” (art. 14, comma 1);

“*Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge...*” (art. 26).

Le norme citate, all’evidenza, enunciano principi e precetti già ampiamente garantiti dalla nostra Costituzione.

Codice di procedura civile

L’attuale codice di procedura civile è contenuto nel R.D. 28 ottobre 1940 n. 1443, in vigore dal 21 aprile 1942. Costava di 831 articoli ed è diviso in

(2) C. ZANGHI., voce “*Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo*”, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica, Corriere della sera, Il sole 24Ore*, Milano, 2007, vol. V, p. 49.

(3) C. ZANGHI, *op. ult. cit.*, p. 51.

(4) A. NAPPI, *Guida al Codice di procedura penale*, Giuffrè ed., Milano, 2007, pp. 26-27.

quattro libri: Disposizioni generali (artt. 1-162), Del processo di cognizione (artt. 163-473), Del processo di esecuzione (artt. 474-632) e Dei procedimenti speciali (artt. 633-831).

Il processo è disciplinato nel codice con norme dalla forma rigorosa. “*Checché si voglia concludere intorno alla bontà di certe soluzioni e di certi compromessi, va riconosciuto che tale codice costituisce il cosciente epilogo di almeno trent’anni di studi e dispute, di fecondo lavoro della scienza processualistica italiana, della quale certo non ignora i risultati*” (5).

Nel processo di cognizione, come concepito dal legislatore del 1942, dinanzi al Tribunale si prevedono le figure del giudice istruttore – che istruisce la causa al fine di renderla matura per la decisione – e del Collegio, che in una fase successiva decide la causa. Il giudice istruttore era dotato di notevoli poteri, quali quello di fissare la prima udienza e di consentire alle parti di sollevare nuove eccezioni e chiedere nuovi mezzi di prova dopo la prima udienza. Furono previsti moltissimi termini perentori, la cui inosservanza comportava preclusioni processuali. L’appello era una mera *revisio prioris instantiae*.

Il descritto originario assetto processuale ha subito, nel corso degli anni, ampie modifiche. Tra queste citiamo:

- L. 14 luglio 1950 n. 581 che ripristinò la citazione a udienza fissa e abrogò la disciplina delle preclusioni, in specie si ebbe la totale abolizione della preclusione delle allegazioni e prove durante tutto il corso del primo grado;

- L. 11 agosto 1973 n. 533 di riforma del processo del lavoro, con la quale si assegnarono le cause di lavoro alla competenza per materia del pretore, con la previsione di rigide preclusioni in capo alle parti, si vietarono le udienze di mero rinvio, si dispose che il giudice dovesse leggere in udienza il dispositivo, che la sentenza di primo grado dovesse essere esecutiva e che l’appello fosse una mera *revisio*;

- L. 26 novembre 1990 n. 353 di riforma del processo civile, reintroduttrice, tra l’altro, varie preclusioni, l’esecutività della sentenza di primo grado, l’appello quale *revisio* e il cd. procedimento cautelare uniforme;

- L. 21 novembre 1991 n. 374 sull’istituzione del Giudice di Pace;

- L. 20 dicembre 1995 n. 534 di conversione del D.L. 18 ottobre 1995 n. 432, che ha diluito le preclusioni introdotte con la L. n. 353/90;

- D.Lgs. 19 febbraio 1998 n. 51 introduttiva del giudice unico togato di 1° grado;

- D.L. 14 marzo 2005 n. 35 conv. in L. 14 maggio 2005 n. 80, L. 28 dicembre 2005 n. 263, L. 8 febbraio 2006 n. 54 e D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40

(5) Così E. FAZZALARI, voce “*Codice di procedura civile*” in *Novissimo Digesto*, Appendice, A-COD, 1980, UTET ed., Torino, p. 1296; analogamente, S. SATTÀ, voce “*Codice di procedura civile*”, in *Enc. del Diritto*, vol. VIII, Giuffrè ed., Milano, 1960, pp. 279-283.

modificativi del regime della fase iniziale del processo di cognizione, del giudizio in Cassazione (con l'introduzione del quesito di diritto *ex art. 366 bis* c.p.c.), del processo esecutivo e dell'arbitrato.

- D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. L. 6 agosto 2008 n. 133, modificativo degli artt. 181 c.p.c, 421 c.p.c. e 429 c.p.c.

- L. 18 giugno 2009 n. 69 che, tra l'altro, ha disposto: accorciamento di vari termini procedurali e dimezzamento del cd. termine lungo per l'impugnazione delle sentenze *ex art. 327* c.p.c., snellimento della cd. forma-contenuto della sentenza, abrogazione del quesito di diritto *ex art. 366 bis* c.p.c. e riforma dell'*iter* per la dichiarazione della inammissibilità del ricorso per cassazione, introduzione dell'*art. 614 bis* prevedente cd. *astreintes* nel caso della inosservanza degli obblighi di fare infungibili o di non fare, introduzione degli artt. 702 *bis*, 702 *quater* c.p.c. disciplinanti il procedimento sommario di cognizione, delega al governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili (da attuare entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore della legge), delega al governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali (attuata con D.L.vo n. 28 del 4 marzo 2010). In ampie parti la novella ha ripreso, con adattamenti, spunti contenuti nel d.d.l. 1524/S/XV, presentato nell'aprile 2007 redatto su iniziativa del Ministro della Giustizia e poi decaduto per la fine anticipata della legislatura (6).

Gli interventi processuali attuati dal 2005 al 2009 si connotano per essere stati adottati senza un adeguato approfondimento, in assenza di dialogo con il mondo accademico e delle professioni (7), nonché per l'assenza di investimenti nel settore giustizia (c.d. leggi a costo zero) ed, infine, per la repentinità dei ripensamenti in ordine alla funzionalità di taluni istituti (emblematica è la vicenda (8) del quesito di diritto in cassazione, introdotto nel 2005 ed eliminato nel 2009); da ultimo tali interventi di "*rimaneggiamento*" del codice di procedura civile appaiono attuati in modo puntinistico, senza una visione sistematica del modello di processo proposto.

Più ampie, nel corso del tempo, le proposte legislative di modifica del codice di rito.

(6) Sull'ampia novella del 2009 vedi: L. P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile* in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 521-543; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)* in *Foro It.* 2009, V, cc. 221-227; AA.VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro It.* 2009, cc. 249-361; C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie* in *Riv. dir. proc.* 2009, pp. 1197-1239.

(7) cfr. C. PUNZI, *op.ult.cit.* p. 1238; per A. PROTO PISANI *op. ult. cit.* c. 226 nota 1: "*La qualità e la quantità degli svarioni... è tale da dare l'impressione che né l'ufficio legislativo del ministero della Giustizia, né gli uffici tecnici delle Commissioni Giustizia della Camera dei Deputati e del Senato si siano avvalsi della consulenza di processualciviltisti di una qualche levatura*".

(8) Costituente un caso di "*schizofrenia legislativa*" e di "*rapida obsolescenza di nuovi istituti processuali*" per C. PUNZI, *op. ult. cit.*, rispettivamente, p. 1199 e p. 1221.

In estrema sintesi, possiamo ricordare la proposta per una riforma del processo civile di cognizione (9) predisposta dalla Commissione presieduta dal prof. Enrico Tullio Liebman, insediatasi su incarico del Ministro della Giustizia, le cui conclusioni (nuovo testo dell'intero libro II del c.p.c., esclusa la disciplina del processo del lavoro e l'intera disciplina delle prove in uno a breve relazione illustrativa) furono rimesse al Ministro in data 25 luglio 1977. In tale lavoro si proponeva: a) l'adozione di un giudice unico di prima istanza; b) proposizione della domanda nella forma del ricorso con le modalità adottate per il processo del lavoro; c) udienza preliminare con la funzione di preparare l'udienza principale di istruzione e dibattimento. Nell'udienza preliminare v'è il controllo della regolarità del contraddittorio, la decisione immediata delle questioni processuali (testo dell'art. 172), l'interrogatorio delle parti e tentativo di conciliazione, la trattazione della causa, la decisione della lite se la causa può essere definita senza l'assunzione di mezzi di prova, adozione dell'ordinanza ammissiva dei mezzi di prova e assunzione delle prove oppure – ove non possibile – fissazione all'uopo di nuova udienza; d) riunione in un unico testo di tutta la disciplina delle prove prevedendo: l'abolizione del giuramento decisorio, il principio della libertà del convincimento del giudice e la limitazione della prova legale alla materia della prova documentale; e) abolizione del regolamento di competenza e trasformazione del regolamento di giurisdizione in mezzo di impugnazione; f) eliminazione, tra i motivi di ricorso per Cassazione, della previsione di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

Altra proposta modificativa è contenuta nel "*Testo del disegno di legge delega*"(10) redatto dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Tarzia, insediata su incarico del Ministro della Giustizia e ad esso trasmesso in data 28 giugno 1996. Con tale testo si proponeva una ampia revisione dell'intero codice di procedura civile razionalizzando l'esistente con modifiche, non radicali, del processo civile. Tra le direttive rilevanti, tra le cinquantadue proposte, possono ricordarsi: a) soppressione del regolamento facoltativo di competenza e di quello d'ufficio (direttiva n. 5); b) attribuzione della legittimazione processuale ai minori, inabilitati e agli interdetti per la tutela dei diritti della personalità, sulla base della loro effettiva capacità (direttiva n. 9); c) limitazione della compensazione delle spese ai casi di soccombenza reciproca, di complessità della causa o di novità delle questioni decise (direttiva n. 11); d) pronuncia del dispositivo della sentenza in pubblica udienza (direttiva n. 16); e) ammissibilità di rimessione in termini per inosservanza dovuta a causa non imputabile (direttiva n. 17); f) previsione della cessazione della materia

(9) *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, II, 452-499 (premessa, relazione e schema del testo).

(10) Il "*Testo di legge delega*", in uno alla Relazione, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, 945-1029 ed in G. TARZIA (a cura di), *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Giuffrè ed., Milano, 1998.

del contendere (direttiva n. 22); g) potere del giudice, che accerti la violazione di un obbligo di fare o di non fare o di un obbligo di consegna o rilascio, di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento del danno, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito (direttiva n. 25); h) esonero del lavoratore, che abbia un reddito inferiore al triplo della pensione sociale, dal pagamento delle spese processuali conseguenti alla soccombenza in processi previdenziali e assistenziali, salvo che la pretesa sia manifestamente infondata (direttiva n. 30); i) forti poteri di indagine del G. E. al fine della ricerca dei beni da pignorare (direttiva n. 35); l) estensione del procedimento di ingiunzione a tutela dei diritti al rilascio di beni immobili e a prestazioni fungibili di *facere* (direttiva n. 39); m) esclusione dell'onere della parte istante in procedimento *ex art.* 700 c.p.c., di promuovere la causa di merito (direttiva n. 43); n) distinzione tra procedimenti unilaterali e procedimenti bilaterali o plurilaterali in ordine ai procedimenti di volontaria giurisdizione (direttiva n. 46).

Ulteriore modello organico di riforma del codice di procedura civile è stato elaborato dalla Commissione Ministeriale presieduta dal prof. Romano Vaccarella, posto poi a base del disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile, presentato alla Camera dei Deputati il 19 dicembre 2003 con il n. 4578 dai Ministri Castelli e Tremonti “*e di cui ha costituito anticipazione e banco di prova il testo del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 per la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario*” (11).

I citati progetti, nel loro complesso, non sono sfociati in testi normativi di riforma del codice di rito. Singole specifiche proposte, in particolare quelle contenute nei cd. progetti Liebman e Tarzia, nel tempo sono state viceversa recepite nelle varie “*novelle*” al codice di procedura civile (12).

Deve infine registrarsi più di recente la articolata proposta dottrinale di riforma del codice di rito elaborata da autorevole dottrina (13) che sintetizza in modo sistematico le idee di riforma già formulate nel corso del tempo. Nella disciplina del processo a cognizione piena l'Autore, tra l'altro, propone l'introduzione del processo con ricorso, la chiusura semplificata del processo in prima udienza nel caso di contumacia o non contestazione o riconoscimento del diritto da parte del convenuto, la previsione di fasi preparatorie (relative a repliche, controrepliche e indicazione delle prove) differenziate a seconda che il giudice nel corso della prima udienza qualifichi la controversia come semplice o complessa.

(11) C. PUNZI, *op. ult. cit.* p. 1198.

(12) F. CIPRIANI, voce “*Codice di procedura civile*”, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica, Corriere della sera, Il sole 24Ore*, Milano, 2007, vol. III, p. 240 auspica “*che sia varato un c.p.c. in linea con i valori della nostra Costituzione*”.

(13) A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro It.* 2009, V, cc. 1-104.

Leggi speciali

Sempre più spesso leggi speciali incidono sul processo civile disciplinando, su specifiche materie, il procedimento giurisdizionale con deviazioni rispetto a quello ordinario (14).

Tra i provvedimenti più significativi si citano:

- T.U. 14 aprile 1910, n. 639 relativo al giudizio di opposizione avverso l'ingiunzione fiscale, tuttora utilizzabile per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato (15);

- L.16 giugno 1927, n.1766 disciplinante il procedimento sulla definizione delle controversie in materia di usi civici;

- R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, contenente il T. U. delle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici, che istituisce il Tribunale delle Acque, giudice specializzato, con la partecipazione al collegio giudicante di un esperto della materia. Il rito previsto nel T.U. deve essere integrato, per quanto non previsto, dalle regole ordinarie contenute nel c.p.c. in virtù dell'art. 208 T.U. che fa rinvio, per il caso che manchino norme espresse, alle norme della procedura civile (16). Il rito è connotato da rapidità e presenta, rispetto al codice di procedura civile, delle particolarità che, talora, costituiscono piccole insidie processuali (ad es. non è ammesso il rinvio *ex art.* 309 c.p.c.);

- R.D. L. 20 luglio 1934, n. 1404 conv. in L. 27 maggio 1935 n. 835 sull'Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni;

- R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in tema di procedimenti giurisdizionali germinati nel corso della procedura concorsuale;

- L. 13 giugno 1942, n. 794 che per la liquidazione degli onorari di avvocato per prestazioni giudiziarie in materia civile prevede (art. 29) un processo speciale caratterizzato da estrema sommarietà;

- L. 2 marzo 1963, n. 320 sul processo agrario che si caratterizza per la peculiarità dell'applicazione del rito del lavoro da parte di un giudice collegiale quali le sezioni specializzate agrarie (art. 47 L. 3 maggio 1982, n. 203) (17);

- T.U. 20 marzo 1967, n. 223 relativo ai giudizi nelle controversie in ma-

(14) "È noto come il progressivo aumento della durata del processo ordinario di cognizione sia la causa principale del proliferare dei riti speciali a cognizione piena. Si può dire che non vi è stata riforma importante del diritto sostanziale che non abbia indotto il legislatore a sottrarre le relative controversie al rito ordinario prevedendo l'introduzione di riti speciali a cognizione piena" (così PROTO PISANI A., *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, in *Foro It.*, 2006, V, p. 87).

(15) A seguito della emanazione del d.p.r. 28 gennaio 1988 n. 43 la quasi totalità delle tasse ed imposte indirette (artt. 67 e 68) e inoltre importanti entrate di diritto pubblico non tributarie e le entrate patrimoniali (art. 69) sono riscosse dal Concessionario del servizio della riscossione.

(16) "Operando un radicale mutamento rispetto alla precedente giurisprudenza, la Corte di cassazione ha affermato, in una sentenza del 1981, che il codice di procedura da applicare è quello vigente, e non più quello del 1865 in vigore al tempo della istituzione dei tribunali in questione": così A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene ed., Napoli, 1989, vol. II, p. 1342.

(17) C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli ed., Torino, 2007, vol. III, p. 308.

teria di elettorato attivo e T.U. 16 maggio 1960, n. 570 relativo ai giudizi sulle questioni di eleggibilità a consigliere comunale e provinciale (e anche regionale in virtù della L. 17 febbraio 1968, n. 108). Il rito è molto rapido con termini decadenziali per proporre l'azione e con termini processuali abbreviati;

- Art. 35 L. 23 dicembre 1978, n. 833 relativo ai giudizi in materia di ricovero obbligatorio di infermi di mente;

- L. 24 novembre 1981, n. 689 in tema di giudizio avverso le sanzioni amministrative pecuniarie (artt. 22-23);

- L. 13 aprile 1988, n. 117, sul rito relativo ai giudizi sulla responsabilità dei magistrati;

- L. 24 marzo 2001, n. 89, in tema di riparazione in caso di violazione del termine ragionevole di durata del processo;

- Art. 54 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 che disciplina il procedimento di opposizione alla liquidazione dell'indennità di espropriazione operata in via amministrativa. Il procedimento è caratterizzato dal fatto che il giudizio di merito si svolge in unico grado davanti alla Corte di Appello e deve essere instaurato entro un breve termine decadenziale;

- D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il quale all'art. 170 disciplina il rito sulle controversie relative al compenso dell'ausiliario del magistrato;

- D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). Il rito per le controversie che concernono l'applicazione delle disposizioni del Codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, è pressoché analogo a quello relativo all'opposizione avverso le sanzioni amministrative pecuniarie ex L. n. 689/81 ed è disciplinato nell'art. 152 del predetto Codice (18);

- D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, in tema di processo sulla materia della proprietà industriale (artt. 117 e ss.).

- D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 205 (cd. Codice delle Assicurazioni). Il Codice contiene norme processuali (art. 140: concorso di una pluralità di danneggiati e supero del massimale; art. 141: risarcimento del terzo trasportato; art. 149: procedura di risarcimento diretto) ispirate alla semplificazione, con la previsione di condizioni di procedibilità e rigorose preclusioni (19);

- L. 1 marzo 2006, n. 67 che promuove la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili,

(18) Sul punto, M. GIORGETTI, *La tutela della privacy e i dati giudiziari*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 325-348, per una sintesi, ove si evidenzia che il rito ha carattere di speditezza e semplificazione procedurale (pp. 335, *op. ult. cit.*) e si conclude con sentenza impugnabile unicamente con ricorso in Cassazione.

(19) Cfr., sul punto, T. M. PEZZANI, *Le norme processuali del nuovo codice delle assicurazioni*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 683-697.

politici, economici e sociali. L'azione individuale contro la discriminazione è disciplinata dall'art. 3 della legge mediante il rinvio all'art. 44 commi da 1 a 6 e 8 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e si conclude con un'ordinanza (20);

• D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), che disciplina il procedimento arbitrale per i contratti pubblici (21).

È pertanto da condividere la critica secondo cui: *“Occorre opporsi alla aggravata tendenza di forgiare nuovi e svariati riti in corrispondenza dei tipi di rapporti sostanziali (vecchi e nuovi): la tutela giurisdizionale civile deve volgere all'unità e la cd. tutela “differenziata” (equivoca espressione à la page), lungi dal proliferare come escogitazione di conditores impreparati, va circoscritta a pochissimi modelli, disciplinati una volta per tutte (dal Codice di rito, intendo, con fisionomie chiare e munite), mettendo in ordine nell'attuale congerie e prevenendo future improvvisazioni”* (22).

Tali considerazioni sono particolarmente pregnanti tenuto conto che già nel codice di procedura civile sono presenti riti differenziati, come quello del lavoro, delle locazioni, dei procedimenti camerati, dei procedimenti di separazione e divorzio, monitorio, possessorio.

Su tale quadro intende incidere la citata legge n.69/2009. Questa legge (art. 54) ha delegato il Governo ad adottare, entro 2 anni, provvedimenti normativi rivolti ad inglobare i riti previsti nella legislazione speciale – nell'ambito della giurisdizione ordinaria – in tre modelli:

- a) ordinario, davanti al Tribunale o al Giudice di Pace;
- b) rito del lavoro, al quale vanno ricondotti i procedimenti in cui sono prevalenti esigenze di concentrazione processuale ovvero di officiosità dell'istruzione;
- c) rito sommario di cognizione (con esclusione della conversione del rito ex art. 702 *ter* comma terzo c.p.c.) al quale vanno ricondotti i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa.

Va evidenziato che restano esclusi dalla delega i riti differenziati disciplinati dal codice di rito (23).

(20) Cfr. R. MARUFFI, *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 123-132.

(21) G. DALEFFE, C. SPACCAPELO, *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 949-967.

(22) E. FAZZALARI, voce *“Codice di procedura civile”*, cit., p. 1298.

(23) Osservazioni critiche sulla delega sono formulate da L. SALVANESHI, *La riduzione dei tempi del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito* in *Riv. dir. proc.* 2009, pp. 1564-1565.

Norme comunitarie

L'Unione europea non produce norme direttamente operative nel processo civile. Il Trattato istitutivo della Comunità Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, così come modificato dal Titolo II del Trattato di Maastricht firmato il 7 febbraio 1992, contiene disposizioni relative alla cooperazione nel settore della giustizia, dalle quali scaturiscono solo poteri di indirizzo e di controllo nelle materie, che si estrinsecano in studi, indagini conoscitive, rapporti, *memorandum*, risoluzioni, pareri, raccomandazioni, regolamenti.

Il Trattato dell'Unione europea ha introdotto, accanto al sistema comunitario propriamente detto, il nuovo settore della cooperazione nel settore della giustizia. Tale settore è principalmente governato dalla cooperazione intergovernativa, anche se non mancano una serie di collegamenti tra le istituzioni e le politiche comunitarie ed il settore ora indicato (24).

In specie, mediante lo strumento dei regolamenti – fonti dotate di immediata efficacia prevalente sulle norme dei singoli Stati membri – la Comunità ha avviato l'attuazione di un programma di elaborazione di un nucleo comune di diritto processuale europeo coesistente e da coordinare con i singoli ordinamenti nazionali nell'obiettivo di una graduale e reciproca armonizzazione. Questi orientamenti hanno a loro base l'art. 65 del Trattato CEE, contenente i criteri direttivi nella adozione delle misure comunitarie nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenta implicazioni transfrontaliere (25).

In armonia con tali presupposti sono stati adottati, tra l'altro: il reg. C.E. 28 maggio 2001 n. 1206 in materia di cooperazione per l'assunzione delle prove; il reg. C.E. 29 maggio 2000 n. 1348 in materia di notificazione; il reg. C.E. 22 dicembre 2001 n. 44 sulla competenza e il riconoscimento delle sentenze; il reg. C.E. 21 aprile 2004 n. 805 istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; il reg. C.E. 12 dicembre 2006 n. 1896 istitutivo del procedimento europeo di ingiunzione; il reg. C.E. 11 luglio 2007 n. 861 sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità (26); la dir. 21 maggio 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (27).

(24) M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè ed., Milano, 1999, pp. 180-182.

(25) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli ed., Torino, 2007, I, pp. 506-507.

(26) Su tale regolamento M. BINA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (Reg. CE n. 861/2007)* in *Riv. dir. proc.* 2008 pp. 1629-1643.

(27) Sulla quale M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)* in *Riv. dir. proc.* 2009 pp. 357-379.

3. Brevi cenni sull'organizzazione ed amministrazione giudiziaria, con particolare riferimento al processo civile (28)

Ai sensi dell'art. 110 della Costituzione: “*Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*”.

Le risorse stanziare per la Giustizia nell'anno 2006 sono state di euro 8.928.518.542, ossia il 2,1% della spesa pubblica statale (29).

Le funzioni giurisdizionali sono espletate da magistrati professionali, cd. togati, e da magistrati onorari.

I magistrati professionali esercitano funzioni giudicanti o inquirenti (Ufficio del P.M. che ha un ruolo marginale nel civile con l'eccezione del P.M. in Cassazione). Il numero complessivo dei magistrati professionali (sia nel civile che nel penale, sia esercenti funzioni giudicanti che inquirenti) è – all'attualità – di 10.109 (cfr. pianta organica della magistratura ordinaria, riportata quale allegato 1 del D.L.vo 23 gennaio 2006 n. 24). Nel corso del '900 il numero, nel ruolo organico, dei cd. togati è progressivamente aumentato: n. 4967 nel 1947 (D.L. 21 dicembre 1947 n. 1634), n. 6882 nel 1963 (L. 4 gennaio 1963 n. 1 sull'ingresso delle donne in magistratura), n. 7202 nel 1973 (L. 11 agosto 1973, n. 533) e n. 8509 nel 1991 (D.L. 20 novembre 1991, n. 363 conv. in L. 20 gennaio 1992, n. 8).

I magistrati onorari esercitano funzioni giudicanti (Giudice di Pace e Giudice Onorario di Tribunale) o inquirenti (Vice Procuratore Onorario, operante solo nel penale). Contributo significativo all'esercizio della giurisdizione civile è dato dal Giudice di Pace (il cui numero complessivo nella pianta organica è di 4.700) che opera in prevalenza nel civile.

Il personale ausiliario dell'amministrazione giudiziaria è composto da 49.652 persone (30).

Gli organi esercenti le funzioni giudiziali sono:

a) Corte di Cassazione (31), unica nell'intero territorio nazionale con sei sezioni che si occupano della materia civile a cui sono addetti circa 130 consiglieri (32).

b) 26 Corti di Appello, oltre a 3 sezioni distaccate, a cui sono addetti 400

(28) Una sintesi sull'organizzazione della giustizia in Italia si rinviene in GUARNIERI C., *La giustizia in Italia*, 2001, Il Mulino ed., Bologna.

(29) Dati riportati in *Il sistema amministrativo italiano* a cura di L. TORCHIA, Il Mulino, Bologna 2009, pp. 76-77.

(30) Tanto risulta dalla Tabella A allegata al D.P.C.M. del 20 dicembre 2001.

(31) Sull'organico della Corte di Cassazione D.P.R. 15 luglio 1982 n. 549 e D.M. 20 gennaio 1994.

(32) Dati desunti da A. PROTO PISANI, *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione* in *Foro It.* 2010, V, c. 65.

giudici (33);

c) 165 Tribunali, oltre a 220 sezioni distaccate, a cui sono addetti 2.200 giudici (34);

d) 848 Giudici di Pace, con un organico di 4700 giudici (art. 3 comma 1 L. 21 novembre 1991 n. 374).

4. *Analisi del carico di lavoro dei giudici ordinari*

Il carico di lavoro è costituito dalla somma delle cause sopravvenute e delle cause pendenti rispetto all'arco di tempo considerato (35). Appare pertanto utile ai fini della presente indagine riportare, con riferimento a taluni anni, il carico di lavoro registrato presso gli uffici giudiziari.

Numero dei procedimenti di cognizione di primo grado sopravvenuti per ufficio giudiziario, ossia dinanzi al Giudice Conciliatore funzionante fino al 1995, sostituito poi dal Giudice di Pace, dinanzi al Pretore (fino alla soppressione nel 1998), dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte di Appello

Nell'anno 1900 il numero era di 1.991.512 dinanzi al Conciliatore, di 224.168 dinanzi al Pretore, di 74.335 dinanzi al Tribunale e di 2.725 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1912 il numero era di 1.349.891 dinanzi al Conciliatore, di 252.013 dinanzi al Pretore, di 102.587 dinanzi al Tribunale e di 1.614 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1924 il numero era di 733.155 dinanzi al Conciliatore, di 388.067 dinanzi al Pretore, di 226.623 dinanzi al Tribunale e di 678 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1936 il numero era di 751.148 dinanzi al Conciliatore, di 230.786 dinanzi al Pretore, di 127.919 dinanzi al Tribunale e di 322 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1948 il numero era di 108.207 dinanzi al Conciliatore, di 175.760 dinanzi al Pretore, di 117.344 dinanzi al Tribunale e di 297 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1960 il numero era di 112.722 dinanzi al Conciliatore, di 205.930 dinanzi al Pretore, di 174.483 dinanzi al Tribunale e di 2.450 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1972 il numero era di 44.013 dinanzi al Conciliatore, di 265.115 dinanzi al Pretore, di 240.346 dinanzi al Tribunale e di 1.582 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1984 il numero era di 7.195 dinanzi al Conciliatore, di 441.555 (dei quali 99.332 in materia di lavoro e 89.973 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Pretore, di 395.653 dinanzi al Tribunale e di 2.677 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1996 il numero era di 278.171 dinanzi al Giudice di Pace, di 861.704 (dei quali 209.193 in materia di lavoro e 336.514 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Pretore, di 285.765 dinanzi al Tribunale e di 3.725 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2000 il numero era di 438.866 dinanzi al Giudice di Pace, di 794.142 (dei quali 162.006 in materia di lavoro e 239.659 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 2.536 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2007 il numero era di 441.990 dinanzi al Giudice di Pace, di 828.101 (dei quali 145.046 in materia di lavoro e 293.514 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 3.007 dinanzi

(33) Dati desunti da F. CIPRIANI, *Il problema dell'arretrato* in *Foro it.*, 1995, V, c. 279.

(34) Dati desunti da F. CIPRIANI, *op. ult. cit.*, c. 279.

(35) I dati relativi sono facilmente reperibili sui siti del Ministero della Giustizia e dell'ISTAT dedicati alle statistiche giudiziarie. Una ampia analisi con dati completi, è contenuta nel libro di S. PELLEGGRINI, *La litigiosità in Italia*, Giuffrè ed., Milano, 1997. Puntuali analisi e statistiche sono altresì riportate in svariati interventi di F. CIPRIANI e A. PROTO PISANI sulle colonne del *Foro Italiano* degli ultimi venti anni.

alla Corte di Appello.

Numero dei procedimenti di cognizione di primo grado pendenti per ufficio giudiziario, ossia dinanzi al Giudice Conciliatore funzionante fino al 1995, sostituito poi dal Giudice di Pace, dinanzi al Pretore (fino alla soppressione nel 1998), dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte di Appello

Nell'anno 1900 il numero era di 107.031 dinanzi al Conciliatore, di 33.371 dinanzi al Pretore, di 23.248 dinanzi al Tribunale e di 124 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1912 il numero era di 127.551 dinanzi al Conciliatore, di 70.908 dinanzi al Pretore, di 53.197 dinanzi al Tribunale e di 432 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1924 il numero era di 81.236 dinanzi al Conciliatore, di 119.838 dinanzi al Pretore, di 89.783 dinanzi al Tribunale e di 186 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1936 il numero era di 365.165 dinanzi al Conciliatore, di 145.396 dinanzi al Pretore, di 100.856 dinanzi al Tribunale e di 109 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1948 il numero era di 11.077 dinanzi al Conciliatore, di 29.841 dinanzi al Pretore, di 36.688 dinanzi al Tribunale e di 66 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1960 il numero era di 71.142 dinanzi al Conciliatore, di 224.167 dinanzi al Pretore, di 296.824 dinanzi al Tribunale e di 1873 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1972 il numero era di 51.153 dinanzi al Conciliatore, di 386.479 dinanzi al Pretore, di 538.076 dinanzi al Tribunale e di 1472 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1984 il numero era di 5.317 dinanzi al Conciliatore, di 499.993 (dei quali 93.377 in materia di lavoro e 150.217 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Pretore, di 1.001.336 dinanzi al Tribunale e di 7.604 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1996 il numero era di 152.499 dinanzi al Giudice di Pace, di 1.721.388 (dei quali 333.708 in materia di lavoro e 864.183 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Pretore, di 1.426.665 dinanzi al Tribunale e di 13.402 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2000 il numero era di 463.875 dinanzi al Giudice di Pace, di 2.545.000 ca. (dei quali 317.303 in materia di lavoro e 800.000 ca. in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 8.290 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2007 il numero era di 558.698 dinanzi al Giudice di Pace, di 1.896.206 (dei quali 273.401 in materia di lavoro e 650.250 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 13.506 dinanzi alla Corte di Appello.

Numero dei procedimenti di cognizione di secondo grado sopravvenuti per ufficio giudiziario, ossia dinanzi al Pretore (fino alla soppressione nel 1998), dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte di Appello

Nell'anno 1900 il numero era di 7.813 dinanzi al Pretore, di 15.430 dinanzi al Tribunale e di 19.782 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1912 il numero era di 8.053 dinanzi al Pretore, di 17.968 dinanzi al Tribunale e di 16.750 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1924 il numero era di 3.746 dinanzi al Pretore, di 21.442 dinanzi al Tribunale e di 24.894 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1936 il numero era di 3.388 dinanzi al Pretore, di 22.931 dinanzi al Tribunale e di 22.587 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1948 il numero era di 8.165 dinanzi al Pretore, di 11.662 dinanzi al Tribunale e di 10.500 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1960 il numero era di 1.135 dinanzi al Pretore, di 12.162 dinanzi al Tribunale e di 22.045 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1972 il numero era di 384 dinanzi al Pretore, di 11.159 dinanzi al Tribunale e di 32.048 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1984 il numero era di 772 dinanzi al Pretore, di 40.524 dinanzi al Tribunale e di 22.539 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1996 il numero era di 70.674 (dei quali 22.077 in materia di lavoro e 38.487 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 27.382 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2000 il numero era di 6.524 dinanzi al Tribunale e di 81.280 (dei quali 16.168 in materia di lavoro e 29.190 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2007 il numero era di 26.038 dinanzi al Tribunale e di 108.389 (dei quali 27.334 in materia di lavoro e 35.172 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi alla Corte di Appello.

Numero dei procedimenti di cognizione di secondo grado pendenti per ufficio giudiziario, ossia dinanzi al Pretore (fino alla soppressione nel 1998), dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte di Appello

Nell'anno 1900 il numero era di 416 dinanzi al Pretore, di 4.606 dinanzi al Tribunale e di 6.239 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1912 il numero era di 1.159 dinanzi al Pretore, di 7.867 dinanzi al Tribunale e di 11.387 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1924 il numero era di 922 dinanzi al Pretore, di 11.510 dinanzi al Tribunale e di 18.298 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1936 il numero era di 2.092 dinanzi al Pretore, di 18.641 dinanzi al Tribunale e di 13.160 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1948 il numero era di 3.261 dinanzi al Pretore, di 892 dinanzi al Tribunale e di 1.850 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1960 il numero era di 1.994 dinanzi al Pretore, di 18.602 dinanzi al Tribunale e di 32.633 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1972 il numero era di 710 dinanzi al Pretore, di 19.960 dinanzi al Tribunale e di 63.493 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1984 il numero era di 1.007 dinanzi al Pretore, di 57.656 dinanzi al Tribunale e di 52.078 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 1996 il numero era di 183.449 (dei quali 63.117 in materia di lavoro e 76.991 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi al Tribunale e di 83.758 dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2000 il numero era di 27.000 ca. dinanzi al Tribunale e di 174.000 ca. (dei quali 12.893 in materia di lavoro e 80.000 ca. in materia di previdenza e assistenza) dinanzi alla Corte di Appello.

Nell'anno 2007 il numero era di 51.081 dinanzi al Tribunale e di 329.848 (dei quali 61.814 in materia di lavoro e 90.031 in materia di previdenza e assistenza) dinanzi alla Corte di Appello.

Numero dei procedimenti sopravvenuti, definiti e pendenti presso la Corte di Cassazione

Nell'anno 1900 ne sono sopravvenuti 2.600, ne sono stati definiti 1.905 e ne erano pendenti 3.628.

Nell'anno 1912 ne sono sopravvenuti 2.843, ne sono stati definiti 2.669 e ne erano pendenti 3.338.

Nell'anno 1924 ne sono sopravvenuti 7.089, ne sono stati definiti 2.175 e ne erano pendenti 4.914.

Nell'anno 1936 ne sono sopravvenuti 3.776, ne sono stati definiti 3.617 e ne erano pendenti 5.167.

Nell'anno 1948 ne sono sopravvenuti 2.983, ne sono stati definiti 2.213 e ne erano pendenti 770.

Nell'anno 1960 ne sono sopravvenuti 4.625, ne sono stati definiti 3.845 e ne erano pendenti 6.531.

Nell'anno 1972 ne sono sopravvenuti 4.962, ne sono stati definiti 4.216 e ne erano pendenti 14.057.

Nell'anno 1984 ne sono sopravvenuti 8.404, ne sono stati definiti 7.551 e ne erano pendenti 28.467.

Nell'anno 1994 ne sono sopravvenuti 14.642, ne sono stati definiti 13.555 e ne erano pendenti 36.194.

Nell'anno 1998 ne sono sopravvenuti 22.664, ne sono stati definiti 15.519 e ne erano pendenti 45.834.

Nell'anno 2002 ne sono sopravvenuti 33.332, ne sono stati definiti 19.929 e ne erano pendenti 82.791.

Nell'anno 2007 ne sono sopravvenuti 32.278, ne sono stati definiti 29.776 e ne erano pendenti 102.588.

Nell'anno 2008 ne sono sopravvenuti 30.406, ne sono stati definiti 32.928 e ne erano pendenti 99.066.

I dati riportati consentono di avere una significativa base per l'analisi del lavoro che sostanzialmente grava sui giudici impegnati nel settore civile.

Non si è tenuto conto del numero dei procedimenti diversi da quelli di cognizione ordinaria e di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie, atteso che l'impegno richiesto non è comparabile – con l'eccezione della materia fallimentare e societaria – con quello richiesto nei procedimenti a cognizione ordinaria e nel rito lavoro; trattasi comunque di procedimenti che impegnano l'intera struttura giudiziaria (giudici e soprattutto amministrativi).

Per avere un'idea del numero di tali diversi procedimenti si rileva che nell'anno giudiziario 2005/2006 dinanzi al Giudice di Pace a fronte della sopravvenienza di 420.139 procedimenti di cognizione ordinaria sono sopravvenuti 365.585 procedimenti speciali (in buona parte procedimenti ingiuntivi), 667.286 opposizioni alle sanzioni amministrative, 6.455 conciliazioni non contenziose e 14.461 ricorsi in materia di immigrazione. Nello stesso anno giudiziario dinanzi al Tribunale a fronte della sopravvenienza di 486.239 procedimenti di cognizione ordinaria (ai quali aggiungere 146.245 in materia di lavoro e 259.922 in materia di previdenza) sono sopravvenuti, tra i più significativi, 185.242 procedimenti in materia di famiglia, 11.532 in materia di fallimento, 380.032 procedimenti esecutivi mobiliari, 42.915 procedimenti esecutivi immobiliari, 577.508 procedimenti speciali, 10.825 in materia societaria e 340.396 procedimenti di volontari giurisdizione (36).

Dalla ricognizione effettuata emerge che nel primo cinquantennio del '900 il numero delle cause sopravvenute annuali in primo grado, in termini assoluti, è lentamente diminuito (da ca. 2.300.000 cause a ca. 400.000 cause). La maggior parte del contenzioso - con punte anche dell'80% - era assorbito dal Giudice Conciliatore. Nel tempo il numero delle cause proposte dinanzi al Giudice Conciliatore - causa il mancato adeguamento dei limiti di competenza per valore del giudice onorario, sintomo della scarsa attenzione del legislatore sul punto - si è progressivamente ridotto (si è passati da 1.991.512 sopravvenute al Giudice Conciliatore - su un totale di 2.292.740 - nell'anno 1900, a 108.207 sopravvenute al Giudice Conciliatore - su un totale di 401.608 - nell'anno 1948). Nello stesso periodo il numero delle cause sopravvenute annuali in secondo grado si è mantenuto, nella sostanza, stabile.

Nel secondo cinquantennio del '900 il contenzioso in primo grado, sempre in termini assoluti, è progressivamente aumentato (da ca. 400.000 cause sopravvenute nel 1948 a ca. 1.300.000 cause sopravvenute nel 2000); si è confermata la progressiva riduzione delle cause sopravvenute al Giudice Conciliatore, fino alla cessazione dello stesso. Il Giudice Conciliatore è stato sostituito dal Giudice di pace che ha assorbito un 20-30% dell'intero contenzioso. L'evidenziato aumento progressivo ha riguardato anche - nello stesso periodo - le cause sopravvenute annuali in secondo grado: si è passati dai 35.000 ca. giudizi del 1960 agli 88.000 ca. del 2000.

Deve registrarsi inoltre l'incremento notevole del contenzioso in materia di previdenza e assistenza; nel 1984 il cd. contenzioso previdenziale costituiva il 10% della globalità delle cause sopravvenute, mentre nel 1996 lo stesso saliva al 23% della globalità delle cause sopravvenute e tale si è mantenuto anche nel 2007.

(36) I dati relativi sono stati ricavati da A. PROTO PISANI, *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena*, in *Foro It.* 2008, V, cc. 15-18.

Ancora, va posto l'accento sull'esplosione del contenzioso dinanzi alla Corte di Cassazione. Nei primi ottanta anni del '900 il numero delle cause annuali sopravvenute è sempre stato inferiore a 10.000, passando da n. 2.600 nel 1900 a n. 8.404 nel 1984 con un aumento progressivo, ma lieve. Nel decennio 1985-1994 il numero delle cause annuali sopravvenute ha oscillato sulle 11.000 unità. Nell'ultimo quindicennio il numero delle cause annuali sopravvenute è aumentato a dismisura attestandosi – negli ultimi anni – a ca. 30.000 unità.

Infine, va rilevato – per tutto il periodo preso in esame – il costante aumento delle cause pendenti, ossia la formazione del cd. arretrato. Le cause pendenti in primo grado erano 163.774 nel 1900, 594.006 nel 1960, 1.514.250 nel 1984 e 2.468.410 nel 2007; le cause pendenti in secondo grado erano 11.261 nel 1900, 53.229 nel 1960, 110.741 nel 1984 e 380.929 nel 2007; le cause pendenti in cassazione erano 3.628 nel 1900, 6.531 nel 1960, 28.467 nel 1984 e 102.588 nel 2007.

Tale fenomeno ha riguardato, all'evidenza, tutti gli uffici giudiziari e costituisce sintomo della incapacità del sistema a esaurire la totalità del lavoro; l'arretrato è altresì sintomo di notevole lavoro in capo ai giudici in quanto questi in uno alle cause nuove (sopravvenute) devono smaltire anche le "vecchie" (l'arretrato).

In conclusione, a far data dal secondo dopoguerra, il contenzioso è, nel tempo, progressivamente aumentato. Rispetto a tale andamento deve osservarsi che la popolazione italiana, nel 2000, è quasi raddoppiata rispetto a quella dell'inizio del XX secolo.

Le cause dell'aumento del contenzioso sono molteplici.

a) Notevole contributo all'aumento del contenzioso è stato determinato dalla accresciuta maggiore tutela giurisdizionale dei sempre più diversificati diritti riconosciuti ai cittadini. In tale prospettiva appare confermata l'osservazione secondo cui: "*I processi aumentano perché aumentano i diritti*" (37);

b) Rilevante fattore dell'aumento del contenzioso è costituito dalla non applicazione rigorosa del principio di soccombenza nel governo delle spese di lite. Una applicazione rigorosa del principio avrebbe funzionato e funzionerebbe da deterrente rispetto a pretese giudiziarie opinabili (se non addirittura di chiara marca speculativa), specie se di non elevato valore;

c) Ulteriore causa è individuabile nella "*diffusa ed atavica tendenza alla litigiosità*", quale "*difetto insito nel carattere degli italiani*"; "*a differenza degli omologhi europei il cittadino italiano sembra faticare ad instaurare un sereno e umile rapporto di convivenza con gli altri. Stenta a reprimere le sue*

(37) F. CIPRIANI, *Giudice di pace e riparto della competenza (ovvero come distribuire quattro milioni di procedimenti civili all'anno)*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3020; ID., *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.* 2001, V, c. 321.

passioni e pulsioni, il suo scontento, la sua frustrazione verso l'altro", "ci si pone in contrapposizione, pronto allo scontro frontale, oppure si litiga per inezie, per bagattelle, per riaffermare se stesso agli altri. Questa litigiosità repressa, latente nel corpo della società civile... si manifesta in plurime situazioni; in automobile e sulle strade, nei luoghi pubblici, in famiglia, nella scuola, sui campi sportivi, nelle relazioni di vicinato, negli organismi associativi, nei condomini" (38);

d) Sull'aumento del contenzioso incidono anche le fasi di recessione dell'economia italiana. All'esito di un'attenta analisi sociologico-giuridica si è avanzata l'ipotesi che *"ad uno sviluppo dell'economia potrebbe corrispondere un calo della litigiosità, mentre in un periodo di recessione potrebbe verificarsi un aumento del contenzioso"* (39); e inoltre *"alla luce degli studi in materia possiamo giungere alla conclusione che in periodi di sviluppo economico vi è maggiore circolazione di denaro e quindi i soggetti hanno maggior possibilità di rispettare i rapporti commerciali e persino di essere solubili"* (40);

e) Prolifera di riti speciali che assorbono e disperdono energie professionali dell'apparato giudiziario;

f) Causa non trascurabile del fenomeno è - come si illustrerà ampiamente al paragrafo 7 - costituita dall' *"elevatissimo numero di avvocati presenti nel nostro Paese"* (41);

g) Insoddisfacente funzionamento - con particolare riguardo al cd. contenzioso previdenziale - della fase amministrativa strutturata come condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale.

5. Durata dei giudizi civili: analisi dei tempi eccessivi del loro svolgimento

Si riportano taluni individuati dati statistici significativi (42) idonei per individuare diacronicamente la durata media dei giudizi civili.

Negli anni '30 e '40 la durata dei giudizi è stata di 100 gg. in primo grado e di 150 gg. in appello (43). Negli anni '50 e '60 la durata è stata di 350 gg. in primo grado e di 450 gg. in appello (44).

(38) R. MASONI, *La ragionevole durata del "giusto processo" nell'applicazione giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 42.

(39) S. PELLEGRINI, *La litigiosità in Italia*, Giuffrè ed., Milano, p. 164.

(40) S. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 165.

(41) Così B. CAPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa*, in *Foro It.*, 1993, V, c. 227, il quale evidenzia nel luogo citato, alla nota 44, che il rapporto tra numero di giudici e numero di avvocati è di 3,4 in Germania Federale [prima della riunificazione], 4,7 in Francia, 3,8 in Olanda e 7,3 in Italia. Contrario alla tesi secondo cui in Italia ci sarebbe un eccessivo numero di avvocati è F. CIPRIANI, *Troppi avvocati?*, in *Foro It.*, 1997, V, cc. 241-245.

(42) Desunti dalle medesime fonti riportate alla precedente nota 35.

(43) A. PROTO PISANI *Appunti sull'arretrato*, in *Foro It.*, 1995, V, c. 284.

(44) A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*

Negli anni '70 la durata dei procedimenti civili è stata di 652 gg. in primo grado (597 gg. per le cause di lavoro e 586 gg. per quelle di previdenza e assistenza) e 547 gg. in appello (462 gg. per le cause di lavoro e 525 gg. per quelle di previdenza e assistenza).

Negli anni 1981-1985 la durata media dei processi è stata di 618 gg. in primo grado (289 gg. per le cause di lavoro e 400 gg. per quelle di previdenza e assistenza) e 525 gg. in appello (278 gg. per le cause di lavoro e 339 gg. per quelle di previdenza e assistenza).

Negli anni 1986-1990 la durata media dei processi è stata di 748 gg. in primo grado (363 gg. per le cause di lavoro e 416 gg. per quelle di previdenza e assistenza) e 665 gg. in appello (456 gg. per le cause di lavoro e 488 gg. per quelle di previdenza e assistenza).

Negli anni 1991-1994 la durata media dei processi è stata di 1.208 gg. in primo grado (523 gg. per le cause di lavoro e 527 gg. per quelle di previdenza e assistenza) e 966 gg. in appello (867 gg. per le cause di lavoro e 606 gg. per quelle di previdenza e assistenza).

Dinanzi al Giudice di Pace la durata media delle controversie è stata di 165 gg. nel 1996, di 387 gg. nel 2000, di 411 gg. nel 2002, di 425 gg. nel 2005 e di 460 gg. nel 2007.

Dinanzi al Tribunale la durata media delle controversie civili di cognizione ordinaria di primo grado è stata di 1.641 gg. nel 1996, di 1.024 nel 2000, di 979 gg. nel 2002, di 873 gg. nel 2005 e di 904 gg. nel 2007.

Dinanzi alla Corte di Appello la durata media delle controversie civili di cognizione ordinaria di primo grado è stata di 1.189 gg. nel 1996, di 1.125 gg. nel 2000, di 994 gg. nel 2002, di 652 gg. nel 2005 e di 1.524 gg. nel 2007.

Dinanzi al Tribunale la durata media delle controversie civili di cognizione ordinaria di secondo grado è stata di 1.489 gg. nel 1996, di 959 gg. nel 2000, di 972 gg. nel 2002, di 892 gg. nel 2005 e di 822 gg. nel 2007.

Dinanzi alla Corte di Appello la durata media delle controversie civili di cognizione ordinaria di secondo grado è stata di 1.098 gg. nel 1996, di 858 gg. nel 2000, di 879 gg. nel 2002, di 1.179 gg. nel 2005 e di 1.501 gg. nel 2007.

La durata media delle controversie in materia di lavoro e in materia di previdenza e assistenza in primo grado è stata, rispettivamente, di 818 gg. e 969 gg. nel 2000, di 847 gg. e di 935 gg. nel 2002, di 779 gg. e di 911 gg. nel 2005, di 786 gg. e di 813 gg. nel 2006; in secondo grado la stessa è stata, rispettivamente, di 864 gg. e di 898 gg. nel 2000, di 1.018 gg. e di 904 gg. nel 2002, di 749 gg. e di 848 gg. nel 2005, di 701 gg. e di 834 gg. nel 2006.

La durata media del procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione è stata di 821 gg. nel 1998, di 866 nel 2002, di 966 gg. nel 2005 e di 909 gg. nel 2006.

Da quanto precede emerge che nel corso del tempo la durata del procedimento si è progressivamente dilatata. Tale dato riguarda tutti i giudici e tutti i gradi di giurisdizione. Nell'arco temporale 2006-2007, la durata media dei procedimenti si è attestata - tanto in primo grado, quanto in secondo grado che in Cassazione - intorno ai 3 anni, con l'eccezione del Giudice di Pace (presso il quale la durata delle liti è di un anno e poco più) e delle cause con il rito lavoro (la cui durata è lievemente inferiore a quella delle cause a cognizione ordinaria in primo grado e sensibilmente inferiore a quella delle cause a cognizione ordinaria in secondo grado).

Nell'attuale momento storico si registra, quindi, una eccessiva durata del processo civile italiano, circostanza evidenziata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo che per tale ragione ha ripetutamente condannato l'Italia. A giudizio della Corte il tempo massimo di durata del processo affinché la durata sia non eccessiva è di tre anni per un grado di giudizio e di sei anni per la durata dell'intero processo da ritenersi concluso solo con la definitività della sentenza

(45). Dalla giurisprudenza della Corte Europea (46) si evince che un processo il cui primo grado, non abbia superato il limite di tre anni, non può essere ritenuto di durata irragionevole. Per i processi aventi ad oggetto lo stato delle persone, fallimenti, diritti pensionistici, materia di lavoro, e diritti primari in generale, ossia diritti fondamentali della persona, la durata del processo non è stata ritenuta ragionevole se superiore al minor termine di due anni e sette mesi. Deve, infine, considerarsi di durata ragionevole un giudizio che in tutte le sue fasi (Cassazione compresa) non abbia impiegato più di sei anni, ovvero otto anni se ne è seguito un giudizio di rinvio, ed undici anni in caso di secondo rinvio.

Costituisce orientamento oramai ampiamente consolidato della Cassazione rifarsi ai criteri in ordine alla ragionevole durata del processo fissati dalla Corte Europea. E' infatti massima tralaticia quella secondo cui *“la nozione di non irragionevole durata del processo va considerata in concreto, con riferimento al singolo processo, in base ai criteri stabiliti dall' art. 2, comma 2, della L. n. 89 del 2001, tenendo presenti i parametri cronologici elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo, le cui sentenze, pur non avendo efficacia direttamente vincolante per il giudice italiano, nondimeno costituiscono la prima e più importante guida ermeneutica”* (47).

“L'Italia è il Paese dell'Unione Europea in cui i procedimenti civili, considerando i tre gradi di giudizio, hanno maggiore durata (in media 116 mesi, il 68% in più rispetto alla media UE)”(48).

Diverse le cause della dilatazione della durata del processo:

a) Aumento progressivo del numero dei processi, con forte accelerazione a seguito dell'introduzione del cd. processo del lavoro (49);

b) Effetto cumulativo dell'arretrato. Si è rilevato che *“se osserviamo il rapporto tra procedimenti sopravvenuti e procedimenti esauriti nel corso degli anni, ci rendiamo subito conto che, nel secondo dopoguerra, il numero dei procedimenti esauriti ogni anno è costantemente, seppur non di molto, al di sotto del numero dei procedimenti sopravvenuti. Il fenomeno comporta un effetto devastante sulla durata processuale, perché determina, man mano che il tempo passa, un aumento senza fine del numero di cause che giacciono sul ruolo del singolo giudice. Facciamo un esempio banale. Se un giudice che inizia senza arretrato esaurisce l'80% delle controversie sopravvenute ogni*

(45) C. RECCHIA, *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*, Giuffrè ed., Milano, 2006, pp. 5-6 e pp. 171-172.

(46) Riportata in C. RECCHIA, *cit.*, pp. 5-6.

(47) cfr. Cass., 2 marzo 2004, n. 4207.

(48) BANCA D'ITALIA, *Relazione economica per l'anno 2000, 2001*, Roma, 110 (citata in *Foro It.*, 2002, V, c. 252).

(49) S. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, in *Foro It.*, 1992, V, c. 83.

anno, diciamo 240 su 300, si troverà dopo vent'anni con 1.200 cause sul ruolo!"(50).

c) Riduzione del contenzioso affidato a giudici onorari. *“Il rapporto tra controversie devolute al giudice togato e controversie devolute a giudici onorari era come impazzito: a fronte del 67% delle controversie devolute a giudici onorari negli anni '30 si passava al 7% negli anni '70. Il dato faceva e fa riflettere perché dimostra con l'evidenza dei numeri che la giustizia civile aveva funzionato in Italia solo in periodi storici in cui il 70% o 80% delle controversie erano devolute ai giudici onorari”* (51);

d) Vuoti nell'organico della magistratura. Dal sito del C.S.M. emerge che nella magistratura togata sono vacanti 1.220 posti (su un organico, come visto sopra, di ca.10.100 posti), mentre in quella onoraria su ca. 10.220 circa posti ne sono scoperti 4.153. Ossia le vacanze in organico sono del 26%. All'evidenza nessuna struttura privata o pubblica può funzionare bene con un tale carenza di organico.

e) Insufficienza del numero dei magistrati togati (52) in uno allo svolgimento di attività extragiudiziarie ad opera dei magistrati togati (quali la partecipazione ad attività di concorsi nella qualità di commissari, incarichi di insegnamento universitario, incarichi arbitrali). Numerosi giudici ordinari sono impegnati in un numero elevato di attività sociali, politiche ed economiche che esulano dalla loro attività giudiziaria (53).

f) *“Tendenza a più elevati tassi di litigiosità: crisi dei tradizionali apparati di mediazione e composizione dei conflitti (famiglia, istituzioni religiose e politico-sindacali); complessità, instabilità, spesso inconoscibilità della legge”*(54);

g) Condotta di una data parte del ceto forense. Una parte degli avvocati che tratta cause relative al recupero credito ed infortunistica stradale ricava le fonti del proprio sostentamento da un contenzioso di massa a basso tenore normativo e svolge un *“ruolo talvolta realmente parassitario, privilegiando il guadagno del professionista agli interessi del cliente. Ciò vale in particolare per i professionisti di piccolo e medio livello che, avendo spesso poche cause, hanno l'interesse a farle durare di più o ad incoraggiare la presentazione di*

(50) S. CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, in *Storia d'Italia. Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Giulio Einaudi ed., Torino, 1998, p. 419.

(51) Così A. PROTO PISANI, *Giuristi e legislatori: il processo civile*, in *Foro It.*, 1997, V, c. 20; analogamente F. CIPRIANI *Il problema dell'arretrato*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 276.

(52) *“Il problema della durata del processo civile in Italia deriva innanzi tutto dal sovraccarico dei giudici togati che sono chiamati a gestire i processi a cognizione piena, i processi esecutivi, i processi sommari e cautelari, ecc.”*: A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro It.*, 2006, V, c. 384.

(53) Sul punto, S. PELLEGRINI, *La litigiosità in Italia*, cit., pp. 220-221.

(54) Così G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ambudsman» bancario*, in *Foro It.*, 2002, V, c. 250.

domande per controversie altrimenti risolvibili in maniera stragiudiziale. Inoltre, il processo ordinario come è strutturato ancora oggi (scritto, privo di preclusioni e con lunghi rinvii) è funzionale all'organizzazione del lavoro nei medi e grandi studi legali che sono strutturati in organizzazioni gerarchiche e accentrate dove il lavoro quotidiano e di routine è svolto nella maggioranza dei casi da comparisti o praticanti. Un processo rapido, basato sull'oralità, scardinerebbe questa organizzazione impedendo di fatto l'assunzione di un maggior numero di cause e la facilità di programmazione dell'ufficio dettata dai lunghi rinvii”(55).

h) Ingresso delle donne in magistratura con conseguente occasionale effetto del cd. congelamento dei ruoli per congedi per maternità.

6. Proposte di modifica. Aspetti generali

E' di tutta evidenza che la grave crisi in cui versa il processo civile comporta una pluralità di costi per i cittadini. Oltre, infatti, al costo “etico” di una giustizia che garantisca una tendenziale tutela dei diritti azionati in giudizio deve registrarsi il costo “economico” che i ritardi dei tempi giudiziari comporta. La crisi del processo genera ulteriore contenzioso gravante sulle Corti di Appello con significativo aggravio degli oneri per il bilancio statale che deve far fronte a crescenti costi per il pagamento dell'indennizzo per la riparazione della ingiusta durata del processo attualmente disciplinata dalla L. 24 marzo 2001 n. 89 (previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole di durata del processo). Ed infatti all'attualità secondo gli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - come evidenziato sopra - la giusta durata del processo civile, di ordinaria complessità, in primo grado è di tre anni nella sua globalità (fino alla definizione con decisione definitiva) e di sei anni. Superata la giusta durata del processo per ogni anno di durata in più (56) spetta alle parti (a prescindere dalla ragione e dal torto) un indennizzo che ristori le lesione del bene giuridico dell'interesse ad essere giudicati entro un termine ragionevole. La somma annua di indennizzo oscilla – secondo i parametri della Corte Europea – tra 1.000 e 1.500 euro. Inoltre l'importo – nel caso di posta in gioco considerevole – può essere aumentato fino ad euro 2.000 (ad esempio, nelle cause concernenti il diritto del lavoro, lo stato e la capacità civile delle persone e le pensioni o i procedimenti particolarmente gravi relativi alla salute o alla vita

(55) Così O. VIDONI GUIDONI, *Quale giustizia per il Giudice di pace?*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 93; sul punto, con ampie argomentazioni, CHIARLONI S., *La giustizia civile...*, cit., pp. 442-446.

(56) Va evidenziato sul punto un contrasto tra Corte Europea e Giudice di legittimità nazionale. Per la Corte Europea la somma annua va attribuita per anno di durata del procedimento (e non per anno di ritardo), laddove la Corte nazionale, seguendo la lettera della legge Pinto, continua a considerare il solo periodo eccedente la ragionevole durata.

degli individui) (57). Una riduzione dell'importo è applicata in funzione del comportamento delle parti (precisamente nel numero di mesi o di anni dovuti ai rinvii ingiustificati imputabili alle parti), della posta in gioco – per esempio, se l'aspetto patrimoniale ha scarsa importanza per il ricorrente – ed in funzione del livello di vita del Paese (58).

Alla luce di quanto illustrato in tema di durata media del processo civile in Italia, nell'attuale momento storico, emerge che pressoché la totalità dei processi dinanzi al giudice togato - ove si articolino nei tre gradi di giurisdizione - superano la giusta durata. Pertanto, ove tutti gli interessati proponessero domanda di ristoro ex L. n. 89/2001, la somma da erogare da parte dello Stato italiano ammonterebbe a miliardi di euro. “*Il Ministro della Giustizia, nell'audizione tenutasi il 27 giugno 2006 davanti alla Commissione Giustizia del Senato... ha riferito i termini dell'incremento “notevolissimo” degli esborsi sopportati dallo Stato a causa delle condanne subite in questi anni. Il Ministro, ha riferito che, nel 2002, i decreti di condanna pronunciati sono stati 2681, con un esborso economico ammontante a 1.266.356,84 euro; nel 2003, 1.654 decreti con un esborso pari a 5.478.871,69 euro; nel 2004, i decreti sono stati 2.014 con condanne per 6.627.975 euro; l'anno successivo, i decreti hanno raggiunto i 2.494, con un onere economico di 8.921,525”* (59). Il trend delle cause in materia di leggi “Pinto” è in costante ascesa: nel 2005 sono sopravvenuti 12.130 ricorsi, nel 2006 il numero è di 20.633, nel 2007 il numero è di 20.135 e nel 2008 il numero è di 28.383. La situazione è così grave che all'inizio del luglio 2010 è stato presentato dal Governo un emendamento, alla manovra economica sulla quale è stata posta la fiducia, che prevedeva la creazione della figura del giudice ausiliario (da attingere in un albo formato da avvocati, giudici onorari e notai anche in pensione, Avvocati dello Stato, giudici ordinari, contabili e amministrativi a riposo, docenti e ricercatori universitari di materie giuridiche) per smaltire le cause pendenti. Arretrato giunto – secondo la dichiarazione resa il 22 luglio 2010 dal Ministro della Giustizia dinanzi alla Giunta della Confindustria (60) – a 5.600.000 di giudizi pendenti. L'emendamento è stato subito ritirato per le vibranti proteste della classe forense anche se è sensazione diffusa nel

(57) Corte Europea 10 novembre 2004, *Riccardi Pizzati c/Italia*; Corte Europea 21 ottobre 2004, *Zullo c/Italia*.

(58) Corte Europea 10 novembre 2004, *Pizzati c/Italia*. Su tali dati, ricognitivamente, C. RECCHIA, *op. cit.*, pp. 124-131. Va, peraltro, evidenziato che la Corte Europea “*ha sempre tenuto a precisare che eventuali comportamenti dilatori non escludono in assoluto la responsabilità dello Stato, giacché, anche in un processo impostato sul principio dispositivo come il nostro, il giudice resta sempre titolare del diritto/dovere di indirizzo e direzione del processo, pertanto ha sempre l'obbligo di garantire il sollecito svolgimento del processo stesso*” così C. RECCHIA, *op. cit.*, p. 7.

(59) Così R. MASONI, *La durata ragionevole del “giusto processo” nell'applicazione giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 195.

(60) Riportata su *Il Sole 24 ore* del 23 luglio 2010 p. 23.

predetto ordine professionale che il provvedimento è destinato a riemergere in un prossimo futuro.

Risorse della collettività interamente bruciate per effetto della eccessiva durata del processo civile. Miliardi di euro – ove la durata del processo fosse “ragionevole” – diversamente e utilmente spendibili per rendere efficiente il processo civile o da utilizzare per la soddisfazione di altri interessi pubblici. Conseguenza logica, obbediente ad una pacata analisi dei dati, è la necessaria, imperativa e non eludibile riforma del processo civile, a tutti i livelli normativi, anche costituzionali, onde pervenire ad una giustizia che risponda in tempi ragionevoli alle domande dei cittadini.

Un efficace intervento postula necessariamente la modifica tanto degli aspetti ordinamentali quanto dell'*iter* del processo civile. L'un aspetto si coniuga con l'altro.

È osservazione pacifica, infatti, che alcuna riforma del rito civile potrà sortire effetti ove il processo civile non sia dotato di uomini e di mezzi per poter funzionare. *“Un'idea fissa che assumono i lavori preparatori di ogni riforma in materia di procedura civile: quella di riassorbire l'arretrato e di accelerare il corso dei processi... Un giorno bisognerà pur ammettere che le regole di procedura non sono tutto. Fintanto che l'apparato giudiziario non sarà dotato di mezzi che sono richiesti dalla proliferazione delle cause, è vano sperare che i ritardi possano essere seriamente ridotti. E ancora... oltre i mezzi sufficienti e ad una procedura efficace, ci vorrà sempre la buona volontà, se non l'abnegazione degli operatori di giustizia, avvocato, magistrato, cancelliere. Come dire che l'obiettivo di una giustizia più efficace, nei limiti in cui è realizzabile, non può che essere il prodotto di una sapiente mescolanza di differenti ingredienti”*. È significativo osservare come il brano ora riportato non si riferisca alla giustizia civile in Italia, bensì alla giustizia civile in Lussemburgo (61). E questo in quanto la eccessiva durata dei processi è un problema che interessa pressoché tutti gli Stati membri dell'Unione Europea (62), anche se in modo molto più marcato l'Italia.

7. Proposte di modifiche ordinamentali

Modificazione della geografia giudiziaria

È osservazione condivisa che il carico di lavoro tra gli uffici giudiziari non è equamente ripartito. Nel tempo si è assistito alla conservazione, per motivi storici e/o campanilistici, di Uffici giudiziari con ridotti bacini di utenza

(61) M. ELVINGER, *La giustizia civile in Lussemburgo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, CEDAM ed., Padova, vol. I, 1994, pp. 313-314.

(62) Così B. CAPONI, *La giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 222, nota 17.

ed alla proliferazione di nuovi uffici giudiziari istituiti talora per la non sempre ponderata motivazione di sgravare uffici giudiziari di più grosse dimensioni (Roma, Napoli, Milano) e talora in conseguenza della creazione di nuovi enti territoriali (nuove province). È pertanto evidente che l'efficienza dell'apparato giudiziario (come ogni altro "servizio" reso "all'utenza") postula una geografia giudiziaria coerente con i bacini di fruizione del servizio dovendosi abbandonare ogni altro elemento di valutazione. Ne consegue la necessità (63) della verifica dell'attuale assetto al fine di modificare le circoscrizioni (accorpando uffici, separandone altri, eliminando sezioni distaccate) in modo da pervenire ad un razionale rapporto tra il numero dei giudici e il numero della popolazione residente nelle circoscrizioni giudiziarie ponderato con il tasso di litigiosità.

Alla luce dei dati statistici (numero della popolazione, circoscrizioni giudiziarie con i giudici assegnati, tasso di litigiosità, etc.) occorrerà modificare la geografia giudiziaria. La soppressione di uffici giudiziari con poco carico di lavoro permetterà una migliore gestione delle risorse (magistrati, personale ausiliario, spese di amministrazione ordinaria e straordinaria degli uffici giudiziari) e la riduzione di individuati costi (ad es. costo per gli immobili adibiti a sedi giudiziarie).

La linea tendenziale di una revisione della geografia giudiziaria dovrebbe essere quella della concentrazione degli uffici.

E del resto una capillare articolazione territoriale degli uffici giudiziari aveva senso nel 1800, allorché le non agevoli vie di comunicazione (carrozze, cavalli o, più tardi, treni per determinate tratte) rendevano opportuna la creazione di uffici giudiziari anche per piccoli centri in modo da garantire una effettività di tutela giurisdizionale. Nel momento attuale, in cui le linee di comunicazione sono tendenzialmente agevoli e soprattutto in vista del futuribile processo telematico, non si appalesa più come razionale un'intensa articolazione territoriale degli uffici allorché dalla stessa consegua altresì una evidente diseconomia del servizio giustizia.

Alla luce di tale criterio non appaiono condivisibili le proposte (64), pur adeguatamente motivate, di garantire la prossimità territoriale del Giudice di pace nelle grandi città ossia il decentramento degli uffici del Giudice di pace delle grandi città nei quartieri, utilizzando uffici comunali e circoscrizionali, per garantire una giustizia capillare, più diffusa. Proposte che comporterebbero la polverizzazione di risorse di uomini e mezzi con costi aggiuntivi e non un efficace coordinamento dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Analogamente andrebbero soppresse le sezioni distaccate di Tribunale, la cui esistenza determina la dispersione di dotazione organica del personale

(63) Da ultimo evidenziata da A. PROTO PISANI, *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena* in *Foro It.* 2008, V, c. 12.

(64) VIDONI GUIDONI O., *Quale giustizia per il Giudice di pace?*, cit., p. 83.

togato e amministrativo, nell'obiettivo di pervenire ad una geografia giudiziaria che preveda la esistenza di Tribunali che coincidano con le sedi della Provincia ove il bacino di utenza e di litigiosità lo consenta.

Riforma della dirigenza degli uffici giudiziari

Da più parti si avverte l'esigenza di intervenire per il riordino della dirigenza amministrativa negli uffici giudiziari. In particolare, viene proposta l'applicazione del cd. principio della doppia dirigenza (65): competenza in tema tabellare e di organizzazione del lavoro giudiziario attribuita ad un magistrato e competenza amministrativa attribuita ad un tecnico, selezionato tramite concorso di secondo grado (cui potrebbero partecipare anche i magistrati).

Di recente è intervenuto in materia il D.Lgs. 25 luglio 2006, n. 240 con cui si è inteso valorizzare il ruolo dei dirigenti amministrativi e introdurre il decentramento del Ministero della Giustizia trasferendo alcune funzioni decisionali (in materia di organizzazione giudiziaria) ad organi periferici; l'intervento normativo si muove sempre nell'ambito del distinguo tra competenza dei magistrati capi degli uffici e dirigenti amministrativi. Difatti l'art. 1 del decreto prevede l'attribuzione al magistrato capo dell'Ufficio giudiziario, tra l'altro, della "*competenza ad adottare i provvedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria*", laddove l'art. 2 del decreto conferisce al dirigente amministrativo la responsabilità della "*gestione del personale amministrativo*"; i due dirigenti ora indicati, poi, redigono, per ciascun anno, il programma delle attività da svolgere nel corso dell'anno secondo la disciplina contenuta nell'art. 4 del decreto.

In realtà sia l'intervento legislativo che le proposte formulate in dottrina postulano quale presupposto che l'organizzazione del lavoro giudiziario debba essere riservato al personale togato, con l'evidente conseguenza che professionalità acquisite in campo giudiziale (di solito agli apici di carriera) vengono utilizzate per funzioni di carattere rigorosamente organizzativo rispetto a cui i magistrati non hanno maturato alcuna idonea e specifica professionalità.

Parrebbe pertanto più corretto ricondurre nell'alveo della dirigenza amministrativa, secondo il modello contenuto nel D.Lgs. 165/01, tutte le funzioni riconducibili all'amministrazione della giustizia intesa quale organizzazione del lavoro. In tal modo si otterrebbe un duplice effetto: richiamare a funzioni di coordinamento delle sezioni giurisdizionali il magistrato che ha maturato la massima esperienza, liberando capi degli uffici e vicari da funzioni non propriamente giurisdizionali e, dall'altro, realizzare un assetto organizzativo nei Tribunali secondo omogenei, riconosciuti e consolidati criteri di continuità manageriale (evitandosi in tal modo la personificazione di assetti organizzativi

(65) F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Foro It.*, 2001, V, c. 83.

che dovrebbero essere uniformi all'interno del pianeta “*giustizia*”).

Composizione degli organi giurisdizionali di merito

Attualmente organi giurisdizionali collegiali (collegio di tre giudici) sono costituiti dal Tribunale in composizione collegiale su specifiche materie (art. 50 *bis* c.p.c.) e dalla Corte d'Appello. Il principio della più completa ponderazione delle questioni giuridiche che milita in favore della composizione collegiale dell'organo giurisdizionale è un principio assoluto e, come tale, potrebbe ritenersi ineludibile per ogni organo giudiziale. E tuttavia costituisce valutazione politica quella – attuata nell'odierno sistema – di applicarlo solo alle controversie presumibilmente più complesse e difficili. La politicità della scelta – in assenza di una norma costituzionale che imponga la composizione collegiale degli organi giurisdizionali – non esclude una composizione monocratica di ogni organo giudicante nel merito nell'evidente fine di liberare risorse umane da destinare allo svolgimento di altri processi in termini ragionevoli (66).

E' auspicabile, quindi, una riforma legislativa che stabilisca la composizione monocratica del Tribunale e della Corte di Appello. Ove venisse accolta la proposta della composizione monocratica di ogni organo giudicante nel merito, al fine del maggior possibile coordinamento giurisdizionale potrebbe prevedersi che, su specifica e motivata richiesta del giudice monocratico designato, il Presidente dell'Ufficio (o il Presidente di Sezione, ove l'Ufficio si articoli in sezioni) possa disporre la trattazione collegiale del giudizio nelle limitate ipotesi che vengano in rilievo questioni di massima di particolare importanza (*ex art. 374 c.p.c.*) o aventi notevole rilievo economico (*ex art. 417 bis c.p.c.*).

Snellimento della composizione della Corte di Cassazione

All'attualità i collegi giudicanti presso la Suprema Corte sono composti da cinque giudici. Il numero dei giudici (che era di sette) è stato così ridotto dalla L. 8 agosto 1977 n. 532. Quando la Suprema Corte pronuncia a sezioni unite, il Collegio giudicante è composto da nove giudici. Presso la Corte di Cassazione vi è la Procura generale, che interviene all'udienza, esponendo motivatamente il suo punto di vista circa le censure sollevate (art. 379 c.p.c.).

Tale struttura può essere utilmente snellita senza pregiudicare le garanzie di adeguata ponderazione dei giudizi.

Potrebbe prevedersi la riduzione a tre dei componenti il collegio giudicante ed individuare in sette la composizione della Corte a Sezioni Unite. Sem-

(66) Il modello sopra suggerito è stato adottato negli anni '80 nel processo belga (STORME M., *Sintesi del diritto processuale belga*, in *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, cit., vol. I, p. 7) ed è ampiamente diffuso negli Stati Uniti d'America (HAZARD G. C., TARUFFO M., *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Il Mulino ed., Bologna, 1993, pp. 52, 55-56).

bra potersi ritenere che in tal modo la avvertita esigenza di collegialità sia adeguatamente tutelata.

È auspicabile anche l'eliminazione dell'istituto del Pubblico Ministero (67) presso la Corte di Cassazione.

Difatti nell'attuale ordinamento costituzionale, sono venute meno le ragioni della presenza del P.M. in Cassazione. Ragioni *illo tempore* costituite dalla necessità di un controllo politico sulla Corte di Cassazione al fine di evitare che il supremo giudice di legittimità travalicasse le proprie competenze. Tale intervento avrebbe un doppio benefico effetto: da un lato di eliminare un passaggio del procedimento presso il giudice di legittimità, snellendo lo stesso e, dall'altro, liberare risorse umane (il numero dei giudici addetti alla Procura Generale presso la Corte di Cassazione presenta un organico di 68 unità) da destinare alla composizione dei collegi giudicanti.

La partecipazione del P.M. in sede di legittimità verrebbe così circoscritta alle limitate ipotesi in cui la partecipazione di tale organo è prevista anche per le fasi di merito.

Meccanismi di riduzione del contenzioso

A fronte del dato della inidoneità dell'attuale sistema giudiziario a giudicare in tempi ragionevoli le domande di giustizia appaiono percorribili due strade: o ridurre il numero del contenzioso o aumentare il numero dei giudici. È evidentemente scelta di politica legislativa seguire l'una o l'altra strada.

In ordine ai meccanismi di riduzione del contenzioso si osserva quanto segue.

A Costituzione invariata si appalesa difficile l'introduzione di efficaci meccanismi selettivi o di filtro dei giudizi, al fine di pervenire ad una riduzione del contenzioso.

Meccanismi deflattivi del contenzioso sono stati sinora individuati in:

a) Mediazione

La mediazione – istituto creato negli Stati Uniti (*Mediation*) – è uno degli strumenti per l'*Alternative dispute resolution* (A.D.R.), “*caratterizzato dal fatto che l'intervento di un terzo tende solo a facilitare un accordo diretto delle stesse parti*” (68); “*nella mediazione l'intervento di un terzo 'esperto' è di mero ausilio per favorire il raggiungimento di un accordo, le cui condizioni devono essere negoziate e accettate dalle parti. Quindi, mediazione come attività delle stesse parti, sia pure con l'ausilio del terzo esperto, finalizzata al*

(67) Secondo una proposta di F. CIPRIANI, *Nuovi presidenti e vecchi problemi...*, cit., c. 1875 e F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia...*, cit., c. 83, nel contesto di una proposta di riforma mirante all'abrogazione dell'intervento obbligatorio del P. M. nel processo civile; analogamente, in quest'ultimo senso, F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro It.* 2001, V, c. 325.

(68) Così C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione* in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 845.

raggiungimento del loro ‘accordo’ diretto” (69).

E’ prevista nell’art. 342 *ter*, comma 2, cod. civ. a proposito del contenuto degli ordini di protezione contro gli abusi familiari e nell’art. 155 *sexies*, comma 2, cod. civ. in ordine ai poteri del giudice e ascolto del minore nelle situazioni di crisi della famiglia coniugale (70).

La mediazione si distingue dalla conciliazione perché in quest’ultima vi è l’intervento di un terzo che svolge un ruolo attivo, formulando una proposta, che le parti sono libere di accettare, perfezionando, con l’accettazione della proposta, la conciliazione (71).

Alla luce di tale criterio discretivo la mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al D.L.vo 4 marzo 2010, n. 28 non può ritenersi tecnicamente riconducibile alla mediazione “*strictu sensu*”, ma – come si illustrerà tra breve – all’area della conciliazione, atteso che l’intervento del terzo – il quale media e formula una proposta – altro non è che un tentativo di conciliazione.

b) Tentativo facoltativo di conciliazione

E’ un procedimento liberamente attivabile dalle parti mediante il quale queste, alla presenza di un terzo, compongono una controversia tra loro insorta; nella conciliazione il terzo “*deve valutare le contrapposte posizioni delle parti e individuarne la giusta composizione e, su questa base, deve offrire alle parti il suo consilium e provocarne il concilium, cioè l’aggregazione e l’incontro e, quindi, la conciliazione*” (72).

L’istituto può trovare spazio nelle controversie su diritti disponibili. “*Nella spinta verso metodi di ADR il legislatore italiano guarda in questi ultimi anni con crescente favore alla conciliazione amministrata da istituzioni. In tale ruolo spiccano le camere di commercio, alle quali l’art. 2, comma 4, della L. 580/93, nel quadro del loro riordinamento, riconosce il potere di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per le controversie tra imprese, nonché tra imprese e consumatori*” (73).

Coerente con le indicate direttrici è il citato D.L.vo n. 28/10 sulla “*mediazione finalizzata alla conciliazione*”, nel quale il termine mediazione, come già evidenziato, identifica il procedimento per giungere alla conciliazione. Il procedimento di mediazione per la conciliazione di una controversia civile o commerciale vertente su diritti disponibili è attivabile da chiunque (art. 2 D.L.vo cit.). In tal senso è un tentativo facoltativo di conciliazione (ed ha una disciplina identica all’ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità dell’azione giudiziaria); tuttavia chi viene convenuto nel procedimento non è

(69) *Op. ult. cit.* p. 859.

(70) L. P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, p. 615.

(71) Così C. PUNZI, *op.ult.cit.* p. 853.

(72) C. PUNZI, *op. ult. cit.* p. 849.

(73) Così R. CAPONI, *La conciliazione..., cit.*, c. 169.

libero di rifiutarlo, deve subirlo; sicchè dal punto di vista di quest'ultimo è obbligatorio.

Va evidenziato che, in esperienze ben distinte dalla nostra, quale quelle del processo statunitense (ossia in un Paese di *common law*) più del 90% delle controversie viene conciliato prima del dibattimento (74), in specie “*meno del cinque per cento delle cause arriva davvero al dibattimento*” (75).

c) Tentativo obbligatorio di conciliazione

E' il procedimento sopradescritto al punto b) da attivare obbligatoriamente dalle parti (o da subire dalla parte evocata) prima di instaurare una lite giudiziaria; una disciplina completa dell'istituto era contenuta negli artt. 410 e ss. c.p.c., trasformato in facoltativo con la novella di cui alla L. 4 novembre 2010 n. 183. Il tentativo obbligatorio di conciliazione è presente, altresì, nelle controversie agrarie (art. 46 della L. 3 maggio 1982, n. 203), nelle controversie sui licenziamenti nelle unità produttive minori (art. 5 della L. 11 maggio 1990, n. 108), nelle controversie previdenziali (art. 443 c.p.c.), nelle controversie in materia di lavori pubblici (art. 240 d.L.vo 12 aprile 2006 n. 163), nelle controversie in tema di subfornitura (art. 10 della L. 18 giugno 1998 n. 192); è contemplato un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi alle Camere di Commercio nelle controversie tra operatori e tra operatori e utenti in materia di telecomunicazioni (art. 1 della L. n. 249/1997).

Forte impulso al tentativo *de quo* è stato impresso dal D.L.vo 4 marzo 2010 n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali vigente dal 20 marzo 2010 (ad eccezione del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 5* che acquisterà efficacia il 20 marzo 2011) (76). Tale testo recepisce indicazioni provenienti dal diritto comunitario – da ultimo: direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale – ed è in linea di continuità con alcune soluzioni contenute nello schema di disegno di legge concernente la “*Disciplina della conciliazione in sede non contenziosa*” redatto da una Commissione nominata con D.M. 15 febbraio 1993 dal Ministro di Grazia e Giustizia e presieduta da Elio Fazzalari con conclusione dei lavori il 18 marzo 1994 (77).

(74) G. C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., p. 122.

(75) G. C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., p. 253.

(76) Su tali temi: L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010* in *Riv. dir. proc.* 2010 pp. 575-594; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione* in *Riv. dir. proc.* 2010 pp. 616-630; R. CAPONI - G. ARMONE - P. PORRECA - D. DALFINO, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28)* in *Foro It.* 2010, V, cc. 89-107; A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione* in *Foro It.* 2010, V, cc. 142-146; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno* in *Foro It.* 2010, V, cc. 146-151.

(77) La relazione e lo schema di disegno di legge sono pubblicati sul *Foro Italiano* 1994, V, cc. 285-292, sotto il titolo sulla “disciplina della conciliazione in sede non contenziosa”.

Per il decreto legislativo n. 28/2010 la mediazione è l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (conciliazione), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (art. 1). Come più volte evidenziato, la mediazione è il procedimento mentre la conciliazione è un possibile sbocco del procedimento.

Il procedimento di mediazione è attivabile ad iniziativa di parte in due distinte ipotesi :

a) liberamente da chiunque intenda promuovere una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili (art. 2). Va ricordato però che il soggetto evocato deve sottostare alla disciplina del procedimento, non può rifiutarlo. Onde stimolare la diffusione della mediazione finalizzata alla conciliazione è stato previsto (art. 4) che l'avvocato – all'atto del conferimento dell'incarico – deve informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione *de qua* e delle agevolazioni fiscali collegate;

b) obbligatoriamente, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, da chi intende promuovere una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5).

In ambedue i casi il procedimento è uguale. La domanda di mediazione è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo – ente pubblico o privato – individuato dall'istante (art. 4); il procedimento ha una durata non superiore a 4 mesi (art. 6), si svolge senza formalità e dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (art. 8). E' prevista una disciplina a tutela del riserbo (aa. 9-10). Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento sono esenti da tributo, spesa o diritto; il procedimento è tuttavia oneroso per le parti le quali devono pagare un'indennità all'organismo di mediazione per l'attività prestata (art. 17) anche se possono beneficiare – entro dati limiti e con dimezzamento se la mediazione non ha successo – di un credito d'imposta commisurato all'indennità liquidata (art. 20).

Se viene raggiunto un accordo amichevole il mediatore forma un processo verbale (art. 11) che in seguito ad omologa giudiziaria su istanza dell'interessato, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12); il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente (art.17).

Se non è raggiunto l'accordo il mediatore può formulare una proposta di conciliazione ed è tenuto a formularla a seguito di concorde richiesta delle

parti (art. 11); ove nell'eventuale successivo giudizio la parte vincitrice che ha rifiutato la proposta ottenga una decisione che corrisponde interamente al contenuto della proposta viene previsto (art. 13) che il giudice: a) escluda la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice – inclusa l'indennità di mediazione – riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa; b) condanni la parte vincitrice al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, inclusa l'indennità di mediazione, relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'erario di una ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto; invece ove la decisione non corrisponde interamente al contenuto della proposta il giudice può escludere – ricorrendo gravi ed eccezionali ragioni – la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità di mediazione (art. 13).

Questa in sintesi la disciplina della mediazione introdotta con il D.L.vo n. 28/10.

Deve ritenersi, con i correttivi di seguito indicati, che la mediazione *de qua* in presenza di organismi di conciliazione qualificati e indipendenti e della disponibilità della classe forense ad investire professionalità nello strumento può contribuire a definire in via stragiudiziale i contrasti con effetto evidentemente deflattivo del contenzioso.

La disciplina, al fine di diffondere il meccanismo, contiene incentivi (fiscali) e conseguenze sanzionatorie in caso di ingiustificato fallimento del tentativo.

La disciplina ha però, a nostro giudizio, bisogno dei seguenti correttivi al fine di renderla funzionale allo scopo:

a) l'attivazione libera e facoltativa del procedimento di mediazione ad opera dell'interessato (art. 2) deve trovare il consenso della controparte evocata. Con la attuale disciplina la parte evocata è obbligata a subire un procedimento – con tempi, impegni e costi – che potrebbe essere non gradito;

b) eliminazione in capo alle parti del carico dell'indennità all'organismo di mediazione. Al fine di incentivare il procedimento potrebbe prevedersi che l'onere delle spese è a carico dello Stato; in tal caso vi sarebbe una sicura - intuitiva - collaborazione delle parti. E' ragionevole ritenere che tale onere delle spese, a disciplina invariata, contribuisca a dissuadere le parti ad attivare facoltativamente il procedimento. Tale eliminazione andrebbe prevista – in favore della parte che ha ragione – almeno nel caso in cui il procedimento è obbligatorio. Difatti con la disciplina attuale ove un soggetto abbia ragione *in toto* e l'organismo di conciliazione favorisca un accordo bonario che accolga le richieste della parte che ha ragione, quest'ultima vede limitata la tutela dei propri diritti: la limitazione è dovuta al fatto di sopportare parte delle spese della mediazione. *In parte qua* la disciplina attuale sul punto presenta profili di dubbia costituzionalità per contrasto con l'art. 24 comma 1 della Costituzione;

c) ridurre le materie dove è obbligatoria *ex art. 5* la mediazione. Le materie, all'attualità, ricomprese nel citato art. 5 sono del tutto eterogenee. E' osservazione diffusa che i tentativi di conciliazione possono avere un loro spazio in ordinamenti settoriali, quali quelli dei servizi pubblici, ovvero nel rapporto tra consumatori e imprese, e comunque in quei settori in cui, si registra una omogeneità dei contrapposti interessi coinvolti ed un rapporto diuturno e continuo tra le parti che fa sorgere l'interesse reciproco a "*conservare buoni rapporti*" nel tempo. Con l'ulteriore conseguenza che, nell'attuale assetto normativo, appare difficilmente perseguibile l'obiettivo di formazione di mediatori per tutto il contenzioso in quanto l'eterogeneità delle controversie (e quindi delle materie trattate) finirebbe con il provocare un inefficace appesantimento burocratico, non idoneo a realizzare né il mirato obiettivo deflattivo né una adeguata formazione professionale dei mediatori. Sembrerebbe pertanto auspicabile che il ricorso all'istituto della mediazione venga circoscritto *de iure condendo* a settori specifici individuando altresì una meditata corrispondenza tra blocchi di materie e professionalità degli organismi preposti alla mediazione al fine di garantire non solo la concreta efficacia deflattiva dell'istituto ma anche l'efficienza e la professionalità nell'espletamento della funzione assegnata ai singoli organismi.

Nella delineata prospettiva andrebbe eliminata l'obbligatorietà della mediazione quantomeno nelle cause di responsabilità aquiliana, in cui, come noto, il rapporto tra le parti è del tutto accidentale e non connotato certo dall'esistenza di rapporti iterativi;

d) eliminare la disciplina delle spese *ex art. 13* comma 1 prevista nel caso che nel giudizio il vincitore consegua interamente il contenuto della proposta, rifiutata in sede di mediazione fallita. Lo spirito della norma è chiaro: creare conseguenze sanzionatorie in caso di ingiustificato fallimento della mediazione. Tuttavia la disciplina presenta numerose aporie: pone il carico delle spese in capo alla parte vincitrice con dubbio di costituzionalità in chiave di tutela dei diritti *ex art. 24* comma 1 della Costituzione; è doppiamente squilibrata a carico del vincitore, perché – in primo luogo – la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente prescinde dalla circostanza che la proposta di mediazione sia stata accettata da quest'ultima e perché – in secondo luogo – alcun meccanismo sanzionatorio è previsto in capo al soccombente che in sede di mediazione abbia rifiutato la relativa proposta (il cui contenuto sia stato poi accolto nel giudizio). Per realizzare l'obiettivo avuto di mira dal legislatore potrebbe esser sufficiente una norma secondo cui (sulla falsariga dell'art. 92 comma 1 seconda parte c.p.c.) "*il giudice può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per l'inosservanza dell'onere di partecipare e comportarsi con lealtà nel procedimento di mediazione, essa ha causato all'altra parte*".

d) Tentativo obbligatorio di conciliazione conducente alla formazione eventuale di un titolo esecutivo stragiudiziale

In funzione deflattiva ed al fine di ricondurre a tempi di ragionevolezza la durata del processo civile autorevole dottrina (78), nell'ambito di una strategia complessiva di proposte di riforma del processo civile, ha suggerito l'adozione di uno strumento molto efficace (massimo conseguibile, a Costituzione invariata) costituito dalla formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale sul modello dell'art. 18 della L. 24 novembre 1981 n. 689.

L'Autore citato osserva testualmente: *“Orbene, un intervento possibile sarebbe a mio avviso questo: prevedere che con riferimento ad alcune, determinate, categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad es. controversie di lavoro e previdenziali, controversie locative, controversie da infortunistica stradale, controversie successorie), sia introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità del processo o come condizione di proponibilità della domanda, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (notaio o altro pubblico ufficiale, funzionari specializzati delle camere di commercio, ex avvocati dello Stato, giudici onorari o giudici di pace, funzionari della pubblica amministrazione, ecc.).*

Perché un simile istituto abbia successo e possa incidere sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile, occorre però prevedere:

a) in primo luogo, che il tentativo di conciliazione sia effettuato da un collegio di conciliazione costituito dal terzo imparziale che lo presiede e da due rappresentanti delle parti (che ben potrebbero essere gli stessi difensori) appositamente designati dalle parti stesse;

b) in secondo luogo: che la richiesta del tentativo di conciliazione debba contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei termini della controversia, dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa; che debba essere preventivamente comunicata alla controparte e che questa debba depositare osservazioni scritte tramite le quali prendere posizione specifica sui fatti posti dall'istante a fondamento della sua pretesa; allo scopo di rendere effettiva questa presa di posizione specifica si potrebbe sanzionare la sua mancanza con il valore di ammissione legale (ficta confessio) dei fatti posti dall'istante a fondamento della sua richiesta, ammissione legale che avrebbe però valore solo nella fase cd. precontenziosa;

c) in terzo luogo, che davanti al collegio di conciliazione debbano comparire personalmente le parti per essere interrogate liberamente;

(78) A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro It.*, 2003, V, c. 117 ss.; ID., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 53 ss.; ID., *Per un nuovo codice di procedura civile*, citato, cc. 103-104 ove vi è una proposta di articolato normativo nei punti da 6.1 a 6.7.

d) in quarto luogo, che in caso di mancato accordo il collegio di conciliazione, anziché limitarsi a formulare una proposta per la bonaria composizione della controversia, una volta fallita anche quest'ultima possibilità di accordo, debba redigere un verbale contenente tale accertamento, ove sia nel senso di accoglimento dell'istanza, abbia ex lege valore a tutti gli effetti di titolo esecutivo stragiudiziale, senza determinare però preclusione alcuna nel futuro eventuale processo a cognizione piena instaurato. Si tratterebbe, nella sostanza, in ipotesi di accoglimento dell'istanza, di creare una nuova ipotesi di titolo esecutivo di formazione stragiudiziale alla stessa stregua di quanto ad es. effettuato dall'art. 18 L. 689/81 riguardo all'ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa. Vi è di più. Con un poco di immaginazione si potrebbe pensare che l'accertamento allo stato degli atti sia idoneo a costituire non solo ex lege titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, ove sia nel senso di accoglimento dell'istanza, ma, indipendentemente dal se l'accertamento sia positivo o negativo, sia anche destinato a divenire immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo a cognizione piena di primo grado entro un determinato termine perentorio. Anche qui il regime dell'ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa sta ad indicare quanto meno la possibilità di una tale scelta" (79).

La proposta, condivisibile nell'impianto, richiede delle puntualizzazioni ed integrazioni. Andrebbe, in primo luogo, previsto un limite di valore fino al quale è praticabile il tentativo di cui si discute.

Appare infatti apprezzamento prudente di comune esperienza evitare che titoli esecutivi per liti di rilevante valore vengano formati in via stragiudiziale.

Sotto convergente profilo dovrebbe inoltre prevedersi il massimo rigore formale a presidio della formazione del titolo esecutivo stragiudiziario con previsione che il titolo debba essere notificato a norma degli artt. 137 e ss. c.p.c., esclusa la notificazione al domicilio eletto e che dalla data di notifica decorra un termine dilatorio congruo – ad esempio non inferiore a 120 gg. – per contestare dinanzi all'A.G.O. l'ingiunzione. Sarà opportuno prevedere che l'opposizione sospenda *ex lege* l'efficacia esecutiva del titolo stragiudiziale nonché una pena pecuniaria – a carico dell'opponente che risulta integralmente soccombente nel giudizio – in rapporto percentuale al valore della condanna.

La prospettata opzione appare un equo bilanciamento degli interessi in conflitto. Da un lato l'istante ottiene un titolo esecutivo immediatamente azionabile in caso di mancata opposizione e la previsione della pena pecuniaria scoraggia la promozione di opposizioni palesemente infondate e, dall'altro, la previsione della sospensione *ex lege* dell'esecutività del titolo pone al riparo l'opponente non pretestuoso da pregiudizi per un'esecuzione ingiusta.

(79) A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, cit., cc. 54-55.

Infine, per ragioni che saranno illustrate di seguito, andrebbe espunta l'efficacia di *ficta confessio* alla condotta di inerzia dei partecipanti al procedimento.

e) Arbitrato facoltativo (artt. 806-840 c.p.c.)

L'esperienza insegna che tale meccanismo ha contribuito solo in modo molto limitato a realizzare un effetto deflattivo. Il ricorso a tale istituto è stato pressoché circoscritto a liti tra parti cd. forti (P.A., imprese), mentre alcun seguito ha avuto negli altri giudizi e in particolare in quelli seriali in cui vi sono per lo più contrapposizioni tra parti "inequali", ad es. le liti che coinvolgono i consumatori. Pertanto la possibilità di un incremento del ricorso a tale istituto, che presuppone la comune volontà delle parti, potrebbe essere ottenuto prevedendo delle agevolazioni fiscali in favore delle parti in lite, anche se sembra di dover escludere che l'incentivo fiscale sia in grado da solo di conseguire l'effetto sperato. All'incentivo fiscale dovrebbe sommarsi un significativo impulso delle organizzazioni di categoria. Del resto va rilevata la diffusione – ancorché limitata ovvero nella forme di progetti pilota – di modelli di conciliazione ed arbitrato provenienti dagli interessati nel settore dei servizi pubblici con il contributo attivo della classe forense (che ha predisposto camere di conciliazione presso i consigli dell'ordine); *“la stessa avvocatura – al tempo stesso concausa efficiente e vittima dello stato di degrado in cui versa l'amministrazione della giustizia – sta prendendo atto che la sua funzione professionale e sociale si sviluppa (anche) mediante la risoluzione dei conflitti e la diffusione della “nuova” conciliazione, a tutto vantaggio logica di servizio di cui l'avvocatura deve rendersi interprete, in sede sia istituzionale che sindacale”* (80).

f) Arbitrato obbligatorio

L'arbitrato obbligatorio è, a costituzione invariata, inammissibile. Vi osta il dettato dell'art. 24 della Cost. in virtù del quale *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”* (81).

In proposito in dottrina non si è mancato di evidenziare come: *“da tempo ripeto che sarebbe auspicabile, per le controversie di tipo seriale, la predisposizione di metodi di composizione delle liti con ampio ricorso agli arbitrati e alle conciliazioni. Ma, se gli uni e le altre dovessero sfociare in provvedimenti di natura decisoria, come riterrei necessario per rendere efficace il ricorso a tali strumenti, sarebbe difficile evitare il giudizio di incostituzionalità*

(80) Così B. CAPPONI, cit., c. 233. In ordine alla giustizia stragiudiziale, agli *Alternative dispute resolution, Methods* cd. ADR, brevi sintesi sono contenute, oltreché nell'or citato scritto di CAPPONI, anche in G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ambudsman» bancario*, in *Foro It.* 2002, V, c. 249 ss. e in R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale con metodo di ADR («Alternative dispute resolution»)*, in *Foro It.* 2003, V, cc. 165 ss.

(81) Sull'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio: Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1991 n. 488.

per contrasto con l'art. 102 Cost., che pone divieto alla introduzione di giudici speciali... Ritengo che su queste garanzia occorra fare una riflessione. Le posizioni intransigenti sono le più facili da argomentare. Ma la stagione della intransigenza, nel campo giudiziario, è alle nostre spalle. Si è ormai aperta la stagione delle compatibilità, per cui il meglio non sta nella soluzione in astratto più conforme ai nostri ideali, ma nella soluzione capace di offrire i risultati migliori nella situazione storica nella quale ci troviamo ad operare" (82).

All'uopo sarebbe necessaria una modifica della Costituzione che consenta, specie per le cause cd. bagatellari, la previsione dell'arbitrato obbligatorio nel primo grado di giudizio. L'ordinamento potrebbe intervenire altresì con la disciplina di esperti (iscritti in un apposito albo presso ogni Tribunale) designabili come arbitri.

Misura concorrente potrebbe essere quella, previo adeguamento dell'art. 24 della Costituzione, di consentire il diritto di agire in sede giudiziaria solo per le liti non bagatellari (con un'eccezione che si illustrerà), con un valore superiore ad un minimo da determinarsi; ciò nell'evidente obiettivo di evitare che qualsivoglia pretesa giunga nelle aule di giustizia.

Un ordinamento giuridico in grado di far fronte a qualsiasi istanza di giustizia può permettersi che **tutti** possano agire in giudizio per portarvi tutte le possibili istanze. Un tale ordinamento però probabilmente non esiste e sicuramente non è attualmente vigente nel nostro Paese. Il consentire tutto a tutti conduce a quello che attualmente vi è in Italia: sensibile e sostanziale diniego di giustizia per tutte le cause. Difatti decidere qualsiasi controversia in un tempo irragionevole anche se non implica un **formale** diniego di giustizia, sicuramente compromette in modo eccessivo il diritto alla tutela giurisdizionale.

Sicché misura razionale è quella del diniego di giustizia per le liti di scarso valore. Tale misura, inevitabilmente, condurrà gli interessati alla ricerca e alla attuazione di necessarie alternative di giustizia.

Eccezione alla regola del diniego di giustizia per le cause cd. bagatellari è quella di consentire - previa autorizzazione dell'A.G.O. in sede di volontaria giurisdizione - l'azione in giudizio ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici (arg. *ex art. 417 bis*, comma 2, c.p.c.).

Per le cause che potremmo definire, convenzionalmente, sottosoglia l'azione giudiziaria sarebbe condizionata dalla preventiva autorizzazione dell'A.G.O.

Aumento del numero dei giudici

Per conseguire un aumento del numero dei giudici, *rectius* dei giudicanti, si potrebbe ricorrere alle seguenti misure:

(82) Così G. VERDE, *In favore di un processo normale*, in *Foro It.* 2002, V, c. 57.

• ***Aumento del numero dei giudici togati***

Tale misura ovvia ed evidente sconta tuttavia diversi ostacoli (83). In prima analisi, concreti limiti di bilancio. L'aumento del numero dei giudici implica inoltre l'aumento del personale ausiliario, delle infrastrutture, di mezzi e quindi – in definitiva – aumento notevole dei costi del servizio giustizia. Anche di recente l'orientamento politico-legislativo non è mai dimostrato concretamente propenso a prevedere un aumento dei costi della giustizia. Viene, tra l'altro, al riguardo opposto il rilievo che negli altri Paesi europei il numero dei giudici in relazione alla popolazione è grosso modo corrispondente a quello italiano. Tuttavia non sembrano questi motivi plausibili per sottrarsi all'investimento nel settore della giustizia auspicandosi quantomeno, a ruoli invariati, un abbassamento dell'età pensionabile del personale togato tenuto conto anche che l'attuazione e la concreta efficacia dell'incombente processo telematico passa anche per un ricambio generazionale.

• ***Aumento del numero dei giudici non togati***

Tale aumento dovrebbe riguardare tanto il numero dei Giudici di Pace (attualmente di 4.700), quanto il numero dei giudici onorari addetti agli organi giurisdizionali togati (ad es. i Giudici onorari di tribunale disciplinati negli artt. 42 *bis*, 42 *ter*, 42 *quater*, 42 *quinquies*, 42 *sexies*, 42 *septies*, 43 *bis* del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12). Tale misura implica, intuitivamente, costi minori rispetto all'aumento dei giudici togati. Il carattere temporaneo che può essere impresso alla stessa consente inoltre di adeguare costantemente il “*ruolo*” dei giudici “*non togati*” in modo elastico rispetto alle esigenze di bilancio.

Unificazione delle giurisdizioni

Attualmente accanto alla giurisdizione ordinaria vi sono numerose giurisdizioni speciali. In specie:

a) giurisdizione amministrativa, affidata a giudici speciali ai quali la legge attribuisce, in via generale, la cognizione degli interessi legittimi e, in determinati casi, la cognizione anche dei diritti soggettivi nelle controversie la cui particolarità sta nel fatto che la tutela è chiesta nei confronti della P.A. Tale giurisdizione è esercitata da vari giudici:

1. Giudici ordinari amministrativi (TAR, Consiglio di Stato);
2. Giudici speciali amministrativi, quali il Tribunale Superiore delle Acque pubbliche con riguardo all'impugnazione di atti amministrativi in materia di acque pubbliche (R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775, art. 143);

b) giurisdizione contabile (Corte dei conti), in materia di contabilità pubblica, comprensiva dei giudizi di conto e di responsabilità amministrativa e contabile;

(83) Si evidenzia in A. PROTO PISANI, *Attualità e prospettive per il processo civile*, in *Foro It.* 2002, V, c. 5: “Un aumento dei magistrati professionali è auspicabile, ma sarebbe illusorio pensare che si tratti di un traguardo risolutivo e raggiungibile in tempi brevi”.

c) giurisdizione tributaria (Commissione tributaria provinciale - Commissione tributaria regionale);

d) altre giurisdizioni speciali con cognizione sui diritti soggettivi, quali: Commissari Regionali liquidatori degli usi civici ai quali l'art. 29, comma 2, L. 16 giugno 1927 n. 1766 attribuisce giurisdizione in materia di controversie di usi civici.

Al fine di una razionale ed efficiente amministrazione della giustizia civile potrebbe stabilirsi - con le opportune modifiche costituzionali - l'unificazione di tutte le giurisdizioni speciali a quella ordinaria con la previsione, in via esclusiva, di un'unica giurisdizione, ossia di "*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*" (art. 102, comma 1, Cost.).

Con tale modifica si opererebbe un razionale ed ottimale utilizzo di mezzi per il corretto funzionamento della giurisdizione eliminando duplicazioni e questioni pregiudiziali che rallentano il corso della giustizia. In misura non trascurabile sovente il procedimento dinanzi alla giurisdizione ordinaria si definisce, dopo alcuni anni, con la pronuncia di carenza di giurisdizione a favore di un giudice speciale e viceversa.

Con l'unificazione delle giurisdizioni troverebbero soluzione anche diverse aporie collegate alle giurisdizioni speciali.

In specie:

a) con l'eliminazione della giurisdizione speciale attribuita alla Corte dei Conti e al Consiglio di Stato si garantirebbe il ricorso in Cassazione per violazione di legge nelle liti attribuite a questi giudici attualmente ammesso avverso le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, ma escluso (ad eccezione dei motivi inerenti la giurisdizione) avverso le decisioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato;

b) con l'eliminazione della giurisdizione attribuita alla Corte dei Conti e al Consiglio di Stato si porrebbe fine ai dubbi sulla imparzialità ed indipendenza di questi organi.

Dubbi costituenti la conseguenza delle modalità di nomina politica (ad opera del Governo e in più, come accade per la Corte dei Conti, ad opera del Consiglio regionale e del Consiglio delle autonomie locali) di una significativa aliquota dei componenti ed altresì - per il Consiglio di Stato - dell'esercizio anche di funzione consultiva e della circostanza che numerosi componenti rivestono incarichi extragiudiziari presso i Ministeri (capo di gabinetto, capo dell'ufficio legislativo, etc.)(84). La *ratio* della specificità che giustifica le

(84) Dubbi chiaramente evidenziati da G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 269-273, in ordine ai quali si è avuta la replica di C. CALABRO, *A proposito di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 555-556, con successiva controp replica di R. ROMBOLI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 556-558.

giurisdizioni speciali, costituita dalla creazione di un organo particolarmente versato e preparato sulla materia da giudicare, potrà essere agevolmente garantita con la creazione di sezioni specializzate per determinate materie istituite presso gli organi giudiziari ordinari (in aderenza a quanto previsto nell'art. 102, comma 2, Cost.)(85).

Del resto il problema della unità o meno delle giurisdizioni dipende anche da scelte di politica del diritto. Nei Paesi di *civil law* è, difatti, dato constatare una pluralità di giurisdizioni; in quelli di *common law*, invece, è “*sostanzialmente realizzato il principio dell'unità delle giurisdizioni*”(86).

L'unificazione delle giurisdizioni dovrebbe arrecare anche un sensibile contributo ad abbreviare i tempi del processo. È noto che la durata dei processi dinanzi ai TAR e alla Corte dei Conti è eccessiva ed è vieppiù superiore a quella dei processi svolgentisi dinanzi ai giudici ordinari e si evidenzia che “*da anni il numero dei ricorsi sopravvenuti dinanzi ai tribunali amministrativi regionali supera di oltre il dieci - venti per cento il numero dei ricorsi esauriti fino a giungere nel dicembre 1999 alla pendenza di circa 900.000 ricorsi a fronte degli 83.000 sopravvenuti e dei 57.000 definiti. Sempre nel 1999, 281 giudici del TAR hanno esaurito (non deciso) 57.000 ricorsi, cioè 204 ricorsi ciascuno a fronte della capacità dei 2.200 giudici di merito togati ordinari di esaurire 1.030.000 processi, con 408 processi ciascuno*”(87). Non è un caso che il gran numero delle cause attivate dinanzi alla Corte di Appello mirante a conseguire l'indennità *ex cd.* Legge Pinto trae genesi da ricorsi attivati e non decisi in tempi congrui dai TAR: tale situazione è gravissima e determina un notevole “*esodo*” di risorse pubbliche.

Peraltro l'evoluzione legislativa delle giurisdizioni speciali, come testimoniato da ultimo dall'introduzione del c.d. nuovo processo amministrativo (D.Lvo 2 luglio 2010, n. 104) e lo stesso istituto della *translatio* hanno scolorito le ragioni storiche giustificative dell'esistenza di peculiari giudici speciali.

Tale evoluzione ha comportato - da un lato - l'attribuzione al giudice speciale di strumenti istruttori e cognitori un tempo propri del solo giudice ordinario. Emblematico è in tal senso il giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei Conti omogeneizzato al rito lavoro dinanzi al giudice ordinario, in virtù dell'art. 5 comma 2 L. 21 luglio 2000 n. 205 secondo il quale “*Innanzi al giudice unico delle pensioni si applicano gli articoli 420, 421, 429, 430 e 431 del codice di procedura civile*”.

La descritta evoluzione - dall'altro lato - ha determinato l'espansione

(85) Sulla perdita di giustificazione della giurisdizione speciale amministrativa, specie in seguito alla novella contenuta nel D. Lgs. 80/98 e nella L. 205/00, e sulla necessità dell'introduzione di una giurisdizione unica, si veda A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro It.*, 2001, V, cc. 21-29, spec. cc. 26-27.

(86) A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, 1983, Giuffrè ed., Milano, p. 177.

(87) Così A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, cit., c. 27.

dell'ambito in cui viene riconosciuta al giudice speciale la giurisdizione su "diritti", tendendosi alla attribuzione a quest'ultimo di "blocchi" di materie.

I dati ora delineati convergono nel senso di rendere concepibile la prospettata misura di unificazione delle giurisdizioni, che solo trenta anni or sono sarebbe stata bollata come meramente provocatoria.

Né può dimenticarsi che per effetto del T.U. 1775/1933 opera da tempo una Autorità Giudiziaria che riassume in sé la qualità di giudice dei diritti e degli interessi. Ed infatti il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche sedente in Roma - oltre a costituire giudice di secondo grado per le sentenze emesse dai Tribunali Regionali delle Acque - è investito della giurisdizione in unico grado per i ricorsi con i quali si deduce la illegittimità dei provvedimenti concernenti la utilizzazione delle acque (con competenza di legittimità e di merito) e con applicazione degli "istituti tipici del processo civile"(88).

Proprio partendo dalla trasversalità dei principi che devono presidiare il processo in quanto tale (a prescindere cioè se abbia ad oggetto diritti od interessi), il Tribunale Superiore della Acque è giunto a ritenere - ribaltando la propria monolitica giurisprudenza - che avverso il diniego della misura cautelare è ammissibile il reclamo al collegio in applicazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.(89).

Limitare il numero degli avvocati

Tra le cause dell'aumento del contenzioso viene di consueto anche annoverato l'eccessivo numero degli avvocati esistenti in Italia "in Italia abbiamo più di 230 mila iscritti all'albo degli avvocati, un numero che non ha paragoni in alcun paese europeo e cresce ogni anno di circa 15 mila nuovi praticanti" (90). Nel 2008 in Spagna vi erano 154.953 avvocati, in Gran Bretagna ve ne erano 139.789, in Francia ve ne erano 47.765 e in Germania ve ne erano 146.910 (91).

La distribuzione geografica del numero degli avvocati non è uniforme sull'intero territorio nazionale. La maggiore densità è data rinvenirla nel Meridione d'Italia. Non a caso quindi le statistiche giudiziarie registrano una maggiore percentuale del contenzioso diffuso nel Sud. Si è evidenziato in un recente, attento, studio che "un ruolo importante nella distribuzione del carico di lavoro è svolto dalla Regione Campania, dove, per truffe legate alle assi-

(88) P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Giuffrè ed., Milano, 2003, p. 300, osserva come "poiché tuttavia il rito speciale innanzi al Tribunale Superiore delle Acque comporta l'applicazione degli istituti tipici del processo civile, le norme del T.U. del Consiglio di Stato debbono essere necessariamente integrate dalle norme del codice di procedura civile".

(89) T.S.A.P., 28 maggio 2001, in *Foro it.*, 2002, III, c. 462.

(90) Così G. ALPA, *S.O.S avvocati* su *L'Espresso* n. 16 del 22 aprile 2010 p. 49.

(91) Dati riportati su *L'Espresso*, cit., p. 49.

curazioni e modalità di gestione e moltiplicazioni delle cause a scopi economici da parte di alcuni giudici, i dati sulla litigiosità appaiono abnormi. Si pensi che da quella Regione, nel 2003, sono arrivati il 30% dei procedimenti ordinari iscritti davanti al giudice di pace, mentre la popolazione è pari all'8% del totale nazionale⁽⁹²⁾. Dalle statistiche ISTAT in tema di "Procedimenti di cognizione ordinaria sopravvenuti presso l'ufficio del giudice di pace per tipo di procedimento" per l'anno 2007 è dato evincere che nelle regioni del Nord Italia il numero delle cause di risarcimento danni per circolazione dei veicoli e natanti è costantemente inferiore al numero delle cause relative a beni mobili fino a 2.582,28 euro. Nelle regioni del Sud Italia (ad eccezione della Basilicata) il rapporto è invece rovesciato con un numero di cause per incidenti stradali pari al triplo (es. Puglia e Sicilia) o oltre il quadruplo (es. Campania) delle cause relative ai beni mobili. Nel 2007 in Campania sono sopravvenute 24.762 cause relative a beni mobili e 121.554 cause relative ad incidenti stradali, tenendo conto che il numero totale in Italia delle cause relative ad incidenti stradali è stato, nel 2007, di 252.577. Tale trend, in Campania è stato ancora più accentuato (ad eccezione dell'anno 2004) nel periodo 2000-2006.

Tale fenomeno al Sud Italia ha un'aggravante. L'attività dell'avvocato al Sud appare privilegiare la via giudiziaria rispetto a quella stragiudiziaria (consulenze, conciliazioni, transazioni, etc.). La predilezione per la via giudiziaria comporta, quale intuibile corollario, la frammentazione di cause seriali bagattellari e la moltiplicazione delle procedure esecutive (conseguita la condanna della controparte e la distrazione delle spese si attivano due procedure esecutive: una per la sorta capitale, l'altra per le spese di giudizio). L'eccessivo numero di avvocati ha determinato quindi uno svilimento della professione liberale. Rimedio alla riduzione del numero degli avvocati non è il numero chiuso (peraltro presente in altre professioni liberali, ad esempio, nella professione medica), in quanto ciò contrasterebbe con il diritto al lavoro costituzionalmente garantito e con il precetto comunitario della libertà di circolazione dei servizi.

In tale contesto sembra rimedio praticabile una adeguata selezione e una formazione obbligatoria e continua della classe professionale. Tale risultato non può conseguirsi con il mero inasprimento degli esami di abilitazione (già rigorosi se confrontati a quelli previsti per altri ordini professionali).

In tal senso è necessario incidere significativamente a monte sia orientando i corsi di laurea in funzione della preparazione per la professione forense sia modificando l'accesso all'abilitazione prevedendo, quale requisito di partecipazione alla prova abilitante, l'aver superato individuati esami universitari quantomeno con la media di 25/30 (così come dovrebbe avvenire per la partecipazione al concorso in magistratura ed ad altri equivalenti) e la partici-

(92) Così, O. VIDONI GUIDONI, *Quale giustizia...*, cit., p. 108.

zione con profitto a Scuole autorizzate (universitarie e non) per la formazione dei laureati in giurisprudenza alle professioni legali. Lo studente in tal modo sarebbe consapevole che l'impegno profuso nel corso di laurea costituisce ineludibile presupposto per il suo futuro professionale. Consapevolezza che oggi è assolutamente latitante in quanto gli studenti rinviano al post-laurea la verifica della propria disponibilità alla professione.

Potrebbe in tale prospettiva prevedersi un corso di laurea quinquennale mirato all'esercizio dell'attività forense che, dopo uno studio istituzionale, nella seconda parte del corso abbia un taglio teorico-pratico, forense.

Atteso l'attuale fase di profonda evoluzione sociale in un quadro di economia globale e di "europeizzazione" del diritto appare inoltre necessaria una formazione permanente degli addetti ai lavori, con l'obbligo di frequentare corsi di aggiornamento per tutta la carriera.

Controllo sulla produttività dell'attività dei magistrati

La magistratura costituisce "un ordine autonomo e indipendente da ogni potere" (art. 104 Cost.). Nel rispetto delle predette guarentigie costituzionali, ciascun magistrato, quale pubblico impiegato, deve esercitare la propria funzione in modo tale da assicurare definiti (*rectius*: definibili) standard di efficienza. La preminente ed assoluta esigenza di tutela della indipendenza e l'autonomia dei giudici rende non agevole l'elaborazione di criteri di valutazione oggettivi alla luce dei quali verificare la diligenza professionale profusa dal singolo e valutabile in termini di laboriosità.

Allo stato non vi è omogeneità nel modo di svolgimento dell'attività giurisdizionale. È necessario quindi che sia conseguita una produttività omogenea e adeguata. Con la L. 30 luglio 2007 n. 111 (cd. Riforma Mastella) è stato previsto che i magistrati sono sottoposti a valutazioni di professionalità ogni quattro anni, valutazione che si fa verificando la capacità, la laboriosità, la diligenza e l'impegno; la valutazione è riservata al C.S.M. sulla base del parere espresso dal consiglio giudiziario e della relativa documentazione, nonché sulla base dei risultati delle ispezioni ordinarie. Il C.S.M. può anche assumere ulteriori elementi di conoscenza.

Si dovrà attendere l'applicazione della legge sul punto onde verificare se l'esercizio del potere di valutazione verrà effettuato in modo efficace. All'uopo si è evidenziato che "la riforma Mastella ha... il pregio di riaffermare il valore insopprimibile dell'indipendenza della magistratura da ogni altro potere dello Stato, ma anche il difetto di escludere, o fortemente limitare, ogni possibilità di controllo esterno dell'operato dei giudici" (93) da parte di organi non facenti parte dell'organizzazione giudiziaria.

(93) Così G. SCARSELLI, voce "Ordinamento giudiziario (Dir. proc. civ)", in *Il diritto. Enciclopedia giuridica, Corriere della sera, Il sole 24Ore*, Milano, 2007, vol. X, pp. 442-443.

8. Proposte di modifiche procedurali

Verranno ora illustrate le proposte di modifiche del procedimento giurisdizionale e dei soggetti che intervengono nello stesso, individuati quali mezzi per garantire la giusta durata del processo nel rispetto degli altri principi costituzionali ricordati nel paragrafo primo. Nell'illustrare le modifiche si seguirà - per la prima parte - la sistematica dell'attuale codice di procedura civile.

8.1. Primo libro del c.p.c. (artt. 1-162)

• *Abrogazione del regolamento di giurisdizione e competenza*

Con tali strumenti viene adita in via immediata la Corte di Cassazione perché dia la parola ultima su dubbi in tema di giurisdizione e competenza. Nell'attuale momento storico la Corte di Cassazione è già gravata - come noto - da un ampio contenzioso. Con l'eliminazione dei regolamenti si darebbe un seppur modesto contributo deflattivo del carico di lavoro della Suprema Corte. Nella relazione del disegno di legge Mastella sulla riforma della giustizia civile del 2007 si legge che l'abolizione del regolamento di competenza esperibile ad istanza di parte comporta una riduzione del carico di lavoro complessivo della Corte di Cassazione stimato nella misura pari al 10% circa del totale.

Del resto autorevole dottrina ha evidenziato come il regolamento di giurisdizione sia *“un istituto ontologicamente facoltativo, del quale le parti non hanno alcunissimo bisogno”* (94), e come il regolamento di competenza sia un altro strumento inessenziale perché *“quello necessario può ben essere sostituito dall'appello e dal ricorso ordinario, che non producono alcuna sospensione; quello facoltativo è già per definizione non necessario”* (95).

• *Applicazione del principio di soccombenza, senza eccezioni, nel governo delle spese di lite coniugata – come si illustrerà in seguito – con la previsione obbligatoria del preavviso dell'atto introduttivo del giudizio, avente contenuto di atto di costituzione in mora; riduzione delle esenzioni nel pagamento del contributo unificato di iscrizione a ruolo*

L'applicazione del principio di soccombenza - quale strumento finalizzato a conseguire un effetto deflattivo del contenzioso - conduce, ora, all'esame del rapporto con la previsione codicistica della compensazione delle spese per *“gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione”* ex art. 92 comma 2 c.p.c., come novellato con la legge n. 69/09. La previsione originaria prevedeva la compensazione concorrendo *“giusti motivi”*.

(94) Così F. CIPRIANI, *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di Cassazione*, in *Foro it.* 1999, I, c. 1874.

(95) Così F. CIPRIANI, *op. ult. cit.*, c. 1875. Analogamente, e in sintesi, per la proposta di abrogazione dei due istituti, cfr.: F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, cit., c. 83; e ancora F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.*

Gli osservatori hanno evidenziato che, nella sostanza, la novella non modifica significativamente l'ambito della previsione originaria (96).

Per realizzare un concreto effetto modificativo del regime della compensazione - orientato nel senso dell'applicazione del principio di soccombenza, senza eccezioni, nel governo delle spese di lite - sembra sufficiente procedere all'abrogazione dell'inciso "*o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione*" contenuto nell'art. 92, comma 2, c.p.c. e dell'art. 152 d.a.c.p.c. ad eccezione dell'ultimo periodo aggiunto ex l. n. 69/09.

Come correttamente rilevato in dottrina (97), non vi sono vincoli costituzionali, ma solo scelte politiche in ordine alla sopportazione definitiva del carico delle spese di lite. Nella Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile, presentato il 26 novembre 1863, al punto 298, si evidenzia altresì che "*un principio di ragion naturale proclama che la parte soccombente debba essere condannata alle spese del giudizio*" (98). L'attuale previsione della possibilità del giudice di disporre la compensazione delle spese di lite ricorrendo "*gravi ed eccezionali ragioni*" può venire incontro a persuasive ragioni per derogare al principio della soccombenza (ragioni costituite dalla obiettiva opinabilità ed incertezza della normativa regolante la materia, dalla novità o particolarità delle questioni, dalla condizione sociale delle parti in lite, etc.). Tuttavia tale possibilità può allentare - ed ha allentato nella prassi - i freni inibitori, la adeguata ponderazione del caso ad opera dell'attore. La circostanza che il giudice - al lume dei costanti orientamenti giurisprudenziali - possa disporre la compensazione delle spese in caso di rigetto della domanda, ancorché essa potesse ritenersi *ab initio* di dubbia fondatezza costituisce un sicuro incentivo ad agire in giudizio.

L'eccessivo ricorso alla compensazione delle spese ha finito inevitabilmente per costituire incentivo alla litigiosità e spesso odiosa punizione per la parte vittoriosa.

Nel processo previdenziale vi è un esonero (di recente temperato dalla circostanza che l'esenzione è collegata al possesso di un reddito inferiore a un certo ammontare) dalla condanna alle spese di lite nel caso di soccombenza, che "*diventa motivo di abuso del processo*" (99). Nell'attuale momento storico della giustizia civile caratterizzata da una eccessiva durata del processo e dalla

(96) G. SCARSELLI, *Le novità del processo civile (1.18 giugno 2009) - III Le modifiche in tema di spese* in *Foro It.* 2009, V, c. 262.

(97) MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, XIX ed., Giappichelli Ed., Torino, 2007, vol. I, pp. 357-359.

(98) *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, in N. PICARDI e A. GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, Giuffrè ed., Milano, 2004, p. 152.

(99) COSÌ, IANNIRUBERTO G., *Contenzioso previdenziale e ruolo della giurisdizione*, in *Foro it.* 2001, V, c. 100.

piaga dei processi cd. bagatellari, il principio della compensazione per gravi ed eccezionali ragioni è un istituto che l'ordinamento giuridico non può permettersi. Un'applicazione meccanica del principio di soccombenza determinerebbe una adeguata igiene sociale, come osservato da Francesco Carnelutti (100) il quale evidenziava che la soluzione tendenzialmente accolta nel nostro ordinamento giuridico in ordine al governo delle spese processuali è quella della causa che rende necessario il servizio, ossia la spesa deve essere sopportata non dalle parti in genere, ma da una di queste, cioè dalla parte che con il suo contegno ha dato causa al processo. Tale soluzione, secondo l'illustre Autore, *“corrisponde insieme a un principio di giustizia distributiva e a un principio di igiene sociale: da un lato è giusto che chi ha reso necessario il servizio ne sopporti il carico; dall'altro è opportuno perché la previsione di questo carico reagisce nel suo contegno nel senso di renderlo più cauto. Così la responsabilità della parte, che ha dato causa al processo, per le spese mostra fin da ora quella funzione di controstimolo dell'azione, per cui essa rientra nell'ampia nozione del rischio processuale”* (101). L'interessato, prima di instaurare un'azione giudiziaria, dovrà ponderare adeguatamente i pro e i contro, mettendo in conto che ove risultasse soccombente nella instauranda lite dovrà pagare oltre che il proprio avvocato, anche le spese di giudizio e il compenso dell'avvocato della controparte: *“La regola della soccombenza impone attenta riflessione a colui che intende promuovere un processo, perché deve calcolare la probabilità di successo. Il rischio di essere responsabile per le spese scorga molte persone che non hanno reale probabilità di successo”* (102). Si è consapevoli che tale soluzione potrebbe non risultare conforme, a volte, alla giustizia del caso concreto. Tuttavia, nella materia, occorre ponderare costi e benefici della attuale regola della compensazione delle spese. I benefici sono costituiti dalla maggiore capacità di adattamento al caso concreto; i costi sono formati dalla incentivazione del contenzioso in giudizio anche grazie alla tendenza dei giudici a compensare per determinate ragioni con motivazioni talora anodine anche in cause dove non vi sarebbe nessuna ragione per compensare le spese di lite. Pur nella consapevolezza che la Corte costituzionale (103), chiamata a giudicare sulla novella dell'art. 152 d.a.c.p.c. (che aveva eliminato

(100) Citato da ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Jovene editore, 1979, vol. I, p. 422.

(101) *Op. loc. ult. cit.*

(102) Così U. JACOBSSON, *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, vol. II, p. 120, a proposito del processo civile in Svezia, dove vige il principio *“tutto o niente”* ossia che le spese seguono la soccombenza.

(103) Sentenza del 13 aprile 1994 n. 134, in *Foro it.* 1994, I, c.1303 e ss., enunciante: *“È illegittimo, per violazione degli artt. 3, 24 e 38 Cost., l'art. 4, 2° comma, D.L. 19/09/1992 n. 384, convertito, con modificazioni, in L. 14/11/1992 n. 438, perché indifferenzialmente (senza tener conto della speciale esigenza di tutela dei non abbienti) abroga la disciplina dell'esonero del lavoratore soccombente dal pagamento delle spese nel processo previdenziale, quale prevista dagli artt. 152 disp. Att. C.-p. c. e 57 L. 30/04/1969 n. 153”*.

il diniego di condanna alle spese di lite nei confronti dell'interessato soccombente) ha ritenuto incostituzionale la nuova disciplina, può fondatamente ritenersi che tale precedente non sia vincolante in quanto la Consulta, nel caso di specie, sovrappose due piani da tenere ben distinti: a) quello del carico delle spese in ordine al quale è rimesso alle scelte politiche del legislatore graduare il peso definitivo; b) quello delle condizioni economiche precarie dell'interessato che può implicare la concessione del gratuito patrocinio, non l'inammissibilità del carico delle spese in applicazione del principio di soccombenza.

Anche l'attuale versione dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (104) (diretta conseguenza delle censure rilevate della Corte costituzionale) sovrappone i due piani confondendoli.

Ove nel concetto costituzionale di patrocinio dei non abbienti *ex art. 24*, comma 3, Cost. voglia inglobarsi anche la sopportazione delle spese di lite nel caso di soccombenza, principio armonico è quello di fare rientrare integralmente nel patrocinio a spese dello Stato la conseguenza della soccombenza e non, invece, prevedere la compensazione delle spese di lite. Una razionale disciplina del governo delle spese della lite nelle cause previdenziali è la seguente:

a) Abrogare l'art. 152 disp. att. c.p.c. ad eccezione – come detto – dell'ultimo periodo;

b) Prevedere l'operatività del principio di soccombenza in tali cause;

c) L'interessato che abbia i requisiti di legge può essere ammesso al gratuito patrocinio il cui ambito riguarda anche la conseguenza della soccombenza nel governo delle spese di lite. Il patrocinio a spese dello Stato è assicurato nel processo civile al cittadino non abbiente le cui *“ragioni risultino non manifestamente infondate”* (art. 74, comma 2, D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115). Se il cittadino è non abbiente non può permettersi i costi del processo e quindi può beneficiare del gratuito patrocinio; se non è abbiente il cittadino non ha neppure la possibilità di pagare, in caso di soccombenza in relazione

(104) Art. 152 *“Esenzione dal pagamento di spese, competenze e onorari nei giudizi per prestazioni previdenziali. 1. Nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali la parte soccombente, salvo comunque quanto previsto dall'articolo 96, primo comma, del codice di procedura civile, non può essere condannata al pagamento delle spese, competenze ed onorari quando risulti titolare, nell'anno precedente a quello della pronuncia, di un reddito imponibile ai fini IRPEF, risultante dall'ultima dichiarazione, pari o inferiore a due volte l'importo del reddito stabilito ai sensi degli articoli 76, commi da 1 a 3, e 77 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della repubblica 30 maggio 2002, n. 115. L'interessato che, con riferimento all'anno precedente a quello di instaurazione del giudizio, si trova nelle condizioni indicate nel presente articolo formula apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione nelle conclusioni dell'atto introduttivo e si impegna a comunicare, fino a che il processo non sia definito, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente. Si applicano i commi 2 e 3 dell'articolo 79 e dell'articolo 88 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della repubblica n. 115 del 2002. Le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non possono superare il valore della prestazione dedotta in giudizio”*.

ad una lite valutata *ex ante* “*non manifestamente infondata*”, le spese processuali alla controparte. È quindi giusto che il gratuito patrocinio copra le conseguenze della soccombenza.

In uno alla applicazione del principio di soccombenza, senza eccezioni, nel governo delle spese di lite è opportuno ridurre – per la analoga *ratio* – le ipotesi delle esenzioni nel pagamento del contributo unificato di iscrizione a ruolo. Difatti anche l’esenzione dal pagamento delle spese di giustizia è una circostanza che non induce a ponderare in modo attento la proposizione della lite e quindi non ha funzione deterrente del contenzioso. Solo nei processi ad interesse oggettivo - come quelli di volontaria giurisdizione - occorrerebbe conservare l’attuale regime di esenzione.

• ***Previsione di criteri di redazione della forma-contenuto della sentenza di cui all’art. 132 c.p.c.***

È un’osservazione diffusa che una delle ragioni di allungamento dei tempi del processo è costituito dalla fase di redazione delle sentenze (105).

Invero, sul punto, notevoli novità sono state introdotte dalla l. n. 69/09. Il n. 4 dell’art. 132 c.p.c. - disciplinante il contenuto della sentenza - è stato sostituito con il precetto “*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*”, con la specificazione che “*la motivazione della sentenza... consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*” (art. 118, comma 1 d.a.c.p.c., anch’esso novellato nel 2009) (106).

È necessario tuttavia che vengano previsti altresì puntuali criteri, tecniche per conseguire una motivazione snella, in modo da ridurre i tempi del procedimento.

All’uopo almeno due sono le vie percorribili:

a) utilizzo della tecnica del “*considerato che*” (107);

(105) “*Chi ha esperienza del lavoro del giudice civile sa che il momento più costoso in termini di tempo è dato dallo studio della controversia e dalla redazione delle sentenze*” così in A. PROTO PISANI, *Attualità e prospettive per il processo civile*, in *Foro It.* 2002, V, c. 4.

(106) Peraltro in dottrina si evidenzia che quelle introdotte “*siano novità abbastanza modeste*” – così R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione della sentenza e di ricorso per cassazione* in *Riv. dir. proc.* 2010 p. 136 – rispetto alla disciplina preesistente.

(107) Secondo la tradizione francese ove le sentenze “*sono per lo più formulate mediante una serie di proposizioni subordinate, introdotte ciascuna dell’espressione <<ATTENDU QUE>> od altra analoga, in modo da costruire sintatticamente una frase unica (eccetto il dispositivo)*”, così A. PIZZORUSSO, *cit.*, p. 172. Auspica l’utilizzo di tale tipo di motivazione E. LUPO, *Il funzionamento della Cassazione civile*, in *Foro It.* 1999, V, c. 202, nel sistema attuale in relazione alla sentenza della Corte di Cassazione; l’utilizzo di tale motivazione è definita dall’Autore “*a forma contratta*”, in alternativa a quella tradizionale di tipo discorsivo, dovrebbe essere frutto di una scelta del Collegio giudicante in ordine alla decisione di ricorsi che deducono vizi di motivazione (sul giudizio di fatto) e alle decisioni di ricorsi che propongono questioni giuridiche sulle quali esistono precedenti della Corte che non vengono seriamente messi in discussione e, pertanto, la motivazione può limitarsi ad un rinvio ai precedenti (cfr. *op. ult. cit.*, c. 203); l’Autore evidenzia, altresì, che grazie soprattutto al diverso stile delle proprie deci-

b) potrebbe essere previsto, recependo quanto previsto nel processo civile germanico (108), la non necessità della motivazione se le parti vi hanno rinunciato entro un dato termine. È vero che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati (art. 111, comma 6, della Cost.), ma è anche vero che la tutela giurisdizionale dei propri diritti è disponibile (art. 24, comma 1, della Cost.); orbene, se è disponibile il diritto di azione, *a fortiori* sarà disponibile il diritto alla motivazione del provvedimento che decide sull'azione esercitata.

• **Semplificazione del procedimento notificatorio**

Anche le notifiche possono essere semplificate. Accogliendo il suggerimento di un autorevole studioso, “*si può consentire alle parti le notificazioni a mezzo posta senza rivolgersi all’ufficiale giudiziario, come del resto è già previsto dagli art. 16 e 20 D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, per il processo tributario. Altra semplificazione può ottenersi consentendo agli avvocati di notificare direttamente ad altri avvocati: ma bisognerebbe consentirlo senza la sterile diffidenza che è sottesa alla l. 21 gennaio 1994 n. 53, non a caso miseramente fallita*” (109). Inoltre, andrebbe consentita – nell’ipotesi di notifica a mezzo di ufficiale giudiziario – la facoltà di notifica a mezzo del servizio postale, da parte di qualunque ufficiale giudiziario, senza distinzione di competenza territoriale, sullo stimolo delle proposte (punto 16) del cd. “*Progetto Tarzia*”.

8.2 Secondo Libro del c.p.c. (artt. 163-447 bis)

• **Preavviso dell’atto introduttivo del giudizio, avente contenuto di atto di costituzione in mora**

Al fine di evitare un precipitoso sbocco giudiziario di ogni pretesa e in conformità a principi di correttezza e buona fede, potrebbe rivelarsi utile prevedere che colui che intenda agire in giudizio sia tenuto a costituire preventivamente in mora la controparte, ossia richieda in via stragiudiziale quanto preteso con l’avvertimento che, elasso un termine anche minimo (30 gg.), si agirà in via giudiziaria per il conseguimento del dovuto, con aggravio di spese. Ovviamente tale misura sarebbe assorbita, ove prevista, in determinate materie dal tentativo obbligatorio di conciliazione. Con tale istituto si dà, quindi, valore al comportamento pre-processuale delle parti con riguardo alla necessità della lite e si giustifica – in via sistematica – la proposta generalizzata applicazione del principio di soccombenza nel governo delle spese di lite. E’ evidente, infatti, che un debitore, può ad esempio non avere adempiuto per semplice di-

sioni, la Corte di Cassazione francese, con un numero di magistrati di gran lunga inferiore a quello della nostra Corte di Cassazione, ha emanato, nel 1998, 19.815 pronunce, di cui 13.776 sentenze (*arrets*) e 6.039 ordinanze, laddove in Italia le sentenze emanate sono state, invece, 12.908 (*op. ult. cit.*, c. 102).

(108) W. J. HABSCHEID, *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, cit., vol. I, p. 120.

(109) Così F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro It.* 2001, V, c. 326.

menticanza. In tale evenienza, ricevendo la previa messa in mora, potrà adempiere pagando il dovuto. Ove lo stesso debitore, inadempiente, non paghi il dovuto, nonostante la previa messa in mora, subirà il preannunciato giudizio all'esito del quale, in caso di soccombenza, dovrà sopportare anche le spese di lite al creditore vittorioso.

La proposta tiene conto della rilevanza riconosciuta per prassi dalla giurisprudenza al comportamento pre-processuale delle parti ai fini della configurazione dei "giusti motivi" o (a partire dal 2009) delle "gravi ed eccezionali ragioni" di compensazione delle spese di lite *ex art. 92, comma 2, c.p.c.* (110).

• ***Contenuto degli atti processuali di ingresso della parte nel processo (atto di citazione, comparsa di risposta, comparsa di intervento)***

A livello organizzativo, tenuto conto che nel processo vengono introdotte ogni anno centinaia di migliaia di cause, anche modifiche nella forma degli atti (contenuto-forma; stringatezza del contenuto) possono contribuire ad una migliore funzionalità del processo.

Potrebbe in proposito prevedersi che il codice di rito contenga lo schema-tipo dell'atto processuale di ingresso, quasi una sorta di formulario con delle parti in bianco da riempire in via obbligatoria e da completare con punti ben definiti nello schema dell'atto ove esporre i requisiti dello stesso. Tale modello è operante per vari settori dell'ordinamento: nel diritto commerciale, il bilancio deve essere redatto seguendo, *ex art. 2424 cod. civ.*, uno schema ben delineato, nell'evidente intento di facilitare la leggibilità ad opera dell'interessato. Si pensi ancora nel diritto comunitario agli atti procedurali delle procedure di selezione dei contraenti negli appalti che debbono seguire uno schema vincolato.

Tale modello, nello specifico ambito del processo civile, è già operante anche in alcuni Paesi comunitari. Il *writ*, atto introduttivo della procedura di prima istanza in Inghilterra e Galles, "è un modulo pre-stampato che l'attore può acquistare da qualsiasi rivenditore autorizzato. Oltre ad elementi formali ed ai nomi delle parti in causa, il *writ* deve contenere l'esposizione della domanda dell'attore, pur se in modo strigliato e non dettagliato" (111); caratteristiche analoghe ha il *summons*, atto introduttivo della procedura di prima istanza in Scozia (112). Anche nel procedimento europeo per le controversie di modesta entità è previsto che l'attore (art. 4 del Reg. CE n. 861/2007) introduca l'*iter* compilando il modulo di domanda standard ed è previsto che il convenuto (art. 5 del Reg. CE n. 861/2007) risponda compilando un modulo di replica standard.

(110) Su cui C. MANDRIOLI, *cit.*, vol. I, pp. 363-364.

(111) Così J. A. JOLOWICZ, in *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, *cit.*, I, p. 153.

(112) I. WILLOCK, in *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, *cit.*, I, p. 181.

Tale proposta di modifica può avere varie ricadute positive a livello organizzativo:

a) adeguata leggibilità degli atti ad opera degli operatori giudiziari;
b) tentativo di stringatezza del contenuto; prevedendo (sul modello degli schemi del diritto comunitario in tema di appalti) limiti massimi nel contenuto di determinate parti (ad es. gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda *ex art. 163, comma 3 n. 4, c.p.c.*). Nel diritto nord americano, vi è la previsione che gli atti di parte non possano superare un determinato numero di pagine (normalmente 30 pagine in appello e dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti (113)).

• **Modifica del processo di cognizione di primo grado dinanzi al Tribunale**

I criteri che presiedono al riparto della competenza in primo grado tra Giudice di Pace e Tribunale (od anche Corte di Appello quale giudice di unico grado) fanno riferimento alla “*presumibile*” importanza della causa (per valore ovvero per materia). Il procedimento dinanzi al Giudice di Pace (artt. 311-321 c.p.c.) è snello e consente uno svolgimento del processo in tempi ragionevoli. Dalla analisi, invece, della durata media dei processi dinanzi al Tribunale emerge che la disciplina normativa (artt. 163-310 c.p.c.) non si è rilevata idonea ad assicurare la sollecita definizione del processo nel rispetto del diritto di difesa della parti.

Il procedimento di cognizione ordinaria dinanzi al Tribunale – sia nella composizione collegiale che in quella monocratica (che non appaiono, invero, diversificarsi significativamente nella scansione dei tempi processuali) – in estrema sintesi si articola come segue:

1. Atto introduttivo costituito dalla citazione a comparire a udienza fissa (prima udienza di comparizione) con un termine a comparire di almeno 90 gg. e preclusioni nell’attività assertivo-deduttiva dell’attore.

2. Costituzione del convenuto almeno 20 gg. prima dell’udienza con preclusioni nell’attività assertivo-deduttiva.

3. Udienza di prima comparizione *ex art. 183 c.p.c.*, per controlli sulla regolarità del contraddittorio, per la trattazione e per lo svolgimento del tentativo di conciliazione. Solo in assenza di specifiche irregolarità e di appendici di trattazione, o non dovendosi assumere mezzi di prova, o mancando la richiesta anche di una sola delle parti della concessione del triplice termine *ex art. 183 comma 6 c.p.c.*, vi è la possibilità della rimessione della causa in decisione *ex art. 80 bis d.a.c.p.c.*, previa precisazione delle conclusioni.

4. Ulteriore udienza di prima comparizione ove sia necessario regolarizzare il procedimento o esperire il tentativo di conciliazione *ex art. 185 c.p.c.*

(113) Si veda G. HAZARD, M. TARUFFO, *cit.*, pp. 212-217.

5. Udienza (o udienze) per l'assunzione dei mezzi di prova all'esito dell'udienza di prima comparizione o delle richieste formulate nei termini *ex art. 183 commi 6 e 7 c.p.c.* con rimessione della causa in decisione, previa precisazione delle conclusioni.

6. Termine di 60 gg. dalla rimessione della causa in decisione – riducibile a 20 – onde consentire alla parti di depositare la comparsa conclusionale.

7. Successivo termine di 20 gg. per le repliche.

8. Successivo termine di 60 gg. (o di 30 gg. ove il giudice sia monocratico) per il deposito della sentenza.

Tra una udienza e l'altra dovrebbe intercorrere un termine massimo di 15 gg. (art. 81 d.a.c.p.c.) che nella pratica - per varie ragioni - non viene di fatto (quasi) mai rispettato.

In alternativa al procedimento ora delineato, dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, a scelta dell'attore è attivabile il processo di cognizione con rito sommario (artt. 702 *bis* - 702 *quater* c.p.c. introdotti con la l. n. 69/09) che in estrema sintesi presenta il seguente *iter*:

1. L'atto introduttivo è il ricorso all'esito del quale il giudice adito fissa l'udienza di comparizione delle parti (nella norma non vengono fissati termini, tra l'altro, entro il quale stabilire l'udienza) con un termine a comparire di almeno 40 gg. e preclusioni nell'attività assertivo-deduttiva in capo al ricorrente.

2. Costituzione del convenuto non oltre 10 gg. prima dell'udienza con preclusioni nell'attività assertivo-deduttiva.

3. Udienza di comparizione all'esito della quale ove *“le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza ex art. 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II”*; altrimenti *“il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande”*.

4. Il provvedimento definitorio della lite è costituito da una ordinanza (che è dotata degli stessi effetti della sentenza (114)) appellabile entro 30 gg. dalla sua comunicazione o notificazione.

5. In appello sono ammessi nuovi mezzi di prova nei limiti previsti dall'art. 702 *quater* c.p.c..

Il procedimento di cognizione ordinario dinanzi al Tribunale, così come sopra delineato, presenta talune aporie.

In primo luogo è un procedimento che talora assicura alle parti termini più ampi rispetto alle esigenze processuali e, comunque, non compatibili con

(114) G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, a cura di F. AULETTA, S. BOCCAGNA, G. P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, G. OLIVIERI e N. RASCIO, Jovene ed., Napoli, 2009, p. 94.

l'esigenza di realizzare un processo ragionevole per durata. Alcuni passaggi non sono strettamente funzionali ed è, peraltro, un procedimento poco elastico e non modulabile sulla concreta complessità del singolo giudizio in quanto la disciplina è dettata prescindendo del tutto dal concreto carattere della lite (anche ove vengano in rilievo questioni di puro diritto il giudice, a richiesta anche di una sola delle parti in causa, è tenuto a concedere il triplice termine ex 6 comma dell'art. 183 c.p.c. e gli è inibito decidere *statim* la lite).

Nell'obiettivo di rendere più agile l'ordinario "percorso" processuale (nell'implicito presupposto che venga in rilievo una controversia di natura semplice (115)) è stato introdotto il procedimento sommario di cognizione.

Proprio in virtù di tale rito sommario già nell'udienza di comparizione è possibile decidere subito controversie ad istruttoria assente o semplificata come quelle: a) di mero diritto; b) che non presentano fatti controversi in quanto pacifici o non contestati o nelle ipotesi di riconoscimento della domanda; c) che presentano fatti dimostrabili solo con prove precostituite (documenti, presunzioni, etc.); d) che pur presentando fatti controversi richiedano prove costituenti non complesse con il loro esaurimento in un tempo ragionevolmente breve (116); e) che costituiscono fase di merito di un precedente provvedimento cautelare, anticipatorio o conservativo, in quanto le parti già conoscono le rispettive posizioni processuali.

Con il procedimento sommario di cognizione viene conferito al giudice il potere discrezionale di dettare – attesi i connotati della specifica controversia – i tempi del procedimento, individuando le forme più adatte alla causa. Ciò in armonia con l'esigenza che *"il principio della 'trattazione con giustizia' implichi che le controversie siano definite in modo proporzionato all'ammontare del valore in contesa, all'importanza del caso, alla complessità delle questioni coinvolte ed alla posizione finanziaria di ciascuna delle parti, ed implichi così che a ciascuna lite venga destinata una parte adeguata delle risorse del 'sistema giudiziario', tenendo presente la necessità di riservare una altrettanto adeguata porzione di risorse a tutte le altre controversie che richiedano l'intervento giudiziale"* (117).

(115) Sull'ambito di applicazione del rito sommario vedi: C. FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione* in Riv. dir. proc. 2010, p. 94; M. BINA, *Il procedimento sommario di cognizione* in Riv. dir. proc. 2010, p. 123-124. G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 81 e ss.

(116) Nel *Protocollo dell'osservatorio valore prassi di Verona*, in Foro It. 2010, V, cc. 86-88 che recepisce, tra l'altro, indicazione del presidente del Tribunale di Verona si precisa: *"le cause che richiedano l'acquisizione di prove costituenti devono ritenersi compatibili con il rito sommario, ove l'istruttoria sia breve ed agevole (come, ad esempio, le cause in cui l'istruttoria testimoniale sia limitata a poche circostanze di fatto o a poche testimonianze, ovvero a quelle che implicino una c.t.u. limitata nel contenuto ed espletabile in tempi brevi, ovvero ancora le cause che richiedano l'acquisizione di documenti o prove tramite gli strumenti di cui agli art. 118, 210, 213 c.p.c."* (c. 88).

(117) Così M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in Riv. dir. proc. 2010, p. 290.

Modelli in tal senso sono rinvenibili in dottrina (118) ed altresì in sistemi procedurali stranieri (119).

E' opinione diffusa che l'introdotta procedura sommaria nell'attuale disciplina sia idonea ad assicurare una durata più celere del processo (120).

Difatti:

1. la scelta del procedimento sommaria è rimessa, *ad libitum*, all'attore e non è in alcun modo circoscritta alle ipotesi che ricorrano liti di particolare natura (ovverosia a istruttoria assente o semplificata). La valutazione della sommarietà è dunque rimessa al ricorrente ed è idonea a porre il convenuto in una situazione di soggezione processuale in conseguenza dei ritmi serrati del procedimento.

Per il più efficace perseguimento degli obiettivi di funzionalità dell'istituto parrebbe opportuno prevedere - in sede di modifica normativa - che per le controversie individuate normativamente come "*semplici*" l'attore è tenuto, a pena di inammissibilità, ad avvalersi del procedimento sommaria ovvero prevedere (con opzione che sembra preferibile) che all'esito di un unico modello di fase introduttiva del giudizio sia il giudice a dover stabilire se il procedimento debba proseguire in via di cognizione ordinaria o sommaria.

Il rischio avvertito con l'attuale procedimento sommaria di cognizione è che una parte, anche in ipotesi di controversie ad istruttoria complessa, attivi tale procedimento sommaria per strozzare i tempi di difesa del convenuto. La decisione del giudice di fissare l'"*udienza di cui all'art. 183*" non salva comunque il convenuto dalle preclusioni non istruttorie già eventualmente maturate;

2. depositato il ricorso non vi sono termini rigorosi – quantomeno presi-

(118) All'uopo nella proposta di A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit, vi è, dai punti 2.14 ai punti 2.21, la previsione della chiusura semplificata del processo in prima udienza in caso di contumacia, non contestazione o riconoscimento del diritto da parte del convenuto ed altresì in caso di prova documentale dei fatti controversi; vi è altresì, dai punti 2.22. a.2.30 la previsione di fasi preparatorie differenziate a seconda che il giudice nel corso della prima udienza qualifichi la controversia come semplice o complessa, tenendo conto che "*la semplicità o complessità della controversia è determinata dal giudice in base alla entità e qualità dei fatti controversi, o comunque da provare e alle esigenze di trattazione*" (punto 2.22 dell'articolato).

(119) "*Le CPR inglesi consentono al giudice di scegliere tra diversi tracks, con un livello crescente di articolazione delle forme procedurali (small claim tracks, fast tracks e multi tracks) in funzione del valore della controversia e della sua complessità.... Analoghi sono i poteri che l'ordinamento francese attribuisce al Presidente del Tribunale che, in relazione alla complessità della causa, può scegliere se la causa deve essere trattata secondo il circuit court (applicabile alle cause che sembrano pronte per essere decise ...), il circuit moyen (rito intermedio senza la nomina di un giudice istruttore...), o il circuit long (che prevede la nomina del juge de al mise en état, affinché provveda all'istruttoria...)*" in M. BINA, *op.ult.cit.*, p. 120 nota 10; una sintesi di tali modelli è rinvenibile anche in M. DE CRISTOFARO, *op. cit.* p. 282 e ss..

(120) Talune anomalie del procedimento sommaria erano state anticipate già con riferimento al disegno di legge: M. GERARDO - A.MUTARELLI, *Prime riflessioni intorno al procedimento sommaria di cui al disegno di legge 1082*, in *Lexitalia.it*, marzo 2009.

diati da illecito disciplinare – in capo al giudice per la fissazione dell’udienza di comparizione (121). Pertanto il giudice può discrezionalmente fissare l’udienza ben al di là di quello che costituisce l’ordinario termine di *vocatio in ius* nel giudizio ordinario e, tuttavia, l’attore con “*sapiente*” notifica alla scadenza ottiene pur sempre l’effetto di mettere alle corde il convenuto. Quasi inevitabilmente nei grandi uffici giudiziari con sovraccarico di lavoro (ad esempio: Tribunale di Roma o Napoli) il giudice sarà costretto a fissare l’udienza a lungo. Del resto all’attualità, per il sovraccarico di lavoro, presso il Tribunale di Napoli nel rito lavoro viene fissata in primo grado l’udienza di comparizione dopo 9-12 mesi dal deposito del ricorso e viene fissata in secondo grado l’udienza di comparizione dopo 3-4 anni dal deposito dell’appello. Intuitivamente, presso il predetto Tribunale, nel caso di attivazione “*massiccia*” del procedimento sommario, dopo una prima fase di solerte novità, venendo in rilievo un rito diverso da quello del lavoro i tempi di fissazione dell’udienza di comparizione saranno comparativamente maggiori di quelli patologicamente correnti nel rito lavoro;

3. violazione del principio di proporzionalità nella disciplina dei termini concessi al convenuto per articolare le proprie difese.

Nel rito sommario il termine a comparire è di 40 gg. (art. 702 *bis* comma 3 c.p.c.) con un termine per la difesa di 30 gg. (atteso l’onere – per evitare le preclusioni non istruttorie – della costituzione 10 giorni prima dell’udienza: 702 *bis* commi 3 e 4 c.p.c.), laddove dinanzi al Giudice di Pace (preposto alla trattazione di giudizi di minor rilievo giudiziario) il termine a comparire è di 45 gg. (art. 318 comma 2 c.p.c.) con un termine per la difesa di 45 gg. (attesa la possibilità – senza preclusioni – della costituzione in udienza *ex art.* 319 c.p.c.). Non sembra coerente che siano garantiti dinanzi al Giudice di Pace termini proporzionalmente più ampi di quelli assicurati dal procedimento sommario “*nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica*” (art. 702 *bis* comma 1 c.p.c.);

4. alla rigorosa previsione di preclusioni assertivo-deduttive si accompagna, poco coerentemente, l’assenza di preclusioni istruttorie (122), con possi-

(121) Nel citato *Protocollo dell’osservatorio valore prassi di Verona*, si tenta di delineare una disciplina integrativa della materia - “*è opportuna la determinazione di un termine per la notifica del decreto di fissazione dell’udienza quando questa sia fissata ben oltre il termine minimo ... al fine di assicurare al convenuto un periodo di tempo maggiore per preparare la propria difesa, con la precisazione che si tratta di un termine ordinario, la cui violazione può solo giustificare la richiesta del convenuto di differimento della prima udienza sempre allo scopo di meglio preparare la propria difesa*” (c. 87) -, la quale si palesa, a sua volta fonte di lungaggini processuali.

(122) Rilevano tale circostanza: L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione in Riv. dir. proc.* 2009, p. 1592; C. FERRI, *op. cit.* p. 96; G. BALENA *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*. III, *Il procedimento sommario di cognizione in Foro It.* 2009, V, c. 326; R. CAPONI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*. XVII, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione in Foro It.* 2009, V, c. 335.

bile frammentazione della prima udienza;

5. alla sommarietà del primo grado del giudizio si accompagna, ancora poco coerentemente, la cognizione piena dell'appello con la possibilità della prova libera, senza le preclusioni previste dall'art. 345 c.p.c. nel caso del rito ordinario; difatti viene previsto che *“sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione”* (art. 702 *quater* c.p.c.) (123).

Alla luce delle illustrate considerazioni appare seriamente dubitabile ritenere che il modello del rito sommario possa arrecare, a parità di armi delle parti, un apprezzabile vantaggio alla durata complessiva del processo (124).

Se, pertanto, la previsione di una pluralità di riti processuali non sembra sin qui idonea *ex se* alla compressione dei tempi di giustizia appare ragionevole verificare se tale obiettivo possa essere meglio *“avvicinato”* con l'intervento su specifiche fasi del processo e delineando un modello unico di procedimento.

In particolare :

a) Adozione del ricorso quale unico schema di atto introduttivo del processo

Dalle norme del codice di rito l'atto introduttivo del processo a volte assume la forma dell'atto di citazione (secondo lo schema dell'art. 163 c.p.c., con l'evocazione del convenuto in giudizio ad udienza fissa mediante atto notificatogli e poi prodotto dinanzi al giudice con l'iscrizione a ruolo) e, a volte, assume la forma del ricorso (125) (secondo lo schema, ad es., dell'art. 414

(123) Aspetto evidenziato da C. PUNZI *Le riforme del processo civile... cit.* p. 1206 secondo il quale tale aspetto *“spingerà inevitabilmente chi è rimasto soccombente nella fase sommaria a proporre appello, appello che, svolgendosi... sul modello tipico dell'appello ordinario, finisce con il vanificare l'intento di semplificazione e di accelerazione del processo, che ha portato all'introduzione del nuovo modello di procedimento”*; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile ancora una legge a costo zero... cit.*, cc. 223-224 il quale rileva che *“con la previsione del 'procedimento sommario di cognizione' si grava la corte di appello (cioè l'ufficio giudiziario più in crisi del nostro ordinamento) dello svolgimento del primo ed unico grado a cognizione piena con assunzione di nuove prove (ovviamente purché rilevanti). Non mi sembra che si sentiva proprio la necessità di una simile novità”*; R. CAPONI *op. ult. cit.*, c. 336.

(124) L. DITTRICH, *op. ult. cit.*, p. 1600 il quale precisa: *“Può servire questo nuovo rito a rendere più celere il processo civile? E dunque, è consigliabile il suo utilizzo ad un avvocato, in luogo del rito ordinario? Se la valutazione dovesse essere oggettiva, l'esito di tale analisi sarebbe negativa. In realtà, l'attuale rito civile ordinario sarebbe perfettamente idoneo a veicolare decisioni in tempi ragionevolmente brevi; certo, il termine minimo di comparizione è eccessivo... e le memorie ex art. 183, comma 6 c.p.c., richiedono qualche mese; ma anche così il processo ordinario di cognizione potrebbe di regola concludersi entro l'anno, senza la necessità di riti alternativi più o meno deformalizzati. Come è noto, se il processo italiano è eccessivamente lento ciò avviene sia a causa delle scarse risorse, sia della pessima organizzazione degli uffici: ma non v'è motivo per cui tali endemici mali non contagino anche il neonato processo sommario”*; A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, c. 223; G. BALENA *op. ult. cit.*, c. 334.

(125) Del tutto peculiare è il ricorso per Cassazione, atto che viene prima notificato alla controparte (senza l'indicazione di una data udienza per la quale citare la controparte) e poi depositato presso il Giudice che fissa l'udienza di comparizione delle parti.

c.p.c., con la domanda di giustizia proposta al giudice il quale fissa l'udienza di comparizione delle parti e successiva notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza alla controparte).

Deve ritenersi sostanzialmente inesistente una diversità ontologica tra la forma dell'atto introduttivo mediante "citazione" o mediante "ricorso"; la adozione del ricorso implica solo che il *thema decidendum* viene conosciuto prima dal giudice e poi dalla controparte.

Difatti all'attualità non è previsto che il giudice adito con ricorso, prima di fissare l'udienza di comparizione delle parti, possa già svolgere un'attività istruttoria (ad es. disporre C.T.U., cosa che peraltro - nella prassi - avviene *contra legem*, ad esempio nel processo previdenziale), o addirittura decisoria (ad es., rigettare *inaudita altera parte* il ricorso se le pretese ivi contenute siano manifestamente infondate).

Al fine di uniformità delle procedure, si propone l'adozione dell'atto di ricorso quale unico schema di atto introduttivo del processo, con la previsione di un'attività giurisdizionale antecedente all'evocazione del contraddittorio, rispettando - nella sostanza - il diritto di difesa delle parti.

In tale prospettiva sembra praticabile l'opzione di prevedere che il ricorso (prima della sua notificazione alla parte convenuta) debba essere preventivamente deliberato dal giudice designato e che allo stesso, già in sede di provvedimento di fissazione di udienza di comparizione, sia riservata la possibilità di esercitare talune individuate attività istruttorie e/o decisorie su questioni pregiudiziali (mai evidentemente di merito della lite).

Quale attività decisoria in sede deliberativa può pensarsi, esemplificativamente alle ipotesi in cui il giudice riscontri la carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione o la mancata integrazione da parte del ricorrente degli elementi mancanti di una domanda incompleta (sempre che l'irregolarità non sia tale da rendere improcedibile il giudizio) secondo le modalità ed i termini fissati dal giudice (126).

In tali ipotesi il giudice dovrà dichiarare inammissibile la domanda con una sentenza impugnabile dal ricorrente (con idoneità, quindi, a divenire *res iudicata* in capo al ricorrente).

Ove il giudice abbia emesso il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione - in quanto ha ritenuto sussistenti le condizioni per la pronuncia di merito sulla domanda - ed il ricorso sia stato notificato alla controparte la sentenza conclusiva del procedimento potrà, evidentemente, essere impugnata dal convenuto soccombente anche in ordine ai capi relativi alla sussistenza dei presupposti e delle condizioni processuali ritenuti esistenti nella fase *inaudita altera parte*.

(126) Come previsto in Finlandia - H.TOIVAINEN, in *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., vol. II, p. 59 - tra le ipotesi di decisione senza dibattimento.

Il modello introduttivo così concepito imporrebbe al giudice l'immediata delibazione del *thema decidendum* (e non la sola mera adozione di un provvedimento organizzatorio del carico delle udienze di comparizione) evitando la prassi che il contatto con la questione oggetto della controversia sia relegata in occasione dell'udienza di comparizione (127).

Accogliendo la prospettiva di riforma sopra delineata la possibile disciplina normativa potrebbe assumere quale modello il primo comma dell'art. 702 bis c.p.c. - eliminando l'inciso "*Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*", sostituendo l'inciso "*può essere*" con "*è*" e aggiungendo il seguente periodo "*A pena di decadenza va fatta l'indicazione di cui al citato numero 5*" - e il secondo comma dell'art. 702 bis c.p.c., disciplinando altresì l'attività deliberativa che compete al giudice nella fase *inaudita altera parte*.

b) Delineare in modo preciso i termini a comparire

E' opportuno che l'attuale termine a comparire nel procedimento ordinario di cognizione (90 giorni) sia abbreviato a 60 giorni (come previsto sino al 2005). La proposta riduzione del termine nella misura prospettata appare idonea a coniugare il diritto di difesa del convenuto con l'esigenza di ridurre i tempi di giustizia.

Del resto è significativo rilevare come la dottrina ha da tempo evidenziato che già il termine a comparire di 60 gg. è il più lungo rispetto agli altri ordinamenti (che concedono dai quattordici ai venti giorni al convenuto per difendersi) osservando che se è indiscutibile che: "*il convenuto ha diritto di difendersi, il suo diritto è inviolabile, ma non sembra che concedendogli venti - venticinque giorni si menomi la sua difesa*" (128).

Evidenziamo che, dalla comparazione con vari ordinamenti giuridici, si evince che l'attuale termine di 90 gg. minimo concesso al convenuto è eccessivo. Nel diritto nordamericano "*il convenuto ha un periodo di tempo determinato, solitamente di 30 gg., per rispondere*" (129). Peraltro un breve termine a comparire è previsto, nel nostro ordinamento giuridico, nel procedimento sommario di cognizione (art. 702 bis, comma 3 c.p.c.: 40 gg.) e nel rito del lavoro (art. 415, comma 5, c.p.c.: 30 gg.).

Andrebbe altresì ridotto a 30 giorni l'attuale termine a comparire di 45 giorni previsto per i giudizi dinanzi al Giudice di Pace atteso che il convenuto conserva integra la sua capacità difensiva, potendo costituirsi - senza preclusioni - direttamente in udienza *ex art. 319 c.p.c.*.

La disciplina normativa potrebbe avere quale modello il terzo comma -

(127) Per l'analisi di analogo modello di schema introduttivo in Austria cfr. B. KONING, in *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., II, p. 14.

(128) F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile* in *Foro It.* 2001, V, c. 323.

(129) Così G. C. HAZARD, M. TARUFFO, cit., p. 125.

sostituendo l'inciso "trenta" con "cinquanta", al fine di garantire al convenuto un termine a comparire di almeno sessanta giorni - dell'art. 702 *bis* c.p.c., con un'integrazione che disciplini il termine entro il quale il giudice fissa l'udienza di comparizione e il termine massimo che deve intercorrere tra il deposito del ricorso e la data dell'udienza di comparizione. Parrebbe altresì opportuno prevedere un termine perentorio per la notificazione del ricorso e decreto di fissazione dell'udienza di comparizione al fine di evitare, ottenuto il provvedimento, che parte ricorrente ritardi la notifica al convenuto attendendo "saggiamente" (ma poco eticamente) di curare la notificazione allo spirare del rispetto del termine a comparire.

c) Disciplina della costituzione del convenuto e ruolo della contumacia

La disciplina della costituzione del convenuto potrebbe essere rinvenuta nel quarto comma dell'art. 702 *bis* c.p.c., inserendo tra le parole "indicare" e "i mezzi" l'inciso "a pena di decadenza" (al fine di disciplinare le preclusioni istruttorie) ed altresì nel quinto comma di tale articolo, sostituendo la parola "garanzia" con "causa" (eliminando *tout court* ogni incertezza in ordine alle restrizioni della chiamata in causa del terzo (130)).

Al fine di ridurre i tempi del processo in dottrina si è proposto di riconoscere valore di ammissione dei fatti alla contumacia del convenuto in modo da pervenire subito alla decisione, senza istruttoria, sulla base dei fatti costitutivi attorei non contestati. In specie si propone di "prevedere – in materia di diritti disponibili – l'introduzione dell'istituto della ficta confessio (o dell'esonero dell'attore dall'onere di provare i fatti costitutivi) in caso di contumacia del convenuto; il tutto con gli adeguati correttivi idonei a garantire il diritto di difesa" (131).

Sempre in relazione alla condotta in concreto osservata dal convenuto - con più ampio respiro - si è altresì proposto quanto segue: "Un ulteriore congegno se non di esclusione, di certo di eccezionale semplificazione del processo a cognizione piena, è dato dall'introduzione di un processo semplificato con decisione in prima udienza (o con immediata entrata in fase decisoria in prima udienza) allorché, riguardo ai soli processi relativi a diritti disponibili, il convenuto regolarmente citato: a) non si costituisca e non compaia neanche in prima udienza ovvero b) pur essendosi costituito non contesti i fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento della domanda e non sollevi eccezioni (contestando eventualmente solo il fondamento della domanda in diritto), ovvero c) riconosca addirittura il diritto fatto valere in giudizio dall'attore. In

(130) G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 89 osserva come "sebbene l'art. 702 *bis* c.p.c. enunci soltanto la chiamata in garanzia è da ritenere – pena l'irragionevolezza della disposizione – possibile l'istanza di parte per l'intervento del terzo in tutti i casi concessi dall'art. 106 c.p.c. (esemplare la contestazione della c.d. legittimazione attiva o passiva)".

(131) Così F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia...*, cit., c. 82; analogamente F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, cit., c. 326.

tutte e tre queste ipotesi fare svolgere il processo nelle forme auliche del processo a cognizione piena, forme che presuppongono una controversia effettiva in fatto e in diritto, sarebbe un inutile spreco. a) Di qui l'opportunità da sempre sentita di attribuire ex lege alla contumacia del convenuto il valore di ammissione legale dei fatti costitutivi (ficta confessio) consentendo al giudice la sola valutazione in iure della fondatezza della domanda con conseguente possibilità di risolvere la controversia in prima udienza con sentenza semplificata dettata a verbale o stesa in calce all'atto di citazione. In Italia tale tecnica, da tempo utilizzata a favore del locatore nel cd. procedimento di convalida di sfratto, è in via di estensione riguardo a tutti i processi relativi a diritti disponibili (v. art. 13 D.Lgs. 5/03 relativo al processo societario e punto 23 del disegno di legge delega di riforma del processo civile n. 4578 del 19 dicembre 2003). b) Analogamente sarebbe da prevedere – anche qui conformemente a quanto da sempre disposto a favore del locatore nel cd. procedimento di convalida di sfratto – in ipotesi di non opposizione (cioè di non contestazione dei fatti costitutivi e di non proposizione di eccezioni) del convenuto costituitosi e/o comparso. c) Quanto, infine, all'ipotesi di riconoscimento del diritto dell'attore da parte del convenuto costituitosi (ipotesi da sempre prevista dal § 307 della ZPO tedesca) egualmente si dovrebbe prevedere una conclusione semplificata in prima udienza del processo, salvo l'approfondimento dommatico in ordine al valore negoziale o no della figura del riconoscimento della domanda... Un prolungamento della sola fase decisoria del processo potrebbe aversi unicamente nell'ipotesi sub b) ove il convenuto contesti in diritto il fondamento della domanda dell'attore e le questioni giuridiche da risolvere siano di particolare delicatezza"; ciò in conseguenza della ragionevole osservazione "dato che per le controversie in via atipica soggette al rito ordinario non è possibile sapere prima dell'inizio dello svolgimento della fase preparatoria se la singola controversia è complessa o no, non resta che prevedere una differenziazione della conclusione della fase preparatoria a seconda della complessità o no della controversia, complessità o no verificata dal giudice nel contraddittorio delle parti (di cui andrebbe prevista la obbligatoria partecipazione alla prima udienza) e dei loro difensori dopo lo scambio degli atti introduttivi del giudice al termine della prima udienza (effettiva) di trattazione" (132).

Taluni ordinamenti dei Paesi comunitari attribuiscono alla contumacia valore ammissivo dei fatti allegati dall'attore o di riconoscimento delle pretese

(132) Così A. PROTO PISANI, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, in *Foro It.*, 2006, V, cc. 56-57 e 88; all'uopo nella proposta di A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., vi è, dai punti 2.16 ai punti 2.21, la previsione - come già evidenziato - della chiusura semplificata del processo in prima udienza in caso di contumacia, non contestazione o riconoscimento del diritto da parte del convenuto ed altresì in caso di prova documentale dei fatti controversi.

ex adverso azionate: così nel processo civile tedesco secondo cui “*in caso di contumacia del convenuto: si presume che questi abbia ammesso l’esistenza dei fatti allegati dall’attore. L’assunzione delle prove si rende pertanto superfluo. Se le allegazioni dell’attore sostengono la domanda, questa viene accolta con una sentenza contumaciale. In caso contrario, cioè se la domanda è infondata, il rigetto della domanda avviene mediante <<normale>> sentenza di merito... Il contumace può fare opposizione alla sentenza contumaciale entro quattordici giorni... Questo rimedio giuridico si rivolge allo iudex a quo, che riapre la trattazione della causa. La sentenza contumaciale viene <<messa da parte>> e la trattazione orale porta ad una sentenza che conferma la sentenza contumaciale oppure la annulla e respinge la domanda dell’attore*”(133).

Anche in Inghilterra e in Galles – con un modello analogo a quello tedesco – nel caso di contumacia del convenuto l’attore può ottenere una sentenza in proprio favore salvo la possibilità di revoca della sentenza contumaciale su richiesta del convenuto (134). Simile, tranne che su alcune materie, è la soluzione accolta anche in Scozia (135); così pure in Irlanda (136) e Austria (137) ove la disciplina processuale ricorda quella inglese. In Grecia “*la mancata comparizione del convenuto equivale a un sostanziale riconoscimento della pretesa, risolvendosi nell’emissione di una pronuncia a favore dell’attore, sempre che vi siano i presupposti processuali e sussista un titolo idoneo*” (138), con limitata possibilità di riapertura del processo contumaciale nelle sole ipotesi in cui la parte non è stata regolarmente convocata all’udienza o non è potuta comparire per forza maggiore (139).

Nel nostro attuale ordinamento giuridico, in continuità con la disciplina contenuta nel codice di procedura civile del 1865 (140), la contumacia è considerata neutra rispetto alla posizione processuale della parte. “*Nel nostro sistema, la contumacia del convenuto non impedisce lo svolgimento unilaterale (eremodiale) del rapporto processuale, e come essa non modifica sostanzialmente la serie delle attività processuali necessarie per l’accertamento dei fatti. Nel nostro sistema la contumacia del convenuto non è considerata né come una reazione al potere del giudice e come tale punita; né come una rinuncia alla difesa; né come una remissione alla gestione del magistrato; né*

(133) Così W. J. HABSCHIED, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 115.

(134) Così A. J. JOLOWICZ, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 159-160.

(135) Così I. WILLOCH, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 182.

(136) Così A. WHELAN, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 245.

(137) Così B. KONIG, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, II, p. 19.

(138) Così K. D. KERAMEUS, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, II, p. 207.

(139) K. D. KERAMEUS, *op. ult. cit.*, p. 213.

(140) Su cui G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene ed., Napoli, 1923, pp. 757-758.

come una presunta ignoranza dell'esistenza della lite: ma per quello che è in ogni caso: una completa inattività alla udienza. A differenza del sistema secondo cui la semplice contumacia del convenuto importa soccombenza... ; a differenza del sistema secondo cui la contumacia del convenuto importa ammissione dei fatti dedotti dall'attore... ; il nostro giudice... deve esaminare se i fatti sono provati dall'attore: la contumacia per se stessa non dispensa l'avversario dalla prova. Per ottenere l'effetto della ficta confessio si deve deferire anche al contumace un espresso interrogatorio" (141).

Eccezione al sistema, così come riassunto, si ha nel procedimento per convalida di sfratto in cui l'inattività dell'intimato comporta soccombenza (art. 663 c.p.c.). È invece caduta la regola secondo cui la contumacia del convenuto nel processo societario comporta l'ammissione dei fatti dedotti dall'attore, ossia la *ficta confessio*. Difatti, l'art. 13, comma 2 (dell'oramai abrogato) D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, contenente tale precetto, venne dichiarato incostituzionale per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con sentenza 12 ottobre 2007, n. 340 (142).

Alla luce dell'illustrato breve *excursus* deve ritenersi non condivisibile l'orientamento diretto a riconoscere natura di *ficta confessio* alla contumacia del convenuto. Appare incongruo pretendere che, a fronte di una pretesa attrice manifestamente infondata e, come tale, meritevole di rigetto (es. fatti costitutivi posti dall'attore alla base di un dedotto credito pecuniario in ordine ai quali vi sono, oggettivamente, fatti estintivi e/o modificativi oppure l'inesistenza dei fatti stessi) il convenuto debba vedersi pressocchè costretto ad attivarsi per difendersi (con anticipo di spese, fastidi, perdita di tempo). Non appare giustificabile attribuire alla contumacia valore di riconoscimento *tout-court* della pretesa attrice esonerando la stessa dall'onere della prova dei fatti allegati (art. 2697 c.c). Del resto la contumacia costituisce, al pari della costituzione in giudizio, un contegno processuale espressivo del diritto di difesa. Né appare auspicabile che parte attrice possa confidare più nella contumacia del convenuto che nella autonoma fondatezza della azione proposta. Tale orientamento potrebbe costituire un incentivo alla litigiosità nei casi in cui l'attore è a conoscenza di circostanze che rendano improbabile la costituzione del convenuto.

La *ficta confessio* pone, peraltro, dubbi di compatibilità costituzionale per contrasto sia con l'art. 24 comma 2 della Costituzione in quanto, a fronte del riconoscimento del diritto di difesa, vi sarebbe in capo al convenuto - nel caso di specie - l'obbligo (*rectius*: onere) di difesa sia con l'art. 111, 2° comma della Costituzione in quanto verrebbe alterata la parità di armi delle parti in causa. Da ultimo aggiungasi che l'ipotizzato "*risparmio*" di tempi processuali

(141) Così G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, pp. 757-758; analogamente C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Giappichelli ed., Torino, 2007 p. 324.

(142) Corte costituzionale, sentenza 12 ottobre 2007 n. 340 in *Foro It.* 2008, I, cc. 721 e ss.

potrebbe rivelarsi effimero in ipotesi di fondata impugnazione della sentenza emessa nel procedimento contumaciaale.

d) Modello unico della udienza di comparizione delle parti

Evidenti esigenze di concentrazione consigliano che, sulla falsariga di quanto è attualmente previsto negli attuali artt. 183 e 420 c.p.c., il giudice in occasione della udienza di comparizione svolga le seguenti attività:

- verifichi d'ufficio la regolarità del contraddittorio (art. 183 commi 1 e 2, con la fissazione di una nuova udienza di comparizione),
- interroghi liberamente le parti presenti e tenti la conciliazione della lite (art. 420 commi 1 - tranne l'ultimo periodo - , 2 e 3),
- richieda alle parti - sulla base dei fatti allegati - i chiarimenti necessari e indichi le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione (art. 183 comma 4),
- valuti, ove proposte, l'ammissibilità e la rilevanza delle richieste di prove costituenti,
- ove disposti d'ufficio mezzi di prova, assegnazione alle parti di un termine perentorio di 10 gg. per dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli disposti e fissazione, con ordinanza emanata fuori udienza da pronunciare nei successivi 30 gg., di una o più udienze (secondo il calendario del processo all'uopo predisposto) per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti .

Andrebbe inoltre previsto il diritto dell'attore di proporre difese consequenziali a quelle articolate dalla controparte, con la fissazione di una nuova udienza di comparizione per chiamare un terzo se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto, e il diritto delle parti di operare la *emendatio libelli* (art.183 comma 5 c.p.c.).

e) Definizione immediata del procedimento all'esito dell'espletamento degli incumbenti della udienza di comparizione delle parti

Espletate le attività proprie dell'udienza di comparizione la causa, seppur in ipotesi circoscritte, può essere già matura per la decisione. Tali ipotesi sono quelle per le quali è stato pensato il procedimento sommario *ex artt. 702 bis e ss. c.p.c.*. Ossia, in particolare:

- a) questione pregiudiziale di rito o questione di merito avente carattere preliminare, quando la decisione di esse può definire il giudizio;
- b) causa involgente esclusivamente profili di diritto;
- c) riconoscimento della domanda di controparte;
- d) mancata richiesta di prove costituenti o non ammissione delle chieste prove costituenti o mancata disposizione d'ufficio di mezzi di prova.

In tali ipotesi occorre prevedere la doverosità, previo invito alle parti alla discussione nel corso della quale precisare le conclusioni, della riserva in decisione immediata della lite.

Riserva in decisione immediata al termine dell'udienza di comparizione,

senza possibilità per le parti di chiedere un rinvio del procedimento per le ragioni che si illustreranno nella successiva lettera.

f) Assunzione delle prove costituenti e conseguente definizione immediata del procedimento

Ove all'esito dell'espletamento degli incumbenti della udienza di comparizione, non si possa procedere alla riserva in decisione della lite (in quanto il giudice – valutata l'ammissibilità e la rilevanza – abbia ammesso prove costituenti) la causa andrà rinviata ad una o più udienze successive, secondo il calendario del processo all'uopo predisposto, per l'assunzione dei mezzi di prova.

Esaurita l'assunzione delle prove occorre prevedere la doverosità, previo invito alle parti alla discussione nel corso della quale precisare le conclusioni, della riserva in decisione immediata della lite.

Non ha senso la prassi attuale che spesso consente, espletata l'istruttoria, il rinvio richiesto dalle parti e concesso dal giudice, per esame della prova testimoniale escussa, per esame della depositata C.T.U., etc. Tale prassi è probabilmente *contra legem* atteso il tenore dell'art. 188 c.p.c., secondo cui: *“il giudice istruttore provvede all'assunzione dei mezzi di prova e, esaurita l'istruzione, rimette le parti al collegio per la decisione a norma dell'articolo seguente”*.

È necessario che il tenore della disposizione escluda in radice l'ammissibilità di tali rinvii potendo ogni attività difensiva essere svolta ancora in sede di scritti difensivi successivi alla rimessione della causa in decisione.

Quindi decisione immediata, senza spazi per le parti di chiedere un rinvio del procedimento.

Va evidenziato che in ordine al diritto delle parti ad ottenere un rinvio, autorevole dottrina ha sostenuto quanto segue: *“Quanto ai rinvii, alla luce dell'art. 24, comma 2°, Cost., sembra doveroso stabilire che ogni parte, per esercitare la difesa, ha diritto ad un rinvio: infatti, se viene in considerazione la difesa, che è inviolabile, il rinvio non può essere rimesso alla discrezione del giudice, ma deve essere un diritto della parte. Il problema si pone diversamente per i rinvii che le parti concordemente chiedono perché pendono trattative di bonario componimento o, comunque, perché preferiscono che per il momento non si giudichi. A me sembra che tale problema vada risolto tenendo presente che le parti, se sono d'accordo, devono potere in linea di massima disporre dei tempi del processo. Più precisamente, le parti devono avere diritto a qualche rinvio, ma, dopo un certo numero di rinvii, il giudice deve poter cancellare la causa dal ruolo d'ufficio e anche contro la concorde volontà delle parti. Ciò significa che sembra opportuno prevedere l'istituto della cancellazione della causa dal ruolo per eccesso di rinvii, che un tempo ebbe grande successo nel processo civile italiano e che di recente è stato ri-proposto all'attenzione degli studiosi sia in sede ministeriale, sia in sede*

scientifica” (143).

Deve rilevarsi che, alla luce del principio della ragionevole durata del processo, tale diritto al rinvio non può essere ammesso. La fase introduttiva del processo si caratterizza per prevedere specifiche cadenze per articolare in via definitiva il *thema decidendum* ed il *thema probandum* ed una eventuale fase centrale di assunzione di prove costituende. La lite va, quindi, decisa.

Vuol dirsi che un potere generalizzato di rinvio non è strumentale ad un efficiente servizio giustizia. Il processo, una volta introdotto esige un impegno attento dei difensori onerati a comparire ad ogni udienza adeguatamente edotti sullo stato del giudizio. Sicché, ove all’esito dell’escussione dei testimoni, una parte intenda deferire all’altro il giuramento decisorio – deferibile “*in qualunque stato della causa*” ex art. 233, primo comma, c.p.c. – sarà tenuta a chiederlo alla fine dell’udienza di escussione. Non razionale è l’attribuzione di un diritto al rinvio al fine di valutare il risultato probatorio in vista di possibili future richieste istruttorie.

Sempre sul tema dei tempi dei processi, altra dottrina evidenzia: “*È vero che le garanzie devono avere dei limiti, poiché altrimenti il sistema rischia la paralisi, però è anche vero (a mio parere): ... In primo luogo che i tempi del processo devono essere rimessi alla libera determinazione delle parti e non all’autorità del giudice, poiché la ragionevole durata del processo è regola che va garantita senz’altro se almeno uno dei litiganti la chiede ma non anche imposta quando nessuno la vuole. Sono pertanto fermamente contrario (ad esempio) all’abolizione dell’art. 309 c.p.c., oppure il divieto di udienze di mero rinvio... o a qualunque limite si pensi di introdurre alla determinazione consensuale dei litiganti alla durata del processo, poiché non sussiste un diritto pubblico superiore da garantire contro le parti; soprattutto se si pensa che queste sopportano dei tributi giudiziari ingiusti e non dovuti..., e in ogni caso (presumibilmente) in grado di coprire i costi della giustizia civile... ; cosicché, contenere o vietare i rinvii chiesti concordemente da tutti i litiganti è da considerare un atto di prepotenza più che uno di giustizia*” (144).

Non si ritiene di poter aderire alla riferita prospettiva. Deve ritenersi, infatti, che l’art. 111, comma 2 della Costituzione ha introdotto quale nuovo interesse di rilevanza costituzionale quello della giusta durata del processo in sé e per sé. Messo in moto il processo, questo deve definirsi in tempi ragionevoli con sentenza sul rito o di merito. Deve considerarsi che, rispetto al carico di lavoro dei magistrati, l’adesione a semplici rinvii comporta lo slittamento di altri giudizi sul ruolo dei singoli giudici con evidente diseconomia organizzativa.

In ordine alla considerazione che il processo riguarda pur sempre inte-

(143) F. CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, cit., cc. 324.

(144) Così G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro It.* 2003, V, cc. 129.

ressi privati delle parti, si osserva che i litiganti possono incidere sul processo rinunciando all'azione processuale (non mediante il riconoscimento del diritto ad udienze di mero rinvio) oppure prevedere che, ove le parti chiedano concordemente un mero rinvio dell'udienza, le esse parti debbano accollarsi, secondo parametri da stabilirsi normativamente, l'onere economico del disservizio procurato.

g) fase decisoria

Riservata la causa in decisione - con o senza istruttoria - è opportuno prevedere, onde consentire alle parti di argomentare in fatto e in diritto le richieste fatte, che le parti possano depositare memorie illustrative entro 30 gg. dal introito della causa a sentenza. Quindi la sentenza dovrà essere depositata in cancelleria entro 40 gg. dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie illustrative.

• Abbreviazione dei termini di impugnazione della sentenza

Come è noto il codice prevede che le parti possono entro sei mesi dalla data della pubblicazione (cd. termine lungo) – in assenza della decorrenza del termine breve *ex art. 325 c.p.c.* – impugnare la sentenza (definitiva o meno).

L'influsso dei principi internazionali e la costituzionalizzazione del principio della giusta durata del processo dall'atto introduttivo al giudicato, comporta che tale termine (peraltro di un anno fino alla novella del 2009) non può ritenersi più funzionale ad un ordinato svolgimento dei tempi del processo.

Va evidenziato che in numerosi ordinamenti di Paesi comunitari è sconosciuto il cd. termine lungo per impugnare le sentenze. Ad es., in Danimarca per l'appello avverso le sentenze delle Corti cittadine – giudice di prima istanza in via normale – il termine normale è di quattro settimane (145); in Olanda il termine per impugnare è di tre mesi dopo l'adozione della sentenza (146); in Finlandia, il termine per proporre l'appello è di trenta giorni dalla pronuncia della sentenza (147).

E' il tempo dunque (e le esigenze di celerità della giustizia lo impongono) di ridurre il termine di impugnazione delle sentenze intervenendo sulla relativa disciplina. Sembra possibile fissare in 90 giorni il termine di impugnazione con abolizione del cd. termine breve *ex art. 325 c.p.c.*

Il *dies a quo* del termine per impugnare le sentenze potrà farsi decorrere – sulla falsariga di quanto avviene nel processo penale (art. 585 c.p.p.) – dalla scadenza del termine stabilito dalla legge per il deposito della sentenza ovvero – quando la sentenza non è depositata entro il termine stabilito dalla legge –

(145) E. SMITH, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 54 ove si evidenzia altresì che il Ministro della Giustizia può, in via eccezionale, concedere il termine di un anno a partire dall'emissione della sentenza.

(146) N. S. SNIJDERS, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, I, p. 344.

(147) H. TOIVAINEN, *La giustizia civile nei paesi comunitari, cit.*, II, p. 63.

dal giorno in cui è stata eseguita la comunicazione dell'avvenuto deposito. Corollario di tale scelta è che il ritardo nel deposito della sentenza dovrà essere giustificato sul piano disciplinare.

• **Mantenimento, generalizzandolo, del doppio grado di giurisdizione**

Sovente in dottrina viene formulata la proposta di introdurre nel nostro sistema giuridico un unico grado di giurisdizione nel merito con “*l’abolizione del secondo grado per lasciare alle attuali corti di appello (da trasformarsi in sezioni distaccate della Corte di cassazione per ottemperare al disposto dell’art. 111 Cost.) la funzione di un appeal in senso angloamericano, ossia di un giudizio di tipo lato sensu cassatorio, consistente nella riparazione di errori non solo di diritto*” (148). Ciò sulla base dell’assunto della non utilità del doppio grado di giurisdizione. E’ di solare evidenza che l’accoglimento di una tale proposta contribuirebbe all’abbreviazione dei tempi del processo. Di recente tale opzione è stata riproposta (149) quale strumento per risolvere la grave crisi di operatività nella quale versa la Corte di cassazione.

Il doppio grado di giurisdizione sul merito, in assenza di prescrizione nella nostra *Grundnorm*, non trova fondamento nella Costituzione (150). A livello operativo, onde garantire una ragionevole durata del processo, si è proposta l’eliminazione o la riduzione dell’appello onde le sentenze sarebbero inimpugnabili salvo il ricorso per cassazione. La scelta di porre limite all’appello è operante altresì in diversi Paesi comunitari nei quali il limite si presenta in due diverse vesti:

a) Inappellabilità della sentenza in cause di non elevato valore o anche di media importanza. Nel processo belga l’appello è proponibile se la domanda eccede, a seconda dei casi, 50.000 o 75.000 franchi belga del 1994 (151); nel processo francese, l’appello è proibito ove vengano in rilievo cause di media importanza, in base al valore della domanda (152), in Germania l’appello è ammesso se il valore dell’oggetto del gravame supera i 1.500–DM del 1994 (153); in Grecia l’appello non è ammesso riguardo alle controversie di scarso valore, ossia fino a 150.000 dracme del 1994 (154); nel processo olandese la sentenza è inappellabile per cause di valore non superiore a 2.500 fiorini del-

(148) Opinione di Cappelletti riportata in C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli ed., Torino 2009, vol. II, p. 402, nota 1.

(149) Da A. PROTO PISANI, *Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro It.* 2010, V, c. 67.

(150) Tale affermazione è stata fatta dalla Corte Costituzionale, sent. 15 aprile 1981 n. 62, in *Foro It.* 1981, I, c. 1497 e ribadita dalla Corte Costituzionale con le sentenze 3 aprile 1982 n. 69, in *Foro It.* 1982, I, c. 1293 e sent. 31 dicembre 1986 n. 301, in *Foro It.* 1987, I, c. 2962.

(151) M. STORME, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 7.

(152) J. NORMAND, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, pp. 81-82.

(153) W. J. HARSCHIED, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 125.

(154) K. D. KERAMEUS, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 213.

l'anno 1994 (155); nel processo portoghese la decisione impugnata deve avere pronunciato su controversia di valore eccedente la “alcada” del giudice *a quo*, ossia il limite di valore della decisione non soggetta ad appello (156); in Spagna l'appello non è ammesso contro le sentenze emesse in giudizi di valore non eccedente 80.000 *pesetas* del 1994 (157);

b) Appellabilità solo previa autorizzazione di una Autorità amministrativa o giurisdizionale. Questo è un criterio molto diffuso nei Paesi di *common law*, il cui prototipo è individuabile nella giustizia civile in Inghilterra e in Galles, ove “*in molti casi l'appello è possibile solo se colui che intende appellare ha precedentemente ottenuto un <<leave to appeal>>, cioè un'autorizzazione ad appellare, che può essere concessa sia dalla Corte a qua che dalla Corte ad quam*” (158). Nel processo danese, se la causa è di valore non superiore a £ 2.500.000 circa del 1994, la sentenza può essere appellata solo previa autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia (159); in Svezia “*nelle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, il cui valore non eccede la somma base (che nel 1995 era di 35.770 sek), e nelle controversie di scarso valore è richiesta l'autorizzazione all'appello. Essa può essere concessa quando ricorrono determinati presupposti: se la soluzione della controversia è ritenuta importante come indirizzo per le future decisioni delle Corti inferiori; se sussistono ragioni per modificare la sentenza: se ci sono altre ragioni straordinarie per riconsiderare il caso*” (160).

Nell'ordinamento giuridico processuale italiano attuale, in linea tendenziale, vige il doppio grado di giurisdizione di merito con appellabilità delle sentenze di primo grado senza necessità di autorizzazioni. L'inappellabilità è l'eccezione (prevista, ad es., nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi).

La scelta tra il doppio grado (mantenendo l'attuale regime, magari estendendolo per singole eccezioni) e l'unico grado è una scelta di politica del diritto in assenza di vincoli costituzionali.

Si è del parere della scelta del doppio grado di giurisdizione nel merito senza bisogno di autorizzazione per almeno due ragioni:

a) Necessità di un nuovo esame sul merito della causa ad opera di un altro giudice onde pervenire ad una sentenza ponderata e oggetto di controllo;

b) Sgravare la Corte di Cassazione della immediata impugnabilità della sentenza di primo grado al fine di evitare il definitivo oscuramento del ruolo di giudice di terza istanza di legittimità. Occorre recuperare alla Corte di Cassazione il ruolo di terza istanza di legittimità. All'uopo si evidenzia in dottrina

(155) H. J. SNIDJERS, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 345.

(156) A. VAREUA, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 377.

(157) V. F. GUILLEN, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 397.

(158) J. A. JOLOWICZ, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 163.

(159) E. SMITH, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 53.

(160) Così U. JACOBSSON, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., II, p. 124.

– nel criticare proposte miranti alla previsione di una fase di giudizio di merito in unico grado – che l'appello “è uno strumento indispensabile per assicurare l'unico filtro attualmente... praticabile rispetto al ricorso per cassazione. Sopprimere il giudizio di appello significa inevitabilmente dirottare tutte le esigenze di garanzia soggettiva dell'impugnazione verso il giudizio di cassazione, con un aumento inevitabile del numero dei ricorsi in cassazione” (161). Tali osservazioni formulate dieci anni fa sono ancor più pregnanti nel momento attuale nel quale il numero dei ricorsi per cassazione pendenti si aggira – come visto sopra – sulle centomila unità.

Appare quindi opportuno conservare l'attuale regime del doppio grado di giurisdizione nel merito, con generalizzazione del principio fissato nell'art. 339 comma 1 c.p.c. eliminando le ipotesi speciali di inappellabilità della sentenza.

• ***Attribuzione all'appello di un effetto sospensivo della efficacia della sentenza***

Obiettivo ineludibile è quello di far sì che il giudizio si svolga secondo una durata ragionevole (dal momento della proposizione della domanda alla adozione di una sentenza irrevocabile). In tale prospettiva la sentenza di primo grado è, pertanto, solo un momento intermedio del procedimento. Recuperata la complessiva ragionevole durata del processo civile non sembra giustificabile il mantenimento della esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado.

Una delle ragioni ispiratrici della novella dell'art. 282 c.p.c. (operata mediante la l. 26 novembre 1990, n. 353), con previsione della esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado in luogo della precedente previsione di segno opposto, fu quella di attribuire una tutela alla parte vittoriosa tenendo conto della eccessiva durata del processo, ossia un palliativo ad una patologia. Tale novella può moltiplicare - come è accaduto - il contenzioso. Difatti a fronte della riforma della sentenza di primo grado di condanna al pagamento di somme di danaro spesso germina un nuovo contenzioso per il recupero di quanto pagato ove il vincitore di primo grado non restituisca spontaneamente il dovuto. Ricordiamo che altra ragione della novella dell'art. 282 c.p.c. citata fu quella di evitare impugnazioni con la finalità di procrastinare il momento della formazione del giudicato, attribuendo in via immediata al creditore l'azione esecutiva. Tale effetto può essere superato - ove si reintroduca l'effetto sospensivo dell'impugnazione - con la ricordata applicazione automatica del principio di soccombenza nel governo delle spese di lite e dall'accorciamento dei tempi del processo. La sospensione dell'esecutività, nel caso di appello, è

(161) A. PROTO PISANI, *La giustizia del lavoro dopo il D.Lgs. 80/98*, in *Foro It.* 1999, V, c. 64; analogamente F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia... cit.*, c. 83 e F. CIPRIANI, *Per un nuovo... cit.*, c. 327.

operante in vari Paesi comunitari, quali la Danimarca (162), il Lussemburgo (163), l'Olanda (164), l'Austria (165).

• ***Eliminazione della translatio della lite al giudice inferiore (166)***

Il codice di rito prevede:

a) La rimessione al primo giudice per ragioni di giurisdizione (art. 353 c.p.c.) e per “*altri motivi*” (art. 354 c.p.c.), ad opera del giudice di appello;

b) La cassazione della sentenza con rinvio, cd. proprio ad effetto prosecutorio (art. 383, commi 1 e 2, c.p.c.) ovvero con rinvio cd. improprio ad effetto restitutorio (art. 383, comma 3, c.p.c.).

Tenuto conto - come evidenziato - che il principio del doppio grado di giurisdizione non ha rilievo costituzionale, costituisce una scelta squisitamente di politica del diritto prevedere un rigoroso doppio grado di giurisdizione sul merito (alla base dell'istituto del “*rinvio*”) oppure un doppio grado di giurisdizione attenuato, ossia che ammetta una statuizione nel merito anche in un solo grado di giudizio (con la conseguente abolizione di ogni possibilità di rinvio).

È sempre la stella polare della giusta durata del processo che ovviamente milita a favore della eliminazione degli istituti della rimessione della causa al primo giudice e la cassazione con rinvio (167). Con la proposta eliminazione il giudice dovrà giudicare il merito della lite (in cassazione allo stato degli atti).

• ***Meccanismi selettivi per il ricorso per cassazione***

Nel precedente paragrafo 4 si è rilevato che nel corso degli ultimi anni è aumentato enormemente il numero dei ricorsi per la cassazione. Ciò ha determinato un sovraccarico di lavoro per il giudice di legittimità ed altresì, una difficoltà ad esaurire le cause con la formazione di un enorme arretrato.

Inevitabilmente la qualità delle pronunce del supremo giudice è calata. La mole di lavoro non consente al meglio la funzione nomofilattica della cassazione. Sicché da tutti è sentita la necessità di riformarne la disciplina al fine di rendere funzionale il controllo di legittimità. Si propongono interventi tesi a limitare il numero di ricorsi che pervengono in cassazione.

Con la novella del 2009 è stato inserito l'art. 360 *bis* nel codice di rito in modo da creare un “*filtro*” che possa limitare il lavoro e recuperare l'efficienza

(162) E. SMITH, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 55.

(163) M. ELVINGER, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 307.

(164) H. L. SNIJDERS, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., I, p. 344.

(165) B. KONIG, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, cit., II, p. 20.

(166) Analogamente F. CIPRIANI, M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia...*, cit., c. 83.

(167) In termini F. CIPRIANI, *Contro la cassazione con rinvio*, in *Foro It.* 2002, I, cc. 2522-2523 e S. CAPORUSSO, *Struttura del giudizio civile di cassazione e ragionevole durata del processo*, in *Foro It.* 2005, I, c. 527.

della Corte di cassazione, potenziandone la funzione di nomofilachia (168). Recita la norma introdotta: “*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*”. La pronuncia dell’inammissibilità avviene in camera di consiglio.

Senonché, da più parti, si è osservato in dottrina che il bersaglio mirato non è stato in realtà centrato (169).

Ciò in quanto nell’ipotesi di cui al numero 1 dell’art. 360 *bis* c.p.c. viene disciplinata la fattispecie della manifesta infondatezza sostanziale nel merito dei motivi di ricorso (170). Mentre nell’ipotesi di cui al successivo numero 2 viene disciplinata la fattispecie della manifesta infondatezza delle censure di rito del ricorso; l’intera gamma, quindi, degli *errores in procedendo* atteso che tutte le violazioni della legge processuale valgono contemporaneamente come violazione ai “*principi regolatori del giusto processo*” (171). Ossia ipotesi già disciplinate nel codice dal vecchio art. 375 c.p.c.. Vuol dirsi che ove l’infondatezza fosse stata manifesta, i ricorsi rientranti nelle previsioni dell’attuale art. 360 *bis* c.p.c. avrebbero potuto essere avviati alla trattazione in camera di consiglio già a tenore dell’art. 375 c.p.c. *ante* novella del 2009.

La novella del 2009 ha solo imposto l’adozione di una maggiore attenzione, ponderazione ed impegno professionale nel redigere il ricorso. Sicuramente questo costituisce un effetto apprezzabile ma non è certo l’obiettivo che la legge 69/2009 si era proposto.

Non è stato infatti introdotto un “*vero*” filtro per limitare le ipotesi nelle quali, a termini dell’art. 360 c.p.c., è possibile proporre ricorso per cassazione. La previsione della limitazione *de qua* avrebbe imposto la modifica dell’art. 111, 7° comma della Costituzione secondo cui “*Contro le sentenze... pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso*

(168) Su tale novella G. RAITI, *Brevi note sul “filtro” in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile 18 giugno 2009 n. 69* in *Riv. dir. proc.* 2009, pp.1601-1614; G. F. RICCI, *Ancora insoluto il problema del ricorso per cassazione* in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 102-116; R. RORDORF *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione* in *Riv. dir. proc.* 2010, pp.134-145; R. POLI *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione* in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 363-384; G. SALME’ *Il nuovo giudizio di cassazione* in *Foro It.* 2009, V, cc. 437-444; G. COSTANTINO *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*XII. *Il nuovo processo in Cassazione* in *Foro It.* 2009, V, cc. 301-310; G. SCARSELLI *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*. XIII. *Il processo in Cassazione riformato* in *Foro It.* 2009, V, cc. 310-314.

(169) In tali termini A. PROTO PISANI, *Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione*, cit., c. 66; G. SALME’, *op. ult. cit.*, c. 439; G. SCARSELLI *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*..., cit., c. 311.

(170) In tali termini R. POLI, *op. ult. cit.*, p. 365.

(171) Aspetto evidenziato da G. RAITI, *op. cit.*, p. 1609; in tal senso, analogamente, R. RORDORF, *cit.*, p. 142.

in Cassazione per violazione di legge”.

Non può pertanto condividersi l’orientamento dottrinario per il quale “già il diritto costituzionale vigente (in via del bilanciamento tra il valore del ricorso per violazione di legge e il valore della ragionevole durata del processo) consente di limitare i ricorsi alle sole ipotesi che coinvolgono una questione di carattere generale o che sia stata risolta dal giudice di merito in contrasto con gli orientamenti della Corte di cassazione”(172). Secondo tale impostazione (173) il 7° comma dell’art. 111 Cost. deve essere coniugato con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) certamente violato allorché la Corte di Cassazione - a causa dell’attuale carico di lavoro causato dall’assenza di limiti al ricorso - non riesce a svolgere il ruolo ad essa assegnato.

L’illustrato orientamento è tuttavia isolato e appare obiettivamente in contrasto con il dato testuale dell’art. 111, 7° comma della Cost. Deve infatti condividersi l’osservazione (174) che “la funzione di nomofilachia è fissata dall’art. 65 r.d. n. 12 del 1941, mentre il diritto dei cittadini al controllo di legalità dei provvedimenti giurisdizionali che incidono su diritti è stabilito dall’art. 111 Cost. Fuori da ogni retorica, credo debba esser affermato che il compito primo della Cassazione è proprio quest’ultimo, e solo in tale occasione essa, anche, assicura l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto oggettivo nazionale”.

A Costituzione invariata al fine di migliorare la funzionalità della Suprema Corte occorre, pertanto, intraprendere percorsi alternativi rispetto ai “filtri” di ammissibilità. Tra questi si indicano:

- a) Aumento del numero dei giudici che siedono in Cassazione (175). Nel precedente paragrafo 7 si è rilevato che già con gli attuali organici un contributo può essere realizzato abolendo l’ufficio del P.M. in Cassazione;
- b) individuazione di rigorosi criteri professionali per l’inserimento nell’albo degli avvocati abilitati a patrocinare in Cassazione (176);
- c) previsione di una specifica ipotesi di responsabilità aggravata allorché la Corte dichiara che il ricorso proposto era manifestamente inammissibile.

(172) Così A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., c. 3, il quale al punto 2.178 n. 1) dell’articolato propone la seguente disciplina, tra i casi di impugnazione con ricorso per cassazione: “per violazione di norme di diritto sostanziale o processuale,... quando la violazione involga una questione di rilievo generale o sia stata risolta in contrasto con orientamenti costanti della cassazione, ovvero sussistano orientamenti difformi della Corte di cassazione negli ultimi cinque anni anteriori alla proposizione del ricorso” (c. 51).

(173) A. PROTO PISANI, *Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione*, cit., cc. 68-69.

(174) G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*..., cit., c. 313.

(175) Così G. F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 114 e G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*..., cit., c. 314.

(176) Così G. F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 115, il quale evidenzia che attualmente in Italia vi sono oltre 40.000 cassazionisti, a fronte di valori inferiori a 100, rispettivamente per la Francia e per la Germania (quest’ultima nel 2007 ne aveva 44).

• **Riforma del procedimento amministrativo di previdenza con effetto deflattivo del cd. processo previdenziale (artt. 442 - 447 c.p.c.)**

Il procedimento amministrativo volto all'erogazione di una prestazione previdenziale o assistenziale, come allo stato disciplinato, prevede che: l'interessato proponga una domanda all'Ente previdenziale o assistenziale al fine di vedersi riconosciuto il beneficio di legge. L'Ente valuta l'esistenza dei presupposti giuridici e medico-sanitari richiesti dalla legge per ottenere la invocata erogazione (ossia lo stato di salute al fine del riconoscimento dell'assegno di invalidità, della pensione di inabilità, dell'indennità di accompagnamento, etc). Per l'accertamento di questi ultimi, l'interessato viene sottoposto a visita medica da organi riconducibili all'Ente.

Ove la domanda non venga accolta l'interessato potrà proporre ricorso dinanzi all'Autorità Giudiziaria (giudice del lavoro) al fine di conseguire in via giudiziaria quanto non conseguito in via amministrativa, previo – ove previsto ex art. 443 c.p.c. – ricorso amministrativo (costituente presupposto di procedibilità del ricorso). Proposto il ricorso, il giudice del lavoro - tranne i casi, invero rari, in cui il ricorso sia privo dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione o della prova del requisito economico richiesto per beneficiare della prebenda - nella stragrande maggioranza dei casi dispone la C.T.U. al fine di accertare la sussistenza del requisito sanitario. Espletata la consulenza la causa viene decisa.

E' comune esperienza che la lite in questi casi si risolve sostanzialmente alla luce della consulenza e le sentenze – anche come dato statistico – si limitano a recepire le risultanze della consulenza con abusate formule di stile. La sentenza si riduce per lo più in un cd. “*stampone*” nel quale occorre inserire solo gli estremi del ricorrente e qualche altro dato formale. Aggiungasi che il costo della C.T.U. viene accollato all'Ente previdenziale.

Dalla fotografia dell'esistente consegue:

a) il fallimento sostanziale della fase amministrativa (e in sede di domanda del beneficio e in sede – ove presente – di ricorso amministrativo);

b) la indebita traslazione all'A.G.O. di un'attività sostanzialmente amministrativa (quale l'accertamento del requisito sanitario) sebbene con caratteristiche di imparzialità atteso che l'accertamento medico è affidato ad un consulente individuato dell'A.G.O. e non dalla P.A. tenuta ad erogare il beneficio. L'A.G.O. si è – nella sostanza – sostituita alla P.A. nell'accertamento del beneficio.

Tale situazione comporta gravi problemi:

a) dilatazione, per l'interessato, dei tempi per ottenere l'erogazione del beneficio;

b) costi complessivi onerosi in capo all'Ente previdenziale, dovendo sopportare le spese del giudizio e della C.T.U. anche nella fase amministrativa

c) abnorme aggravio del carico di lavoro dei giudici togati - come evi-

denziato sopra nel paragrafo 4 - a causa dell'inefficacia della fase amministrativa, che non assicura una reale e significativa funzione deflattiva.

Per deflazionare il carico di lavoro derivante dalle controversie previdenziali sarebbe auspicabile prevedere che nella fase amministrativa dinanzi al richiesto Ente previdenziale l'accertamento del cd. requisito sanitario venga attribuito ad un consulente designato dall'A.G.O. in sede di volontaria giurisdizione. La prospettata misura appare idonea ad operare una crasi tra il procedimento amministrativo (in cui il requisito sanitario viene accertato da un medico non imparziale in quanto individuato dall'Ente previdenziale) e il procedimento giurisdizionale (in cui il processo si esaurisce di fatto nello svolgimento e nel rinvio alle risultanze di un accertamento medico ad opera di un consulente designato dal giudice).

Nella delineata prospettiva nella fase amministrativa l'Ente erogatore accerta i requisiti legali per godere del beneficio all'esito di un istruttoria che, in ordine al requisito sanitario, recepisce le risultanze della consulenza affidata ad un esperto designato dall'A.G.O. Il medico scelto dall'A.G.O. è quindi in posizione di imparzialità e sarà così in grado di meglio dialogare con i consulenti di parte (del ricorrente e dell'Ente). Dovrà ovviamente istituirsi presso l'A.G.O. un albo di esperti ai quali attingere nella nomina dei C.T.U. in sede di volontaria giurisdizione prevedendo un vincolo di incompatibilità per gli stessi che non potranno assumere la qualità di consulenti di parte in procedimenti amministrativi e controversie in materia previdenziale e assistenziale.

È prevedibile che l'interessato, a fronte del mancato accoglimento della propria richiesta conseguenza del recepimento da parte dell'Ente delle risultanze istruttorie di un medico designato dall'A.G.O., difficilmente adirà la via giurisdizionale. Per ottenere l'effetto deterrente sperato la misura andrebbe inoltre coniugata con una meccanica applicazione del principio di soccombenza nel governo delle spese di lite.

Dovrebbe in tal modo ottenersi il drastico calo delle cd. controversie previdenziali e assistenziali in quanto i ricorsi giurisdizionali si circoscriverebbero alle ipotesi di eventuali errori valutativi oggettivi dell'accertamento effettuato dal consulente nominato dal Tribunale senza che sulla propensione al ricorso incida, come allo stato, l'intimo convincimento che l'accertamento sanitario sia stato pregiudizialmente inquinato dalla politica gestionale e dal bilancio dell'Ente tenuto all'erogazione.

8.3 Terzo Libro del c.p.c. (artt. 474-632)

• *Trust in sede esecutiva*

Il processo esecutivo, in epoca recente, ha avuto profonde modificazioni al fine di renderlo più funzionale e idoneo a soddisfare la parte creditrice in tempi ragionevoli. Una linea di tendenza che le evidenziate riforme hanno privilegiato è quella di delegare a professionisti varie fasi del processo esecutivo,

specie in ordine alla liquidazione dell'attivo (su tutti: art. 591 *bis* c.p.c. “*Delega delle operazioni di vendita*”).

Tale linea di tendenza sembra suscettibile di ulteriore potenziamento. Un utile strumento potrebbe essere l'utilizzo del *trust* – recepito nel nostro ordinamento giuridico in virtù della L. 16 ottobre 1989 n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985) – in fase esecutiva. Potrebbe essere prevista la facoltà per il giudice dell'esecuzione di attribuire i beni eseguiti in *trust* a professionisti al fine di accelerare i “tempi esecutivi” e conseguire una più remunerativa liquidazione dei beni per il maggior soddisfacimento dell'interesse dei creditori.

• ***Misure compulsive dirette a stimolare l'esecuzione spontanea delle sentenze di condanna***

Ulteriore misura per accrescere l'efficienza del processo esecutivo potrebbe essere quella del ricorso a misure compulsive, quali *astreintes* del diritto francese, al fine di stimolare il debitore ad adempiere senza la necessità di espletare l'intero procedimento esecutivo. Ad es., nell'ipotesi il debitore sia un imprenditore e non adempia i propri debiti, potrebbe prevedersi la misura compulsiva di inibirgli temporaneamente lo svolgimento dell'attività di impresa. Applicando cioè una sorta di sanzione afflittiva di natura amministrativa non pecuniaria.

Con la recente novella di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69 è stato introdotto l'art. 614 *bis* c.p.c. che, a presidio dell'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare, oggetto di un provvedimento di condanna, prevede la fissazione di somma di danaro (*astreintes*) “*dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*”.

La norma introdotta è però timida rispetto allo scopo in quanto esclude dalla sfera di azione degli obblighi di fare o di non fare tutte le controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c..

Se può condividersi l'esclusione dell'obbligo di fare del lavoratore – al fine del rispetto della libertà e dignità della persona – non altrettanto si giustifica l'esclusione dell'obbligo di fare del datore di lavoro. Inoltre, la norma non abbraccia anche l'attuazione degli obblighi di dare e di fare fungibile.

Andrebbero altresì indagati i margini di compatibilità e di adattabilità della misura compulsiva cd. “*contempt of court*” del *common law* al nostro ordinamento.

Nel sistema nordamericano una sanzione a disposizione del giudice “*per ottenere l'esecuzione della sentenza è di dichiarare che la parte che non ottempera sia contempt of court. L'espressione designa in termini generali il ri-*

fiuto di obbedire ad un ordine diretto di una corte. In conseguenza di tale rifiuto, il convenuto può subire una sanzione pecuniaria o detentiva... la sentenza di contempt civile condanna la parte responsabile alla detenzione oppure alternativamente alla detenzione ed una sanzione pecuniaria, fino a che la parte accetta di obbedire all'ordine della Corte. Lo scopo è di costringere la parte ad eseguire l'ordine... La premessa necessaria perché una parte possa essere responsabile di contempt civile... è che esista un ordine diretto che impone specificamente alla parte di fare o astenersi dal fare qualcosa... Per contro, le sentenze a contenuto pecuniario non sono una premessa sufficiente per il contempt of court... Questa limitazione all'area di applicazione del contempt si fonda sul principio stabilito da lungo tempo per cui il debitore non può essere imprigionato per l'incapacità di pagare i suoi debiti" (177).

• Abrogazione (o quantomeno riduzione) delle previsioni normative che sanciscono l'impignorabilità del denaro della P.A.

Altra misura opportuna può essere quella di eliminare (o almeno ridurre) le numerose fattispecie normative di impignorabilità del denaro della P. A.. Tali ipotesi "essentive" non si conciliano con la tendenziale parificazione dell'attività svolta dalla P.A. in regime di diritto privato rispetto all'attività dei privati cittadini.

Né, sul piano teorico, le ricorrenti necessità di bilancio e/o la giustificazione che tali norme tendono a garantire il corretto svolgimento della funzione pubblica appaiono poter legittimare la perpetuità di tale privilegio.

Impignorabilità sono previste, tra l'altro dalle seguenti norme:

a) art. 159 del D.Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000 che pone gravi limiti all'esecuzione forzata contro Enti locali;

b) art. 1 del D.L. n. 313 del 25 maggio 1994, conv. L. n. 460 del 22 luglio 1994, che prevede l'impignorabilità di varie contabilità speciali di organi dello Stato.

Tali ipotesi di impignorabilità, provocano una "situazione indecorosa" (178), e meritano di essere eliminate perché determinano una disegualianza tra i debitori; il titolo esecutivo va onorato, a maggior ragione in quanto vengono amministrate risorse della collettività, da un debitore pubblico. Le giuste ragioni di ordine contabile in capo all'Ente ben possono essere soddisfatte con il già esistente termine dilatorio *ex art. 14 D.L. 31 dicembre 1996 n. 669 conv. L. 28 febbraio 1997 n. 30* concesso alla P.A. per provvedere alla provvista delle risorse.

A quanto precede aggiungasi l'effetto *boomerang* per i conti dello Stato che consegue ai regimi di impignorabilità. Difatti, a fronte delle procedure

(177) Così G. C. HAZARD, M. TARUFFO, *op.cit.*, pp. 240-241.

(178) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, *cit.*, p. 82.

esecutive attivate dagli interessati, l'opponibilità *ex art.* 615 c.p.c dell'impignorabilità determina la proliferazione di controversie giudiziarie con aggravio del carico pendente degli uffici giudiziari per liti che non sarebbero mai nate in caso di tempestiva adempimento da parte della P.A. debitrice; il tutto con lievitazione dei costi del contenzioso per le parti (di volta in volta onerate dalle spese).

8.4. Libro IV del Codice di procedura civile (artt. 633-840 c.p.c.)

Una deflazione del contenzioso potrebbe conseguirsi anche ampliando la possibilità di utilizzo del procedimento per decreto ingiuntivo che, da un punto di vista quantitativo, è – all'attualità – il più importante dei procedimenti speciali (179).

E' al riguardo condivisibile la proposta (180) di estendere il procedimento monitorio ad altre categorie di crediti pecuniari. Si pensi ai crediti vantati da:

- a) lavoratori autonomi, sulla base di prezzari delle prestazioni pubblicamente consultabili;
- b) lavoratori subordinati, sulla base di un conteggio vistato dal sindacato.

8.5. Unificazione dei riti mediante la previsione di un modello standard

Si è già posto l'accento sulla circostanza che l'attuale ordinamento giuridico prevede, accanto al rito di cognizione ordinario e sommario, una molteplicità di riti speciali, disciplinati nel codice di procedura civile (ad es. il rito del lavoro e locatizio), nel codice civile e in varie leggi speciali. Oltre a riti sommariamente individuati nel precedente paragrafo 2 e contenuti in leggi speciali, vi sono gli ulteriori riti contenuti nel codice di procedura civile, tra cui, solo per citare i più rilevanti e più diffusi:

- a) il processo del lavoro e previdenziale (artt. 409 - 447 c.p.c.);
- b) il processo locatizio (art. 447 *bis* c.p.c.).

La *ratio* della creazione dei riti speciali è duplice: quella, in determinate materie e a fronte della lentezza del rito ordinario, di abbreviare i tempi di definizione del giudizio, e quella, in presenza di interessi superindividuali, di conferire incisivi poteri ufficiosi al giudice (ad es. processo di divorzio e di separazione personale dei coniugi).

Al fine di ridurre e semplificare i riti speciali la citata legge n. 69/2009, all'art. 54, ha delegato il Governo ad adottare, entro 2 anni, provvedimenti normativi rivolti ad inglobare i procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale in tre modelli:

(179) "Ogni anno si emanano in Italia molti più decreti ingiuntivi che sentenze nei processi ordinari (617.179 contro 350.936 nel 1992)", così S. CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, cit., p. 429.

(180) S. CHIARLONI, *op. ult. cit.*, p. 430.

- a) ordinario, davanti al Tribunale o al Giudice di Pace;
- b) rito del lavoro, al quale vanno ricondotti i procedimenti in cui sono prevalenti caratteri di concentrazione processuale ovvero di officiosità dell'istruzione;
- c) rito sommario di cognizione - esclusa la conversione del rito *ex art. 702 ter* comma terzo c.p.c. - al quale vanno ricondotti i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa.

Dalla analisi della delega si può evincere che la programmata semplificazione dei riti è di portata limitata (181). Restano, in prima battuta, esclusi dalla delega i riti differenziati disciplinati dal codice di rito e dal codice civile nonché i procedimenti di volontaria giurisdizione ed, infine, sono espressamente esclusi determinati procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale (tra gli altri: procedure concorsuali, di famiglia e minori). La legge delega individua, inoltre, quale modelli il rito ordinario, quello del lavoro e quello sommario di cognizione finendo, in concreto, per postulare la mera riduzione della pluralità dei riti esistenti.

Può ragionevolmente ritenersi che l'attuazione di tale limitata delega non arrecherà un contributo dirompente alla razionalizzazione dei riti speciali.

Parrebbe viceversa auspicabile proporsi il coraggioso obiettivo della "tendenziale" eliminazione dei riti speciali. Una pluralità di esigenze sembrano militare a favore del più radicale intervento semplificativo proposto:

a) nell'attuale momento storico vi è il principio della giusta durata del processo, il quale impone di prevedere che tutti i processi pervengano ad una rapida definizione. Non si giustifica, pertanto, che per alcuni processi vi sia una procedura differenziata che meglio contribuisca alla più celere definizione del giudizio (questa è la prima *ratio* evidenziata di previsione di riti speciali nella legislazione);

b) la necessità di attribuire poteri ufficiosi al giudice (la seconda *ratio* evidenziata di previsione di riti speciali nella legislazione ed a tal proposito sono emblematici i casi del rito lavoro e del processo divorzile) può essere realizzata con previsione normativa del tipo di potere attribuito al giudice nel corso del processo, senza necessità di ricorrere alla configurazione di un rito *ad hoc* (182);

(181) Circostanza evidenziata, tra gli altri, da G. BALENA, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69). La delega per la riduzione e semplificazione dei riti*, in *Foro It.* 2009, V, c. 352 e L. SALVANESCHI, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1564.

(182) Nel più volte citato progetto di riforma elaborato da PROTO PISANI *Per un nuovo codice di procedura civile*, - che dai punti 2.226 ai punti 2.268 contiene un articolato nel segno della unificazione dei riti - l'illustre Autore (c. 3) così precisa "Disciplinato il processo (ordinario) a cognizione piena, è

c) l'unificazione dei riti è opportuna in quanto ad un modello *standard* consegue l'instaurazione di prassi consolidate alle quali le parti possono fare affidamento con velocizzazione dei tempi del processo;

d) se è indiscutibile che la previsione di riti differenziati non è in quanto tale incostituzionale essendo riconosciuta al legislatore la potestà di predisporre apposite e differenziate discipline (sempre che siffatta differenziazione sia ragionevole (183)), tuttavia non è dubitabile che la molteplicità dei riti (talora con significative divaricazioni di disciplina) non agevola il funzionamento della macchina giudiziaria.

Per il primo grado di giudizio si propone, con carattere di estrema sintesi, l'adozione dei seguenti modelli:

a) Giudice di pace. Il procedimento dinanzi allo stesso è quello delineato nel titolo II del libro II del c.p.c. artt. 311-321 (“*Del procedimento davanti al Giudice di pace*”).

b) Tribunale ordinario di primo grado. Il procedimento dinanzi allo stesso è quello delineato nel titolo I del libro II del c.p.c. artt. 163-310 (“*Del procedimento davanti al Tribunale*”). Tale rito, integrato da disposizioni che tengano conto delle peculiarità della materia, andrà assunto anche per le sezioni speciali create nell'ambito del giudice ordinario.

Tenendo conto poi della tipologia delle liti, sarà opportuno prevedere la modifica dell'attuale disciplina codicistica secondo le direttive già illustrate nei precedenti punti da 8.1 a 8.4.

8.6. Conseguenza di quanto detto sopra in ordine all'unificazione dei riti è, quindi, l'abrogazione degli artt. 409-447 bis c.p.c. sul cd. rito del lavoro e rito locatizio

Devono ritenersi venute meno le ragioni che storicamente hanno determinato la previsione del cd. rito del lavoro, differenziato rispetto a quello ordinario, e individuabili nella:

a) Rapidità del procedimento determinata dalla circostanza che a giudicare vi è un giudice monocratico, dalla previsione di rigide preclusioni in capo alle parti nonché dalla circostanza che la sentenza è esecutiva *ex lege*. Orbene a partire dall'anno 1998 la regola per l'intero processo ordinario è che il giudice - di regola - è monocratico. Inoltre a partire dall'anno 2005 il regime delle preclusioni del processo ordinario è stato sensibilmente adeguato al modello

stato agevole sopprimere tutti i riti speciali a cognizione piena oggi esistenti ed introdurre soltanto, ove effettivamente necessario, norme processuali speciali riguardo ai processi dinanzi al giudice di pace, alle controversie di lavoro e previdenza, alle controversie di locazione, alle opposizioni avverso ordinanze irrogatrici di sanzioni amministrative, alle controversie relative alla potestà parentale e al suo esercizio, ecc.”.

(183) Sul punto L. P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 1526.

del processo del lavoro. Infine a partire dal 1990 anche per il processo ordinario è stato generalizzato il principio della esecutività *ex lege* delle sentenze. In ordine, poi, alla rapidità del processo del lavoro si è evidenziato che “*in effetti il bilancio, dopo vent'anni di applicazione del nuovo rito, è tutt'altro che positivo. È ormai ricorrente la diagnosi del fallimento totale del processo del lavoro*”(184);

b) peculiarità di disciplina divergente da quella ordinaria, quale la pronuncia sugli accessori *ex art. 429*, ultimo comma, c.p.c. Ove, in sede di riforma del codice, si intenda mantenere tale peculiare disciplina, la stessa potrà essere contenuta nel diritto sostanziale (ad esempio, emendando e integrando il codice civile), senza la necessità della previsione di un rito speciale. Egualmente la previsione della necessità del tentativo obbligatorio di conciliazione potrebbe essere contenuta in norme sostanziali, come avviene attualmente per il cd. pubblico impiego privatizzato.

Sul punto un autorevole autore (185) evidenzia: “*Ciò su cui dovrebbe riflettersi, semmai, è la sopravvivenza della dicotomia rito ordinario-rito del lavoro, dopo che la distanza tra i due modelli processuali – profonda ed evidentissima nel 1973 – si è andata drasticamente attenuando alla luce della più recente evoluzione normativa del processo ordinario; così come è andata parallelamente sfumando, del resto, l'iniziale illusione circa le capacità intrinsecamente 'acceleratorie' del processo del lavoro. I tempi dovrebbero essere ormai maturi, insomma, per superare ogni pregiudizio 'ideologico' e chiedersi serenamente ad es., se il sistema del ricorso sia davvero preferibile a quello della citazione, quando l'esperienza ha dimostrato ch'esso consente al giudice di fissare la prima udienza della causa (e dunque di far cominciare, di fatto, il processo) finanche a qualche anno di distanza dalla proposizione della domanda; se davvero sia logico precludere all'attore – lavoratore il diritto di adattare le proprie richieste e produzioni istruttorie al contenuto dell'avversa memoria difensiva, per poter concretamente sfruttare i fatti in essa non contestati dal convenuto; se il paternalismo sotteso alle disposizioni che attribuiscono al giudice ampi poteri istruttori ufficiosi – nella realtà utilizzati in ipotesi del tutto eccezionali, e dunque per ciò stesso particolarmente invisibili ai litiganti – meriti o no di prevalere rispetto al principio di legalità cui è invece ispirato l'art. 2697 c.c.*

All'esito di una siffatta disamina ci si potrebbe accorgere, se non erro, che questi due modelli processuali ben si prestano, oggi, ad essere ricondotti ad unità; preferendo, beninteso, il rito ordinario, che a me sembra complessivamente più razionale ed eventualmente conservando per le cause di lavoro

(184) Così S. PELLEGRINI, *La litigiosità in Italia*, cit., p. 204.

(185) G. BALENA, *Le novità per il processo civile* (l. 18 giugno 2009 n. 69). *La delega per la riforma e semplificazione dei riti*, in *Foro It.* 2009, V, cc. 353-354.

le sole peculiarità normative che dovessero ritenersi davvero utili ed irrinunciabili”.

9. Conclusioni

Il quadro complessivo illustrato rivela che, al di là di lodevoli eccezioni di magistrati e/o uffici giudiziari virtuosi, il funzionamento della giustizia civile in Italia è, nonostante il progresso tecnico e l’informatizzazione degli uffici, ancora ben lungi dal raggiungere uno stato di ragionevole efficienza.

E’ tuttora ricorrente esperienza verificare che - presso taluni uffici giudiziari - l’udienza di comparizione nei giudizi di impugnazione con rito lavoro viene fissata a distanza di quattro anni dalla data del deposito del ricorso in appello. E’ intuitivo l’effetto frustrante e la disaffezione verso lo Stato che tale situazione provoca per le parti litiganti e, più in generale, per i cittadini.

Le soluzioni sopra delineate vogliono costituire modesto contributo per una più ampia riflessione sul processo civile e, in tale, chiave, spunto di dibattito non solo sulla bontà di singole misure organizzative e scelte processuali (e/o istituzionali) proposte ma sulla necessità che qualsiasi intervento normativo tenga conto sinergicamente e contemporaneamente di tutti i profili organizzativi, ordinamentali e di bilancio che rendono un processo costituzionalmente ragionevole. Nella riferita prospettiva vanno privilegiate scelte che, anche arditamente (o addirittura a costo di sembrar provocatorie), siano disposte a sacrificare alla funzionalità del processo opzioni ricostruttive o istituzionali pur se consolidate.

Nota degli Autori:

Nell’assemblare i dati statistici potremmo aver commesso degli errori di trascrizione e/o di calcolo e ce ne scusiamo sin d’ora. Ringraziamo la dott.ssa Tiziana Cattedra per il prezioso ausilio nelle ricerche dottrinali.

La possibile deflazione delle controversie amministrative

*Transazione e altri mezzi di prevenzione e/o risoluzione.
Premesse ad uno studio sull'arbitrato nel diritto amministrativo*

*Jacopo Polinari**

SOMMARIO: 1.- Premessa 2.- Individuazione delle "controversie amministrative" 3.- La transazione 4.- La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti 5.- La disponibilità dell'interesse legittimo 6.- La transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico 7.- La conciliazione 8.- La conciliazione e la pubblica amministrazione 9.- L'arbitraggio 10.- La perizia arbitrale.

1. Premessa

Il fenomeno dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie viene tradizionalmente ricollegato all'esigenza di decongestionare i tribunali al fine di porre rimedio al «peccato originale» della irragionevole durata dei processi e del deficit di effettività della tutela che questa situazione porta in dote. Un sistema che preveda l'utilizzo di strumenti che consentano alle parti di addivenire ad una rapida ed economica definizione dei conflitti, vuoi prevenendone l'insorgere, vuoi componendoli quando siano già scoppiati, è sembrato a numerose voci in dottrina (1) il metodo migliore per contrastare la lentezza dei processi e recuperare effettività alla tutela (non) giurisdizionale dei diritti.

Si è peraltro osservato che paradossalmente, sarebbe proprio l'efficienza del sistema giurisdizionale a costituire il maggior incentivo alla utilizzazione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie (2). Se infatti la parte che ritiene di avere torto non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, perché sa che l'inefficienza della macchina giudiziaria gli consentirà di vedere posticipato di diversi anni il momento della condanna, non sarà per nulla attratta da strumenti rapidi ed efficienti di soluzione delle controversie, né sarà indotta ad aderire ai tentativi di conciliazione pre-processuali (3).

(*) Avvocato e dottore di ricerca.

(1) COMOGLIO L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; TARUFFO M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.; PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 598 s.; BENVENUTI F., *L'arbitrato tra Stato e società*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1991, 22.

(2) Così COSTANTINO G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 77 ss., spec. 86.

(3) Cfr. sempre COSTANTINO G., *op. loc. ult. cit.*

L'importanza degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, da un altro punto di vista, viene anche colta nella logica di «sussidiarietà» della giurisdizione, secondo la quale l'intervento autoritativo del giudice deve essere visto come «l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo» (4).

Sotto una prospettiva completamente diversa, anche se sempre connessa con il principio di effettività della tutela, il fenomeno può anche essere ricondotto alle esigenze che sorgono con riferimento a controversie dal forte carattere tecnico, o afferenti a settori estremamente particolari dell'economia, rispetto alle quali la giurisdizione sovente non è in grado di offrire una risposta adeguata né effettiva (5). La figura del giudice generalista, infatti, entra in crisi davanti a controversie ad alto contenuto tecnico e/o scientifico, che richiedono sempre di più una dose elevata di competenza tecnica (quando non anche di specifica competenza giuridica) che spesso difettano nel giudice o nella persona che è chiamata a dare il suo contributo nel superamento della controversia (6).

La istituzione, presso i tribunali e le corti d'appello, di sezioni specializzate che vedono l'organo giudicante integrato da tecnici estranei alla magistratura, come le sezioni specializzate agrarie e quelle in materia di proprietà industriale, costituisce certamente una validissima risposta alle esigenze di tecnicità che il mercato richiede in chi giudica (7), ma si tratta di un rimedio

(4) Così LUISSO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201, spec. 1205: prosegue l'Autore «ebbene, in questa ottica la priorità della giurisdizione costituisce un antico retaggio, che oggi mal si concilia con una realtà che si fonda essenzialmente sul principio di sussidiarietà, in base al quale l'intervento autoritativo giurisdizionale – che resta pur sempre possibile e costituzionalmente dovuto – deve essere considerato come l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo.

Un più corretto ed attuale approccio al tema della tutela dei diritti, infatti, richiede che, al sorgere del bisogno di tutela: *a)* le parti cerchino di risolvere da sole la controversia, attraverso gli strumenti negoziali che l'ordinamento pone loro a disposizione; *b)* se non vi riescono, che tentino sempre la risoluzione negoziale mediante l'intervento di un terzo, che funga da catalizzatore di una reazione chimica che non si è spontaneamente verificata. Se gli strumenti consensuali non funzionano, allora è necessario ricorrere a quelli "aggiudicativi": *c)* all'arbitrato anzitutto; *d)* ed infine, ma solo infine, se le parti non riescono neppure a raggiungere quell'accordo strumentale che è il patto compromissorio, vi è, garantita costituzionalmente, la giurisdizione statale.

Dunque, la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte (anche se, di riflesso, ogni conciliazione significa una controversia giurisdizionale in meno). Al contrario, conciliazione e arbitrato sono essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un "servizio" di buon livello: per la stessa logica, in virtù della quale l'intervento pubblico è opportuno solo ove si renda necessario».

(5) Si esprime così BENVENUTI F., *op. cit.*, 23, 27 ss., nonché TARUFFO M., *op. loc. ult. cit.*; PICARDI N., *op. cit.*, 590.

(6) TARUFFO M., *op. cit.*, 788.

(7) TARUFFO M., *op. loc. ult. cit.*

che pecca di flessibilità, e certamente non è idoneo a far fronte ad esigenze estemporanee del mercato. Lo stesso dicasi per i processi a rito speciale disegnati in base alle particolarità del rapporto sostanziale controverso, come il rito del lavoro o il rito di cui all'art. 23 *bis* della l. 1034/71.

Inoltre non si può certamente pensare che, fermo restando il diritto di tutti ad una tutela effettiva, l'organizzazione complessiva della giustizia si prenda carico delle particolarità di controversie relative a settori di impatto tutto sommato modesto.

Ecco allora che in dottrina si è iniziato a parlare di *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mutuata dal mondo anglosassone (8), vale a dire strumenti alternativi per la risoluzione o prevenzione delle controversie, ritenuti generalmente più adeguati dei canali tradizionali, perché consentirebbero di pervenire ad una soluzione di giustizia della questione in tempi più rapidi ma soprattutto maggiormente confacenti alle caratteristiche dell'oggetto controverso (9).

Tuttavia, pur non volendo aderire a posizioni estremistiche (10), è comunque opportuno ricondurre il fenomeno alla sua giusta misura, osservando che da un lato le ADR, anche nell'ordinamento di origine, non hanno dimostrato di essere effettivamente la vera panacea dei mali della giustizia togata ed attraversano anzi una parabola discendente, e dall'altro che si tratta, generalmente, di variazioni rispetto a modelli di strumenti non sconosciuti (o addirittura connaturali) al nostro ordinamento, come la conciliazione, l'arbitraggio, la perizia arbitrale, e addirittura l'arbitrato, o taluni strumenti di deflazione processuali.

In altre parole, se di ADR si vuole parlare, si deve tenere presente che non si tratta di un concetto a sé stante, di un modello «nuovo» di prevenzione o soluzione delle controversie, ma di un concetto riassuntivo nel quale ricadono strumenti ben riconducibili al nostro ordinamento, che non hanno affatto il sapore «esotico» che parte della dottrina gli riconosce (11). Anzi, la stessa

(8) Ovvero, nelle aree di influenza francese, *Modes alternatifs de règlement des conflits* (MARC).

(9) La dottrina in tema di ADR è ormai vastissima. Senza pretesa di completezza si vedano CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.; CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2000, 1 ss.; COMOGLIO L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; DANOVÌ R., *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 326 ss.; DE FELICE S., *Le A.D.R. (alternative disputes resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004; NAZZINI R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss.; PUNZI C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385 ss.; SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.; TARUFFO M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.

(10) Quale è quella che vede nelle ADR una «moda» per tutto ciò che è nuovo e americano, come l'importazione della Coca Cola e dei Blu Jeans... SILVESTRI E., *op. loc. ult. cit.*

categoria delle ADR altro non sarebbe, ad un'osservazione con occhi disincantati, che la categoria dei cd. «equivalenti giurisdizionali» (12) – nella quale Carnelutti (13) faceva confluire rinuncia, riconoscimento, conciliazione e transazione, espungendo in un primo momento l'arbitrato, dal momento che «con l'arbitrato siamo ormai sul terreno del processo» – o se si vuole i «negozi di prevenzione o composizione delle controversie giuridiche» descritti da Montesano (14).

Ciò è tanto vero che, di fatto, le questioni che maggiormente hanno interessato la dottrina non riguardano tanto l'in sé delle ADR, ma piuttosto la loro definizione (15), le loro potenzialità applicative e la possibilità di una loro importazione nel nostro ordinamento, mentre al momento di individuare la disciplina applicabile ci si rifà agli istituti consueti.

Ciò è ancora più evidente quando si fa riferimento ai mezzi alternativi per la soluzione e/o prevenzione delle controversie con la pubblica amministrazione. Al di là della transazione e dell'arbitrato – strumenti già di per sé oggetto di una disciplina piuttosto analitica, soprattutto nel settore dei contratti pubblici – il legislatore ha previsto e prevede diversi strumenti volti a definire o prevenire situazioni di contenzioso con i privati o con altre amministrazioni, che la dottrina tende a ricondurre nell'incerta categoria delle ADR. In realtà, se si conduce un'indagine con occhi disincantati, ci si avvede che si tratta sempre di strumenti pienamente riconducibili – sul piano sistematico – vuoi allo schema conciliativo, vuoi all'arbitrato, vuoi ancora all'arbitraggio o alla perizia contrattuale.

Col presente contributo si intende fornire una panoramica dei mezzi di risoluzione delle controversie amministrative alternativi alla giurisdizione e all'arbitrato, in modo da verificarne le potenzialità applicative e comprenderne la corretta collocazione sistematica.

(11) Ecco perché non sembrano giustificate le remore (pur comprensibili) di parte della dottrina secondo cui la «moda» delle ADR dovrebbe confrontarsi con la specificità degli ordinamenti di *common law* di provenienza nonché con l'osservazione che detti strumenti, in particolare in nord America, si sarebbero dimostrati inefficienti, tanto che la «saga americana delle alternative al processo» sarebbe nella sua parabola discendente (SILVESTRI E., *Op. loc. ult. cit.*): strumenti analoghi a quelli americani sono già ben conosciuti nel nostro ordinamento.

(12) PUNZI C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, cit., 386; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, vol. I, 33 ss.

(13) CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma 1956, vol. I, 60.

(14) MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994, 41.

(15) Si occupa con dovizia di particolari di trovare una condivisa definizione di ADR NAZZINI R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss., spec. 847 ss.

2 Individuazione delle «controversie amministrative»

Prima di procedere alla disamina delle questioni appena accennate, è opportuno chiarire cosa possa intendersi per «controversie amministrative», intendendosi per tali quelle controversie in cui la natura della pubblica amministrazione – o meglio la rilevanza del pubblico potere – possono influire sulla disciplina dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, diminuendo la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, ovvero incidendo sulle regole procedimentali o processuali. Ci si deve preoccupare, infatti, di perseguire un disegno sistematico delle possibilità che nel diritto amministrativo hanno gli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, ciò che si può fare solamente collocando, appunto in maniera sistematica, le diverse ipotesi di liti che vedono come parte la pubblica amministrazione, al fine di evitare di incorrere nell'errore di accomunare casi e questioni diverse, ovvero al contrario di non riconoscere tratti comuni in casi simili.

Secondo la definizione tradizionale, sarebbero controversie amministrative quelle nelle quali almeno una delle parti sia un soggetto pubblico o una pubblica amministrazione (16). Detto criterio «soggettivo» non pare tuttavia dirimente. In senso lato, infatti, che la pubblica amministrazione sia semplicemente parte in una controversia non crea di per sé questioni particolari, se non l'applicazione delle disposizioni riguardanti la rappresentanza in giudizio e il foro competente (17). Inoltre una definizione meramente soggettiva lascia fuori dal novero delle controversie amministrative tutte quelle liti tra privati in cui rilevi un provvedimento amministrativo o la spendita di un pubblico potere, nonché quelle controversie in cui un soggetto privato è chiamato ad applicare disposizioni di diritto pubblico (18).

Ebbene, in primo luogo non sono controversie amministrative propriamente dette quelle in cui la pubblica amministrazione non è distinguibile sul piano dell'agire sostanziale da un soggetto di diritto privato.

Da un punto di vista estremamente ampio, la pubblica amministrazione (*rectius* le singole pubbliche amministrazioni) è infatti una persona giuridica di diritto pubblico (art. 11 c.c.) che, al di fuori dei suoi scopi e delle sue funzioni istituzionali previsti per legge, agisce, ma prima di tutto «è», in un contesto regolato dal diritto privato.

Ad esempio la pubblica amministrazione è proprietaria di beni mobili

(16) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 1 e 31, che riprende la definizione di LA TORRE M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 327.

(17) Si veda sull'argomento AMORTH G., TOMASICCHIO T., *Il giudizio civile con lo stato*, Padova 1963, *passim*.

(18) GASPARINI CASARI V., in AA.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., 1010.

(anche animali) e immobili; detti beni possono a loro volta essere soggetti a particolari regimi a seconda della loro natura di bene demaniale, bene rientrante nel patrimonio indisponibile o disponibile dello Stato, di enti pubblici o di enti locali, regimi che ne limitano la disponibilità e/o li vincolano al perseguimento dell'interesse pubblico. In ogni modo però il regime giuridico cui detti beni sono sottoposti non muta la disciplina della responsabilità del proprietario o del custode ai sensi degli artt. 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c. Ed allora qualora un cittadino lamenti nei confronti di una pubblica amministrazione di avere subito un danno a causa del dissesto di una strada o di un marciapiede, la relativa lite non sarà soggetta a regole diverse da quelle ordinarie, salvo, in caso di amministrazione statale, il rispetto delle regole circa la rappresentanza in giudizio e il foro erariale (19).

E ciò vale per la stessa pubblica amministrazione che potrà esperire verso i privati (o altre pubbliche amministrazioni) tutte le azioni a difesa della proprietà che spettano al privato, oltre ai rimedi in via amministrativa (art. 823 c.c.).

Ancora, la pubblica amministrazione può disporre degli immobili di cui è proprietaria e che non siano connessi all'espletamento di fini istituzionali o non siano altrimenti vincolati, decidendo di venderli a terzi ovvero di concederli in locazione allo scopo di trarne profitto nell'ambito della sua capacità eminentemente privatistica (20).

Quando la pubblica amministrazione esercita «attività pericolose» è soggetta, come ogni altra persona fisica o giuridica, al regime di presunzione di colpevolezza dell'art. 2050 c.c. (21), salvo che le attività fossero «svolte per soddisfare imprescindibili esigenze della collettività, nelle quali si identificano le sue stesse finalità istituzionali», nel qual caso non opera la presunzione di

(19) In tal senso vedi, da ultimo, Cass. 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.* 2008, I, 2823, con nota di PALMIERI A., *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*; Id., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, in *Corriere giur.* 2007, 41 ss., con nota di DE LUCA A.M., *I «comportamenti» non sorretti da alcun potere. Ancora dubbi sulla giurisdizione*, secondo la quale la domanda di risarcimento danni dovuto a dissesto del suolo pubblico (nella specie l'incuria dell'amministrazione aveva favorito uno smottamento che aveva seriamente danneggiato un edificio del ricorrente) deve essere proposta davanti al giudice ordinario giacché «la domanda non investe scelte o atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al principio del *neminem laedere*». Nello stesso senso v. anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2005, n. 599; Id., 18 ottobre 2005, n. 20117; Id., 21 ottobre 2005, n. 20346; Id., 28 novembre 2005, n. 25035.

(20) V. DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007, 204 s. In tal senso anche Cons. Stato, 1 ottobre 2002 n. 5121, in *Foro amm.* CDS 2002, 2403, che precisa che l'amministrazione, nell'ambito di un'attività meramente privatistica che pure deve riconoscersi legittimamente attribuibile ed esercitabile, può svolgere liberamente la propria attività negoziale senza dover applicare quelle metodologie procedurali che la legge impone nell'ambito delle attività pubblicistiche-istituzionali, avendo come soli limiti (derivatigli dalla sua natura pubblica) di cedere il bene alle migliori condizioni di mercato, tenendo conto del valore dello stesso secondo le stime dei propri organi tecnici.

(21) Cass. 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Foro it.* 1984, I, 1280 ss.

colpa di cui alla norma citata (22). Ma nel caso in cui l'amministrazione eserciti un'attività pericolosa al di fuori dei suoi fini istituzionali, allora risorgono i principi di cui all'art. 2050 c.c. e le eventuali controversie non si differenzieranno in nulla da quelle tra privati.

In questi casi la pubblica amministrazione non esercita i poteri che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, ma sconta la propria responsabilità per essere e agire nell'ambito della vita di relazione alla stregua di ogni altro soggetto, che sia persona fisica o ente; e quindi se il suo «essere» e la sua attività non si differenziano da quelli di ogni altro soggetto le relative controversie non seguiranno regole diverse da quelle che coinvolgono privati (23).

Detti principi altro non sono che il risvolto sostanziale di quelli enunciati dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte nel corso degli ultimi anni in tema di riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa, che hanno scardinato il sistema del riparto fondato su «blocchi di materie», da poco inaugurato, ed hanno aperto la via ad una assimilazione «di fatto» delle questioni di giurisdizione alle questioni competenza (24). Lo snodo centrale attorno al

(22) Cass. 30 novembre 2006, n. 25479, in *Danno e resp.* 2007, 679 ss.

(23) Nello stesso senso GASPARINI CASARI V., *op. loc. ult. cit.*; CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 312, secondo il quale «... ove le amministrazioni pubbliche sono sottoposte al diritto comune, non vi sarà neppure spazio per un vero e proprio arbitrato amministrativo, applicandosi alla pubblica amministrazione (...) l'istituto arbitrale di diritto comune...»; AMORTH G., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2163 s.; COCA F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 103.

(24) È difficile sintetizzare in poche battute un *revriment* giurisprudenziale che da un lato ha scardinato il sistema del riparto di giurisdizione basato sui cd. «blocchi di materie» inaugurato dal legislatore verso la fine degli anni novanta, e dall'altro ha dato la stura ad un ripensamento generale non solo sul riparto di giurisdizione, ma addirittura sui rapporti tra giudici appartenenti a diversi ordini, che sempre più viene ad assomigliare ad un rapporto di competenza, tanto da far sorgere il dubbio «se ha più senso l'esistenza di un giudice diverso per sindacare l'attività dell'amministrazione» e «se non sia più corretto ipotizzare un giudice specializzato "dell'amministrazione"» (VERDE G., *È ancora in vita l'art. 103, primo comma, Cost.?*, cit.).

Con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 (in *Foro it.* 2004, I, 2594, con note di BENINI S., TRAVI A., FRACCHIA F.; in *Corriere giur.* 2004, 1167 ss.; in *Nuove autonomie* 2004, 545 ss., con nota di TERESI F.; in *Urb. e app.* 2004, 1031, con nota di CONTI R.; in *Riv. giur. edilizia* 2004, I, 1211, con nota di SANDULLI A.M.; in *Dir. proc. amm.* 2004, 799, con note di CERULLI IRELLI V. e VILLATA R.; in *Giust. civ.* 2004, I, 2207, con note di SANDULLI A.M. e DELLE DONNE C.; in *Giur. it.* 2004, 2255) la Corte Costituzionale ha ritenuto non conforme all'art. 103 Cost. l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di controversie «per blocchi di materie», senza che si faccia questione dell'esercizio del pubblico potere, non bastando a tal fine che la lite sia pervasa di pubblico interesse (nella specie è stato dichiarato incostituzionale l'art. 33, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205): perché l'art. 103 Cost. non sia violato il legislatore può «indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi», e rimetterle alla giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio ai principi di concentrazione e di effettività della tutela (si badi peraltro che il pregnante significato della congiunzione «anche» nell'art. 103 Cost., venne già messo chiaramente in risalto da LUIGI MONTESANO in *Magistrate - ordinarie e speciali - e*

arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione, in *Riv. dir. proc.* 1996, 646). Con la successiva sentenza 11 maggio 2006, n. 191 (in *Foro it.* 2006, I, 1625, con note di TRAVI A. e DE MARZO G.; in *Corriere giur.* 2006, 922, con nota di DI MAJO A.; in *Danno e resp.* 2006, 965, con nota di FABBRIZZI G.; in *Giust. civ.* 2006, I, 1107; in *Giur. it.* 2006, 1729; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 465; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di FERRERO G. e RISSO F.; in *Nuova rass.* 2006, 2549; in *Dir. proc. amm.* 2006, 1005, con note di MALINCONICO S. e ALLENA M.) la Corte delle leggi ha specificato che il legislatore non può attribuire al giudice amministrativo le controversie che afferiscono a «comportamenti» dell'amministrazione nemmeno «mediatamente» riconducibili al potere pubblico, quali i comportamenti posti in essere «in via di fatto» o in assoluta «carenza di potere».

Sempre nel 2006 la Corte di Cassazione con tre ordinanze gemelle (i riferimenti riguardano Cass., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, in *Corriere giur.* 2006, 1073 ss.; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di FERRERO G. e RISSO F.; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 880, con note di SANDULLI A.M. e MARI G.) ha sviluppato quanto affermato dal giudice delle leggi precisando che l'azione di risarcimento del danno, quando collegata all'esercizio di un potere amministrativo appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo e si configura come una forma di tutela dell'interesse legittimo ulteriore e non necessariamente collegata pregiudizialmente alla tutela annullatoria del provvedimento. In altre parole il risarcimento del danno non sarebbe una posizione giuridica autonoma derivante dalla lesione dell'interesse legittimo ma sarebbe una forma di tutela di quello, e potrebbe essere domandata al giudice amministrativo a prescindere dalla richiesta di annullamento del provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto dalla costante giurisprudenza amministrativa.

Contro questa posizione della Suprema Corte, in aperto conflitto istituzionale, si è schierata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 ottobre 2007, n. 12 (in *Foro it.* 2008, III, 1, con nota di TRAVI A.; in *Corriere giur.* 2008, 253, con note di DI MAJO A., PELLEGRINO G.; in *Giur. it.* 2008, 487; in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2008, 97; in *Urb. e app.* 2008, 339, con nota di GALLO C.E.; in *Foro amm. CDS* 2007, 2756; in *Riv. corte conti* 2007, fasc. 5, 265) che ha invece ribadito il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria. Peraltro la Corte di Cassazione, forse prevedendo la reazione non favorevole dei giudici di Palazzo Spada nei confronti della caduta della cd. «pregiudiziale amministrativa», nelle tre ordinanze sopra citate si era premurata di precisare che eventuali provvedimenti del G.A. che avessero dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno sul presupposto della mancata previa impugnazione del provvedimento amministrativo avrebbero potuto essere impugnati davanti le stesse Sezioni Unite motivi attinenti alla giurisdizione.

Ma l'eco della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale avrebbe condotto anche la Suprema Corte ad affermare il principio della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali (e viceversa) con la sentenza a Sezioni Unite del 22 febbraio 2007, n. 4109 (in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di ORIANI R.; in *Urb. e app.* 2007, 817, con nota di SIGISMONDI G.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 533; in *Dir. proc. amm.* 2007, 796, con nota di SIGISMONDI G.; *Giur. it.* 2007, 2253; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di ACONE M.; in *Giurisdiz. amm.* 2007, III, 139). Decisione questa in seguito contestata espressamente da un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale che, nel non ravvisare nell'ordinamento norme che consentano la *translatio iudicii* tra giudici appartenenti ad ordini diversi, ha tuttavia cassato l'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, contribuendo all'avvicinamento, ormai inesorabile, tra la disciplina delle questioni di giurisdizione a quella delle questioni di competenza (Corte cost. 17 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di ORIANI R.; in *Urb. e app.* 2007, 814, con nota di SIGISMONDI G.; in *Foro amm. CDS* 2007, 753 ss.; in *Giust. civ.* 2007, I, 553 ss.; in *Giornale dir. amm.* 2007, 958, con nota di PAJNO A.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 487, con nota di SANDULLI A.M.; in *Dir. proc. amm.* 2007, 796, con nota di SIGISMONDI G.; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di ACONE M.).

Sempre nel solco di un avvicinamento tra le giurisdizioni amministrativa e ordinaria si pone poi Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, cit., laddove afferma che, sempre e comunque nel rispetto dei principi esplicitati dalle sentt. 204/2004 e 191/2006, nessuna disposizione o principio impone al legislatore di riservare al giudice ordinario la tutela dei cd. «diritti fondamentali», che pertanto ben possono essere rimessi alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Un ulteriore passo verso l'avvicinamento delle questioni di giurisdizione alle questioni di competenza

quale ruota il *revriment* giurisprudenziale iniziato nel 2004 – culminato nell'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69, che disciplina la cd. *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo e viceversa – è costituito, se si affronta la questione dal lato della giurisdizione, dal «potere amministrativo»: la Corte Costituzionale ha affermato che, in ossequio all'art. 103 Cost., non ogni materia può essere ricompresa nella giurisdizione amministrativa, ma soltanto quelle materie che siano almeno «mediatamente» toccate dall'esercizio del «potere amministrativo».

Quando cioè la pubblica amministrazione agisce al di fuori degli scopi che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico,

è rappresentato dal pronunciamento delle Sezioni Unite del 9 ottobre 2008, n. 24883 (al momento inedita) con la quale la Suprema Corte, promovendo un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c. alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo (asse portante della nuova lettura della norma), ha statuito che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti in primo grado (e solo in primo grado) anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c., e la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione, a prescindere che le parti abbiano o meno sollevato la relativa eccezione; viceversa le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione, e il giudice può sollevare d'ufficio la questione, soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità.

Infine, con la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, ancora inedita, le Sezioni Unite della Suprema Corte, dopo aver ribadito che – similmente alle norme sulla competenza – gli artt. 24 e 111 Cost. impongono la previsione di congegni che consentano alla parte di riparare l'errore compiuto nella scelta del giudice e di superare l'errore di questi nel denegare la giurisdizione, riaffermano – facendo uso del potere che si era riservato di conoscere dei casi in cui il giudice amministrativo avesse rifiutato la tutela risarcitoria per la mancata previa impugnazione del provvedimento illegittimo – che «proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Le Sezioni Unite, nel dare continuità all'indirizzo inaugurato nel 2006 (dalle ordinanze n. 13659, 13660 e 13911), danno conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, dovuta a molteplici fattori (il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; l'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva, ecc.), e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alla S.C., tradizionalmente inteso a livello di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo. Infatti, giurisdizione, nella Costituzione (artt. 24, 111 e 113), è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e, dunque, in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. È norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale (ripartito tra i diversi ordini di giudici a seconda del tipo di situazioni soggettive e di settori di materie), ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, rimesso alle S.U., l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente, e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale» (massima uff.).

l'art. 103 Cost. impedisce che eventuali controversie siano attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo (25). Quando cioè oggetto della controversia sono meri «comportamenti» non distinguibili da quelli di qualunque altro soggetto privato e non rileva l'esercizio del pubblico potere attribuito in virtù di legge, la giurisdizione su eventuali controversie con l'amministrazione appartiene al giudice ordinario (26), né il legislatore potrebbe attribuirlo al giudice amministrativo senza violare l'art. 103 Cost. (27).

Ciò significa, invertendo i termini della questione e privilegiando il punto d'osservazione del diritto sostanziale, che quando la pubblica amministrazione non agisce esercitando i pubblici poteri nel perseguimento dell'interesse pubblico, la sua attività e le sue relazioni con gli altri soggetti dell'ordinamento sono regolate dal diritto privato (28), le situazioni giuridiche sottostanti sono di diritto soggettivo pieno; mancando il pubblico potere nemmeno sono ipotizzabili in astratto posizioni di interesse legittimo capaci di giustificare la giurisdizione amministrativa.

Ecco allora che eventuali controversie che potrebbero scaturire dell'essere o dall'agire della pubblica amministrazione come un soggetto privato, al di fuori delle sue incombenze istituzionali, rientrano *tout court* nel diritto privato. Da questa assimilazione non può che discendere che dette controversie sono liberamente arbitrabili e transigibili come lo sono quelle tra privati, ferme restando tuttavia le disposizioni inerenti la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

Discorso analogo, in linea con quanto appena riferito, va fatto anche per le controversie riguardanti i danni subiti dal privato per causa di un'attività «reale» dell'amministrazione, ossia quei danni derivanti al privato nell'ambito di scelte di mera opportunità tecnica, al di fuori di ogni valutazione afferente a discrezionalità amministrativa: «vi sono più modi per abbattere un edificio pericolante, eseguire una disinfezione, eseguire un'analisi chimica e simili. Queste scelte non hanno a oggetto la ponderazione di interessi pubblici, ma l'applicazione di tecniche. Se l'azione è sbagliata e ha esiti di danno ingiusto, l'amministrazione o l'autore della scelta rispondono per fatto illecito civile o altro» (penale) (29). Se pertanto ciò che ha prodotto danni al privato è la scelta

(25) PANZAROLA A., *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in AA.Vv., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di MARTINO R., Milano 2008, 145 s., 154, 157, 164; SANINO M., *Pregiudiziale, risarcimento, translatio. Lo stato della giurisprudenza. Spunti di riflessione*, in AA.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit. 47.

(26) V. *ex multis* Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2029; Id., 5 marzo 2008, n. 5925; Id., 27 luglio 2005, n. 15660.

(27) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, cit.

(28) SANINO M., *op. loc. ult. cit.*; SCOCA F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 100.

(29) Così GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II^a ed., Milano 2000, 270.

dell'amministrazione fondata su parametri esclusivi di opportunità, al di fuori dell'esercizio del pubblico potere (ancorché nell'occasione), le relative controversie, sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (salvi i casi tassativi di giurisdizione di merito) avranno ad oggetto diritti soggettivi e saranno transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (30).

Parimenti non rientrano *strictu sensu* tra le controversie amministrative quelle che possono venire in essere quando l'amministrazione agisce per l'attuazione dei suoi fini istituzionali non già avvalendosi della sua posizione di supremazia, ma servendosi degli strumenti di diritto privato che danno luogo a rapporti contraddistinti da diritti soggettivi perfetti (31).

Un caso a parte è rappresentato dalle controversie in materia di contratti pubblici. Come noto l'art. 244 d.lgs. 163/06 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti (pubblici o privati) comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto delle procedure di evidenza pubblica. Fino a che non sia avvenuta la stipulazione del contratto l'intera vicenda è regolata dal diritto amministrativo (32), e in particolare dalle norme in tema di evidenza pubblica: il contraente può vantare nei confronti della stazione appaltante solo posizioni di diritto amministrativo ed eventuali liti sono rimesse alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (33).

(30) E così se l'amministrazione deve provvedere all'abbattimento di un edificio pericolante, ferma la legittimità del provvedimento, potrà farlo secondo diverse modalità: esplosivo, ricorso a mezzi meccanici ovvero esclusivamente al lavoro degli operai. Detta scelta risponde ad esigenze di mera opportunità, non ha cioè i caratteri della discrezionalità amministrativa né è in gioco il pubblico interesse: risponde infatti a pubblico interesse l'abbattimento dell'edificio pericolante, mentre la scelta delle modalità operative con cui il pubblico interesse viene perseguito afferisce a meri criteri di opportunità. Semmai la scelta dell'amministrazione sarà orientata dal principio del *alterum non laedere* di cui all'art. 2043 c.c. Si tratta in altre parole, anche in questo caso, di meri «comportamenti» della pubblica amministrazione che, seppur mediamente collegati all'esercizio del pubblico potere, danno comunque luogo a posizioni di diritto soggettivo rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, e pertanto transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune. In senso analogo v. Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, cit.

(31) CAPACCIOLI E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 3 ss.; Cass. 2 febbraio 1966, n. 372, a proposito della compromettibilità per arbitri delle controversie relative alle forniture.

(32) Lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, e prima ancora tra la fase di diritto pubblico e quella disciplinata dalle regole del diritto civile, è rappresentata dalla stipulazione del contratto. In dottrina v. DALEFFE G., SPACCAPELO C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 955.

(33) Sembra fare eccezione la posizione dell'aggiudicatario nel caso in cui la stazione appaltante rifiuti di stipulare il contratto, al di fuori delle ipotesi di autotutela. Occorre infatti domandarsi, in tale situazione, di quale tipo sia la posizione soggettiva dell'aggiudicatario, se interesse legittimo o diritto soggettivo. A nostro modo di vedere non sembra seriamente contestabile che la situazione giuridica soggettiva che si crea in capo all'aggiudicatario sia un vero e proprio diritto soggettivo (Cass., sez. un., 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. C. Conti* 1998, II, 240). Ritenerne infatti che, a fronte dei poteri in capo alla amministrazione di non stipulare il contratto in esercizio di autotutela, la posizione dell'aggiudicatario presenti la consistenza di un interesse legittimo al corretto uso del potere, pare contrastare, sul piano si-

A valle della stipulazione del contratto si entra nella fase privatistica dei rapporti tra il contraente e la stazione appaltante; eventuali controversie rientrano pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario (34), essendo inerenti a rapporti di diritto privato.

Pertanto, se ciò è vero, se ne dovrebbe ricavare che anche le liti in materia di contratti pubblici, dal momento che ineriscono a rapporti di diritto privato e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, siano transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (35). Eppure così non è. Infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, la disciplina della transazione nella materia dei contratti pubblici è soggetta a vincoli formali, procedurali e sostanziali, mentre l'arbitrato è stato da sempre oggetto di una disciplina particolarmente analitica e – soprattutto in passato – limitativa dell'autonomia delle parti, senza contare che più volte, l'ultima con l'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) il legislatore ne ha espressamente vietato l'utilizzo (36).

stematico, con l'affermata configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. di fronte al legittimo affidamento dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto (v., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991, in *Foro Amm. T.A.R.* 2003, 2297, con riferimento alla mancata stipula del contratto per sopravvenuta carenza di fondi; Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920, in *Foro Amm CDS* 2005, 738; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *ivi*, 2005, 2515). Sull'argomento v., se si vuole, POLINARI J., *Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in *Rass. avv. Stato* 2006, 185, spec. 189 s.

(34) Ad eccezione delle controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti e quelle relative alla revisione dei prezzi, che restano appannaggio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(35) Così precisamente DELSIGNORE M., *La compromettibilità*, cit., 208, 212.

(36) Con un velato eufemismo si può dire che la vicenda normativa relativa all'ultimo divieto di arbitrato nel settore dei contratti pubblici è «complicata». Il divieto venne introdotto dall'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244. «legge finanziaria per il 2008», che dettò anche una complicata e difficilmente riconducibile a congruità disciplina transitoria e di entrata in vigore. In ogni modo l'entrata effettiva in vigore del divieto è successivamente stata più volte rimandata, l'ultima con l'art. 1 *ter* d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2008, n. 201, che ha differito al 30 marzo 2009 il termine già differito con il d.l. 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge con modificazioni da l. 2 agosto 2008, n. 129, che ha anche disciplinato i rapporti conseguenti alla mancata conversione in legge del d.l. 30 giugno 2008, n. 113, e che appunto prevedeva il differimento di alcuni termini di entrata in vigore di alcune disposizioni normative. Nel frattempo, l'art. 15, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 ha differito l'entrata in vigore del divieto al 1 luglio 2008 al fine di consentire la devoluzione delle liti di oggetto del divieto alle costituite sezioni specializzate in materia di proprietà industriale di cui al d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Sul divieto di arbitrato in materia di contratti pubblici, che richiama alla memoria il precedente divieto stabilito dalla prima versione dell'art. 32 l. «Merloni», si vedano CAPPONI B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato, relazione tenuta al convegno IGI in Roma*, 17 gennaio 2008, in <http://www.igitalia.it/doc/12.pdf>; LOMBARDINI I., *Arbitrato delle opere pubbliche*, in AA.VV. *Arbitrati Speciali*, commentario diretto da CARPI F., Bologna 2008, 166 s.; MANFREDI G., *Le stagioni dell'arbitrato: dall'obbligo al divieto?*, in *Urb. e app.* 2008, 275 ss.; POLINARI J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.; TRAVI A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 499 ss.

Peraltro va osservato che le cautele che il legislatore ha introdotto nella disciplina della transazione, dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione e/o prevenzione delle controversie scompaiono del tutto nel caso in cui la medesima lite sia invece devoluta, per quanto di sua competenza, alla giurisdizione ordinaria. Le norme del codice dei contratti pubblici, tanto prodighe di prescrizioni verso la transazione, l'accordo bonario e l'arbitrato, non dettano alcuna disciplina per le liti che si svolgono *apud iudicem*, salvo alcune disposizioni in materia cautelare, peraltro applicabili solamente nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 245 d.lgs. 163/06), e norme capitolari che posticipano la risoluzione delle riserve a collaudo avvenuto (37).

L'osservazione che si può trarre da questo panorama normativo è che il legislatore, pur non disconoscendo affatto la natura eminentemente ed innegabilmente privata delle controversie in questione, non ha potuto non rilevare che l'intera materia dei contratti pubblici attiene ad un settore dell'economia fortemente permeato di interesse pubblico, vuoi perché il committente ha quasi sempre natura pubblica – e così anche le risorse impiegate – vuoi perché l'esecuzione del contratto, che si tratti della realizzazione di un'opera pubblica ovvero dell'esecuzione di un servizio o di una fornitura, risponde sempre e comunque all'esigenza di perseguimento dell'interesse pubblico. Ecco allora che sotto questa luce si giustificano non solo le limitazioni all'autonomia negoziale delle parti nella costruzione negoziale del contratto d'appalto, ma anche le disposizioni in tema di transazione e arbitrato.

Il fatto poi che il legislatore non abbia dettato nessuna norma per le liti che si svolgono davanti al giudice ordinario significa solo che non ha ravvisato le stesse esigenze di cautela per il caso in cui la lite vada ad incardinarsi davanti ad un organo appartenente all'organizzazione giudiziaria, ritenendo che la sua posizione istituzionale dia garanzie sufficienti anche con riguardo alla salvaguardia dell'interesse pubblico, diversamente da quanto potrebbe invece attendersi quando la lite sia affidata all'autonomia privata delle parti.

Quindi, anche se nelle liti in materia di contratti pubblici, una volta varcato il momento dell'aggiudicazione, non si pongono questioni circa l'eser-

(37) V. l'art. 33 d.m. Ministero dei Lavori Pubblici 19 aprile 2000, n. 145: «1. L'appaltatore che intenda far valere le proprie pretese nel giudizio ordinario o arbitrale deve proporre la domanda entro il termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal ricevimento della comunicazione di cui all'articolo 149, comma 3, del regolamento, o della determinazione prevista dai commi 1 e 2 dell'articolo 32 del capitolato, oppure dalla scadenza dei termini previsti dagli stessi commi 1 e 2.

2. Salvo diverso accordo delle parti, e qualora la domanda non abbia ad oggetto questioni la cui definizione non è differibile nel tempo, la controversia arbitrale non può svolgersi prima che siano decorsi i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 32.

3. Se nel corso dell'appalto sono state proposte più domande di arbitrato in relazione a diverse procedure di accordo bonario, queste sono decise in un unico giudizio ai sensi del comma 2».

cizio - legittimo o meno - del pubblico potere, il fatto che l'oggetto della controversia, e prima ancora del contratto, sia fortemente permeato di pubblico interesse, se non muta la natura eminentemente privatistica del rapporto sostanziale, non è sufficiente a consentire la devoluzione della controversia al giudice amministrativo (38), ma può giustificare l'imposizione di una disciplina che, per il caso di composizione e/o risoluzione alternativa, limiti in qualche modo l'autonomia privata delle parti (39).

3. La transazione

La transazione è il negozio col quale le parti, «facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può insorgere tra loro» (art. 1965 c.c.).

Presupposti di validità della transazione sono l'esistenza di un *caput controversum*, di una situazione di incertezza giuridica cui le parti intendono porre rimedio, e le reciproche concessioni, l'*aliquid dare* e l'*aliquid retinere*, che differenziano il negozio di cui ci si occupa dalle ipotesi di abdicazione al proprio diritto o riconoscimento dell'altrui, facendone un contratto a prestazioni corrispettive.

I diritti che formano oggetto del negozio non devono essere sottratti, per loro natura o per disposizione di legge, alla disponibilità delle parti, pena la nullità del contratto (art. 1966 c.c.).

Quanto alla forma, le disposizioni del codice civile non richiedono la forma scritta *ad substantiam*, ma solo quella *ad probationem* (art. 1967 c.c.), salvo che la transazione verta su controversie relative a rapporti giuridici di cui all'art. 1350 c.c. – nel qual caso la forma scritta sarà richiesta per la validità dell'atto (art. 1350, n. 12, c.c.) – ovvero sia altrimenti disposto dalla legge.

Si suole distinguere il negozio in due diverse fattispecie: *a*) transazione semplice, che si ha quando le parti si accordano per modificare o integrare il preesistente rapporto senza travolgerlo (art. 1965, comma 1, c.c.); *b*) transazione «novativa» o «innovativa», caratterizzata dall'estinzione del preesistente rapporto tra le parti, e dalla sua sostituzione con una diversa fonte di regolazione (art. 1976 c.c.). A quest'ultima ipotesi è assimilabile la cosiddetta transazione mista, che si ha allorché oggetto delle reciproche con-

(38) La Corte Costituzionale, con la sentenza 204/2004, cit., ha infatti stabilito che, perché l'art. 103 Cost. sia rispettato, perché una controversia possa legittimamente essere devoluta al giudice amministrativo non è sufficiente che sia pervasa da pubblico interesse.

(39) Il contratto d'appalto di opere pubbliche è considerato paradigmatico dei «contratti di diritto privato speciale» che in dottrina si sono distinti dai «contratti di diritto pubblico» quali concessioni, convenzioni urbanistiche, convenzioni in materia sanitaria, servizi: GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986, 105 ss.

cessioni siano rapporti diversi da quello controverso (art. 1965, comma 2, c.p.c.) (40). La transazione comporta un superamento del preesistente stato dei rapporti tra le parti, sia che l'autonomia negoziale vi abbia solo apportato modifiche, come nel caso della transazione semplice, sia che lo abbia sostituito totalmente con una diversa fonte di regolazione avente origine negoziale (41).

Quanto alle pubbliche amministrazioni, la transazione era già prevista e disciplinata prima che il Codice degli Appalti codificasse, senza peraltro aggiungere particolari innovazioni, la facoltà della stazione appaltante e dell'esecutore dell'opera pubblica di transigere ogni possibile lite già insorta o sul punto di insorgere.

La transazione infatti è istituito a carattere generale, e può essere utilizzata da tutti i soggetti dell'ordinamento – comprese le pubbliche amministrazioni – salvo che non vi sia un'espressa esclusione di legge (42). Peraltro la natura pubblica di una delle parti ha imposto la disciplina di determinati aspetti della genesi e del modo di essere del contratto ulteriori rispetto a quanto previsto dal codice civile.

In primo luogo la legge si preoccupa di individuare i soggetti titolari del potere di approvare le transazioni. Per quanto attiene le amministrazioni statali, l'art. 16 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 individua nei dirigenti di uffici dirigenziali generali i soggetti titolari del potere di conciliare e di transigere (oltre a promuovere e resistere alle liti). Quanto agli altri soggetti pubblici il soggetto titolare del potere di concludere transazioni viene di volta in volta individuato dalla legge o dal regolamento interno dell'ente. Per quanto riguarda in particolare gli enti locali, il potere di stipulare transazioni dovrebbe rientrare tra i poteri della Giunta (43), non essendo espressamente menzionata tra le attribuzioni del Consiglio di cui all'art. 42 del Testo Unico.

Con riferimento alle amministrazioni statali e alle Regioni che intendono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, l'art. 13, l. 30 ottobre 1933, n. 1611 (testo unico sulla difesa in giudizio dello Stato), attribuisce al-

(40) Sulla transazione in generale vedi TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2000, 811 ss.; BONILINI G., *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino 2003, 896 ss.; DEL PRATO E., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* 1992, vol. XLIV, 813 ss.; MOSCARINI L. V., CORBO N., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Giur.* 1994, vol. XXI; SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli 1975; Id., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 185 ss.

(41) In questo senso vedi DEL PRATO E., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 828 ss.; MOSCARINI L. V., CORBO N., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 9.

(42) V. Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365; Id., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045; T.A.R. Bologna 30 ottobre 1984, n. 462; Id. Catanzaro, sez. I, 4 maggio 2006, n. 485. FERRARI G., in AA.VV., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di GAROFOLI R. e FERRARI G., Roma 2007, sub art. 239, 1290.

(43) Arg. ex artt. 48, 107 e 42 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali». Così anche Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072, nel vigore della l. 8 giugno 1990 n. 142.

l'Avvocatura la funzione di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni interessate o di esprimere parere su quelle redatte in proprio dalle amministrazioni medesime (44).

Da ultimo, le delibere di approvazione di atti transattivi sono sottoposte al controllo preventivo della Corte dei Conti (45).

Quanto alla forma, dal momento che la pubblica amministrazione può concludere contratti solo per iscritto, la transazione richiede forma scritta *ad substantiam* (46).

L'art. 239 d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, cd. «codice degli appalti», detta per la prima volta una disciplina espressa della transazione nella materia dei contratti pubblici, e la configura come strumento parzialmente alternativo alla procedura di «accordo bonario» di cui all'art. 240, fissandone requisiti e sottoponendola ad un procedimento *ad hoc*. Come si è accennato *supra*, i rapporti nascenti da contratti pubblici non si differenziano da quelli che scaturiscono da contratti tra privati, se non per la rilevante presenza dell'interesse pubblico, che giustifica talune limitazioni alla autonomia privata delle parti (47). In particolare, con riferimento alla transazione, il legislatore ha previsto specifici adempimenti procedurali, quali la necessità di acquisire preventivamente il parere dell'avvocatura che difende il soggetto pubblico (48). In deroga alla disciplina sopra riassunta, l'art. 239 d.lgs. 163/06 richiede il parere dell'avvocatura solo qualora il valore degli importi oggetto delle reciproche concessioni ecceda la soglia dei 100.000,00 euro, mentre non è necessario per un importo pari od inferiore. In caso in cui la difesa in giudizio dell'ente non sia

(44) Il parere dell'Avvocatura dello Stato, quantomeno con riferimento alle sole amministrazioni statali, è ritenuto da costante giurisprudenza della Corte dei Conti sufficiente per escludere la responsabilità contabile del dirigente (C. conti 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A). Né si ritiene sufficiente, perché i dirigenti siano liberi da responsabilità contabile, un parere dell'avvocatura erariale purchessia: la Corte dei Conti ha infatti ritenuto che «è improntato a superficialità e negligenza il comportamento di alcuni amministratori di un ente pubblico che hanno stipulato una transazione sulla base di un parere, generico ed apodittico, mentre sarebbe stata necessaria un'approfondita analisi, all'uopo chiedendo il parere di un organo a ciò deputato dall'ordinamento quale l'Avvocatura Generale dello Stato».

(45) L'art. 3, comma 1, lett. g), L. n. 20/1994, il controllo della Corte si esercita sui «decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome; attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'articolo 19 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato».

(46) FERRARI G., *op. loc. ult. cit.*; Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072; Id. 29 novembre 2005, n. 26047; Id. 6 giugno 2002, n. 8192, in *Nuova giur. civ.* 2003, I, 185, con nota di PASSALALPI E.; Id. 30 luglio 1996, n. 6908, *Foro it.* 1997, I, 891; Id. 23 marzo 1987, n. 2839.

(47) DALEFFE G., SPACCAPELO C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 950.

(48) Non necessariamente l'Avvocatura dello Stato: qualora presso l'ente sia costituita un'apposita avvocatura, come presso certi comuni o certe province, sarà sufficiente il parere di quella.

affidato ad un'apposita avvocatura, è sufficiente il parere del funzionario di grado più elevato competente per il contenzioso (49).

Altra deroga rispetto alle disposizioni codicistiche riguarda l'impossibilità di concludere transazioni novative dal momento che le regole comunitarie e nazionali in tema di contratti pubblici impediscono che il rapporto tra il soggetto aggiudicatore e il privato possa essere modificato a tal punto da dare vita ad un rapporto del tutto nuovo (50).

Venendo ai rapporti propriamente di diritto pubblico, si può distinguere tra i rapporti in cui viene in gioco il pubblico potere «già esercitato», dai rapporti aventi invece ad oggetto proprio l'«esercizio» del pubblico potere.

I primi presuppongono che l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione si sia esaurito e perfezionato in un provvedimento. Si tratta pertanto di rapporti che sorgono quali «effetti» del provvedimento amministrativo e da questo promanano; effetti che naturalmente non si esauriscono nell'ambito degli effetti desiderati dall'amministrazione che lo ha posto in essere, ma che appunto possono dare vita ad una serie di rapporti tra privati dei quali l'amministrazione non è parte (51). Generalmente la transazione su questi rapporti persegue l'interesse dell'amministrazione alla salvaguardia del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti dall'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato dietro il riconoscimento di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro o altra utilità.

Il secondo tipo di rapporti ha invece ad oggetto proprio l'esercizio del potere amministrativo. Diversamente dai rapporti che si sono appena descritti, in questi l'oggetto non si riduce agli effetti di un potere amministrativo già

(49) *Quid juris* nel caso in cui presso l'ente non sia costituita un'apposita avvocatura (e l'ente non sia rappresentato né *ope legis* né dietro volontà dall'Avvocatura dello Stato) ma disponga al suo interno di un servizio di consulenza legale? Sarà comunque obbligatorio rivolgersi all'ufficio legale interno o, perché l'art. 239 sia rispettato, sarà sufficiente il parere del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso? E il parere dell'ufficio legale sarebbe a sua volta sufficiente?

Tale aspetto non può essere risolto in via generale, dovendosi di volta in volta esaminare le regole che disciplinano il funzionamento dell'amministrazione e le competenze del dirigente chiamato a decidere sulla transazione: infatti, potrebbe esistere una disposizione dello statuto, ovvero una delibera di Consiglio o di Giunta, che obblighino ad acquisire il parere dell'ufficio legale dell'ente, ovvero potrebbe verificarsi che la competenza di questi a pronunciarsi derivi dalle attribuzioni allo stesso spettanti in base all'assetto organizzativo interno. In mancanza di disposizioni diverse sembrerebbe doversi ritenere che, nonostante la presenza di un ufficio di consulenza legale presso l'ente, non si possa prescindere dal parere del funzionario all'uopo individuato, cui la norma di legge attribuisce la responsabilità amministrativa e contabile della transazione (arg. ex C. conti 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A).

(50) DALEFFE G., SPACCAPELO C., *op. loc. ult. cit.*; AMORIZZO M.G., *La transazione*, in AA.VV., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli 2007, 634; così anche l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, con deliberazione 13 settembre 2001, n. 308.

(51) Si pensi al caso, che sarà prospettato più oltre, del rapporto che può intercorrere tra il privato danneggiato dal provvedimento amministrativo, e pertanto interessato al suo annullamento, e il privato invece favorito dall'interesse pubblico, e pertanto interessato alla sua conservazione.

esaurito e definito. Viceversa qui il potere amministrativo è ancora in potenza, e oggetto del rapporto con i privati o le altre amministrazioni consiste proprio nelle future modalità di esercizio (o non esercizio) del potere stesso. Potere che spetta all'amministrazione originariamente, ed è ad essa attribuito dalla legge in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico. La questione dell'ammissibilità di accordi con cui l'amministrazione si vincola, nei confronti dei privati o di altre amministrazioni, nell'esercizio (o non esercizio) del pubblico potere attiene al dibattito inerente il cd. «contratto di diritto pubblico», inteso come «contratto avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche», dibattito essenzialmente rivolto sulla ammissibilità teorica «di una categoria di convenzioni in cui sia dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa» (52).

Nel primo tipo di rapporti il potere amministrativo si è esaurito e concretizzato almeno con riferimento alla soddisfazione dell'interesse speciale e concreto che l'edizione dell'atto voleva perseguire. Le situazioni giuridiche soggettive in gioco che residuano sono, pertanto, da una parte l'interesse dell'amministrazione a che il provvedimento amministrativo che essa assume emesso per la tutela dell'interesse pubblico (generale e specifico) non sia rimosso, dall'altro l'interesse legittimo del privato eventualmente leso dall'atto amministrativo, che egli assume illegittimo, a che questo sia posto nel nulla, oltre al risarcimento del danno.

Nel secondo tipo di rapporti viene in rilievo primariamente la piena sussistenza del potere amministrativo che la pubblica amministrazione «deve» esercitare per il perseguimento dell'interesse pubblico (generale e speciale), oltre all'interesse legittimo del privato a che il potere sia legittimamente esercitato.

La differenza tra le due situazioni è palese. Nella prima l'esercizio del potere si atteggia a presupposto, è già avvenuto ed eventuali controversie saranno tese ad accertare se tale esercizio sia stato o meno conforme alla legge. Non è in discussione la spendita del potere amministrativo, ma il suo corretto esercizio nel caso concreto: l'esercizio del potere amministrativo appartiene al passato e si tratterà semmai di regolare gli effetti dell'esercizio del potere. Nella seconda delle rappresentazioni prospettate invece l'amministrazione non ha ancora esercitato il potere. È in discussione proprio l'esercizio in concreto di un potere che le è attribuito originariamente e unilateralmente dalla legge. Un potere che, come si vedrà subito, non è libero ma è doppiamente vincolato. La legge e l'interesse pubblico non sono parametro della correttezza di una vicenda del passato ma sono faro per l'esercizio di una potestà per il futuro.

(52) Così NIGRO M., *Conclusioni*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di MASUCCI A., in *Quaderni Formez*, Roma 1988, 86. V. in argomento, per un ampio *excursus* storico, il bel saggio di GRECO G., *Accordi amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Torino 2003.

Si potrebbe dire che nel primo dei rapporti descritti ci si trova di fronte ad una realtà «statica» e rivolta al passato, nel secondo ad una realtà «dinamica» e rivolta al futuro.

4. La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti

Tradizionalmente la dottrina, soprattutto quella anteriore alla l. 241/90, ha riferito l'indisponibilità del potere amministrativo, senza peraltro fornire una qualsivoglia motivazione a questo assunto quasi dogmatico (53). Il potere amministrativo è unilaterale (54), attribuito dalla legge alle pubbliche amministrazioni in casi tassativi e tipici (55) per la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico.

Proprio perché attribuito in vista di uno scopo se ne inferisce che detto potere sia «vincolato» e «doveroso», ossia vincolato alla soddisfazione dell'interesse pubblico quando e se viene esercitato, doveroso nel senso che, laddove ne ricorrano i presupposti, l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare il potere per perseguire l'interesse pubblico (56). Ne deriva che l'interesse pubblico condiziona doppiamente il potere amministrativo: questo è conferito all'amministrazione dalla legge «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico, e può, e deve, essere esercitato «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Se non fosse in gioco l'interesse pubblico il potere non sarebbe stato conferito all'amministrazione, e, una volta conferito, questa non può esercitarlo che per la soddisfazione di quello; altrimenti l'atto sarebbe viziato di eccesso di potere (57). E quindi, ogni volta che si manifesti la necessità di tutelare l'interesse pubblico, l'amministrazione non può che esercitare il potere.

Corollario necessario di queste affermazioni è che l'attribuzione del potere – ossia la funzione amministrativa intesa come soddisfazione dell'interesse pubblico – è per l'amministrazione assolutamente indisponibile (58). Il potere è attribuito per il perseguimento di interessi che non sono «dell'amministrazione», ma ne costituiscono il fine istituzionale: applicando quanto si è detto sopra a proposito della disponibilità, in questo caso nemmeno si può parlare di interessi coincidenti e concorrenti con quelli dell'amministrazione, dal

(53) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 199; Id., *Materia compromettibili in arbitrato*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 18; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 1196.

(54) Ossia di fonte non contrattuale: CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2003, 140.

(55) CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino 1999, 122.

(56) V. ancora CORSO G., *Manuale*, cit., 140 ss.

(57) GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 144.

(58) Così DE LISE P., DELFINO B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2053; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196; GOISIS F., *La giustizia sportiva*, cit., 261 s.; VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698.

momento che nemmeno viene in rilievo un interesse «proprio» della struttura amministrativa; questa infatti è stata creata e si giustifica solo per l'esigenza di soddisfare il pubblico interesse tramite l'esercizio del potere.

Semmai si può dire che l'interesse istituzionale dell'amministrazione coincida con l'interesse pubblico per il quale è stata posta in essere sul piano organizzativo. Il punto fondamentale è però che l'amministrazione non può disporre dell'attribuzione del potere amministrativo, dal momento che la rinuncia impedirebbe *ipso facto* la realizzazione dello scopo per cui è stata creata.

In altre parole l'amministrazione non può certamente vincolarsi verso i privati spogliandosi del potere, obbligandosi cioè a non farne uso per il futuro (59): da un lato violerebbe la legge, dall'altro verrebbero meno i presupposti stessi della sua istituzione sul piano dell'organizzazione (60).

La presenza dell'interesse pubblico e la necessità della sua soddisfazione, «causa» del potere amministrativo (61), lo configurano – dal punto di vista dell'attribuzione – come assolutamente indisponibile, dal momento che è proprio quella attribuzione di potere a giustificare l'esistenza dell'amministrazione.

Occorre verificare, però, se, una volta che il potere è stato attribuito all'amministrazione, anche il suo concreto esercizio sia indisponibile.

La legge si limita ad individuare l'interesse pubblico da perseguire e soddisfare, ed attribuire all'amministrazione il potere relativo. Non è infatti possibile – scrive Platone nel *Politico* – che la legge ordini con precisione e per tutti «la cosa più buona e più giusta» indicando ciò che è assolutamente valido: le differenziazioni riscontrabili in concreto tra le cose umane, dovute a variabili spesso nemmeno facilmente individuabili, non consentono l'individuazione di un comando universalmente valido, soprattutto per la disciplina di questioni particolari. Ancora più preciso è Aristotele nell'*Etica Nicomachea*: la legge statuisce prendendo in considerazione l'*id quod plerumque accidit*, pur non disconoscendo l'errore dell'approssimazione e la necessità di integrazione e adattamento al caso concreto. Nondimeno essa è corretta: la causa dell'errore non sta nella legge ma nella natura delle cose. Diviene dunque necessario prevedere dei soggetti incaricati di stabilire nel particolare quello che avrebbe stabilito il legislatore (62).

E così la legge attribuisce all'amministrazione il potere per il perseguimento dell'interesse pubblico, e poi questa concretamente compirà gli atti materiali per il suo perseguimento.

Salvo che la legge stessa preveda analiticamente ogni momento della con-

(59) GOISIS F., *Op. loc. ult. cit.*; CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* 1992, vol. XLIV, 870.

(60) La norma che attribuisce il potere è infatti norma di organizzazione: v. NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 99.

(61) GRECO G., *Accordi*, cit., 118, 144.

(62) Platone e Aristotele sono richiamati anche da CORSO G., *Manuale*, 146 s.

cretizzazione, per modo che l'amministrazione ha il solo compito di chiudere un sillogismo perfetto (63), l'attività di perseguimento dell'interesse pubblico in concreto è discrezionale, ossia l'amministrazione è lasciata libera di scegliere tra diverse modalità di azione, quella che ritiene più opportuna.

Ebbene, ferma restando l'indisponibilità dell'interesse pubblico (64), e della attribuzione del potere in astratto, che afferiscono a valutazioni di esclusiva competenza del legislatore, le concrete modalità di esercizio del potere discrezionale sono invece disponibili per l'amministrazione in virtù dell'espresso riconoscimento legislativo della categoria dei «contratti di diritto pubblico» (65).

Come noto infatti l'art. 11 l. 241/90 consente all'amministrazione la conclusione di accordi con gli interessati per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo. Detti accordi, che debbono essere stipulati per iscritto sotto pena di nullità e sono soggetti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, non possono pregiudicare l'interesse di terzi e sono soggetti alla clausola *rebus sic stantibus*, dal momento che, «per sopravvenuti motivi di

(63) Nel qual caso si ha attività vincolata, che taluno ritiene estranea addirittura all'attività amministrativa propriamente detta (CORSO G., *Manuale*, cit., 147 s.), dal cui esercizio deriverebbero posizioni di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo. Sarebbe corretto parlare di potere solamente se l'amministrazione nell'agire debba compiere una scelta quanto all'assetto degli interessi in gioco; viceversa quando è esclusa ogni possibilità di scelta in relazione a ciascuno degli aspetti del provvedere ma siano riscontrabili solamente posizioni di obbligo, l'attività dell'amministrazione diverrebbe meramente esecutiva di quanto già deciso dalla legge. In tal senso v. CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980, 279; ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano 1988, 267.

In senso contrario altri ha peraltro osservato che da un lato anche l'attività vincolata presuppone comunque margini valutativi, quantomeno relativamente ai presupposti (CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, IV^a ed., Milano 2005, 1862 ss., cui si rimanda per l'ampia giurisprudenza rassegnata), e dall'altro, in ogni caso, l'effetto non deriverebbe direttamente dalla legge, ma il potere amministrativo resterebbe tale ancorché predeterminato nel contenuto (CASETTA E., *Compendio di diritto amministrativo*, VIII^a ed., Milano 2008, 232).

Quest'ultima posizione sembra condivisa dalla giurisprudenza: Cons. Stato 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Vita not.* 1157 ss.: «anche in relazione a procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'amministrazione deve esercitare poteri discrezionali, quanto meno sotto il profilo tecnico (attinenti al *quantum*, al *quomodo* ed al quando degli adempimenti da eseguire); di conseguenza, anche in relazione a questi procedimenti è ammissibile la stipulazione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, atteso che si tratta di uno strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale».

(64) Non appare pertanto corretta l'affermazione di ANTONIOLI M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 68, secondo il quale il mutato quadro normativo avrebbe reso disponibile l'interesse pubblico, e non già solo il concreto esercizio del potere.

(65) Nel senso della disponibilità del concreto esercizio del potere pubblico, ferma restando l'indisponibilità dell'attribuzione del potere v. VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698; ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.

pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Inoltre la pubblica amministrazione, nel concludere gli accordi, deve sempre tenere in considerazione la necessità del perseguimento del pubblico interesse (66).

La disposizione ha un'importanza fondamentale nell'economia del discorso che si sta affrontando perché consente di lasciar cadere ogni dubbio circa la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del suo potere, pur con tutti i limiti che la particolarità dell'oggetto impone (67). Ossia,

(66) Sulla figura, limitandosi alle opere monografiche, oltre già citato saggio di GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., si vedano STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano 1992; BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano 1996; CIVITARESE M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998.

(67) Così anche VERDE G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 220: «ai nostri fini può essere sufficiente rilevare che nel settore in cui è ammessa la rilevanza degli accordi non è più possibile dire, senza entrare in una vistosa contraddizione con se stessi, che le situazioni coinvolte nel contrasto e definite consensualmente rientrano nell'area dell'indisponibile giuridico».

Nello stesso senso anche GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 293: «orbene, il tradizionale principio invocato in passato per escludere la compromettibilità in arbitrato delle controversie in tema di potestà-interesse legittimo è sempre stato rinvenuto nella non negoziabilità e nella correlativa intransigibilità del potere. Ma tale principio non può essere più fatto valere ora che, con gli accordi – di cui pure gli accordi di programma sono espressione – tale negoziabilità è un dato ormai acquisito».

V. ancora GOISIS F., *La giustizia sportiva*, cit., 246: «più di recente, al limite dalla indisponibilità delle controversie pubblicistiche, si è opposto che il dettato dell'art. 11 l. 241/1990 presupporrebbe la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe quantomeno indirizzare verso una rimediazione della sua supposta indisponibilità».

Nello stesso senso v. anche DOMENICHELLI V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, cit., 240; PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 65.

In giurisprudenza v. TAR Lazio, 3 giugno 2005, n. 4362, in *TAR 2005*, I, 1779: «Anzitutto, non è vero e, anzi, smentito dalla più recente formulazione dell'art. 11 della l. 241/1990 – e, più in generale, degli accordi tra P.A. e privati su questioni attinenti a funzioni autoritative e non soltanto paritetiche – l'assunto attempo secondo cui non sarebbe compromettibile per arbitri la tutela di interessi legittimi. È assodato in base ai dati testuali che, pure fuori dalla materia sportiva, l'ordinamento generale non solo non esclude, ma anzi incoraggia accordi che coinvolgono siffatte situazioni soggettive, sostituendo la volizione unilaterale della P.A. con assetti negoziati che, pur se rivolti a soddisfare interessi privati, mirano comunque alla massimizzazione di quello pubblico con risultati di pari dignità ed efficacia dell'azione amministrativa di livello pari a quanto si potrebbe ottenere con un provvedimento. Anzi, tali procedure negoziate, già assai comuni in materia concessoria o urbanistica, trovano la loro massima utilizzabilità proprio in vicende contenziose, ove la qualità degli interessi coinvolti, la vasta diffusione delle questioni e la necessità di componimenti *ante causam* o di risoluzione anche in via equitativa delle stesse impongono formule deflative e/o alternative alla giurisdizione, indipendentemente dal tipo di posizioni soggettive fatte valere in via di tutela».

In senso contrario v. CHITI M.P. voce *Arbitrato*, in AA.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE S., Milano 2006, 406, e DE LISE P., DELFINO B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 2053, secondo i quali dalle norme in questione non sarebbe possibile ricavare il principio della generale disponibilità del potere amministrativo, se non in una prospettiva evolutiva, mentre le ipotesi in cui gli accordi sono possibili sarebbero tassative e di stretta interpretazione.

qualora l'interesse pubblico per il quale l'amministrazione ha avuto in attribuzione il potere possa essere pienamente perseguito secondo diverse modalità, l'amministrazione può convenire con l'interessato una modalità determinata di esercizio del potere condivisa, vincolandosi in tal senso, e l'ordinamento riconoscerà tale vincolo (68).

Se pertanto all'amministrazione è riconosciuta questa possibilità significa che il potere amministrativo è comunque situazione giuridica soggettiva disponibile «in sé» (69), anche quando l'amministrazione agisce autoritativamente, purché l'interesse pubblico – nel quale l'attribuzione del potere si giustifica – sia in concreto perseguito. L'amministrazione «può» concludere accordi, ma anche qualora non ritenesse di farlo il potere resta comunque nella sua disponibilità, nel senso che non solo ha la possibilità di determinare «per contratto» l'esercizio del suo potere per il futuro, ma anche che – una volta esercitato il potere – può convenire con l'interessato una nuova sistemazione dell'assetto di interessi che ha concretizzato con l'edizione del provvedimento (70). In altre parole una volta esercitato il potere questo resta nella signoria dell'amministrazione, e non è preclusa la possibilità di revocarlo, modificarlo

(68) V. Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, in *Foro amm.* 2000, 114 ss.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

Non è assolutamente condivisibile quanto affermato da DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 165, secondo la quale «perché si realizzi la disposizione del potere, è necessario che l'amministrazione riconosca in capo ad un soggetto terzo ed estraneo la capacità di esercitare il potere che le è attribuito». Come si è visto *supra* nel testo, infatti, la disponibilità non si concreta in altro se non nel fatto che l'ordinamento riconosca e dia sanzione – vincolando il giudice – ad un determinato assetto di interessi che le parti si danno. Che poi detto assetto si inserisca o meno in un più ampio rapporto non aggiunge nulla alla nozione di disponibilità. Il potere è disponibile nel senso che l'amministrazione può vincolarsi a sue determinate esplicazioni, cosa che peraltro è la *ratio* degli accordi di diritto pubblico *ex art.* 11 l. 241/90. In nessun modo l'amministrazione riconosce ad altri la capacità di esercitare il proprio potere.

(69) V. così anche VERDE G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss., e in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 41, il quale afferma che dove è ammessa la rilevanza degli accordi nel corso del procedimento amministrativo, in sostituzione del provvedimento finale, ovvero al fine di determinarne il contenuto, «non è più possibile affermare che le situazioni coinvolte nel contrasto rientrino nell'area dell'indisponibile giuridico», almeno nei casi in cui l'interesse pubblico sia stato interamente prevalutato e non siano successivamente sorte situazioni che ne abbiano successivamente imposto una nuova valutazione.

(70) Non così PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 74 ss., secondo il quale il limite della disponibilità del potere sarebbe dato proprio dal ricorso ai moduli consensuali di esercizio del potere, mentre già l'esercizio del diritto di recesso «con la sua carica di interesse pubblico sopravvenuto farebbe riemergere un provvedimento autoritativo (ormai residuale) e discrezionale, la cui sanzione di illegittimità (mediante l'annullamento) non potrebbe che passare attraverso la valutazione del giudizio amministrativo di legittimità (rimanendo sullo sfondo se si tratti o meno di giurisdizione esclusiva)».

o integrarlo d'accordo con l'interessato, sempre con i limiti indicati dall'art. 11 l. 241/90 (71).

Ecco allora che, per concludere, se certamente l'attribuzione per legge del potere amministrativo è indisponibile dal momento che trova la sua *ratio* nel perseguimento dell'interesse pubblico, il concreto esercizio del potere amministrativo rientra pienamente nella disponibilità dell'amministrazione (72), che può vincolarsi a non esercitarlo, ad esercitarlo in un certo modo piuttosto che in un altro, ovvero in un dato momento, purché – in concreto – l'interesse pubblico per il quale il potere era stato attribuito risulti perseguito e soddisfatto. Ancora non si vedono ragioni ostative ad accordi tra amministrazioni e privati per l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento d'ufficio e convalida di provvedimenti amministrativi (artt. 21 *quinques* e *nonies* l. 241/90).

Certo il vincolo tra amministrazione e privato non può essere identico ad un vincolo contrattuale tra privati: la natura del potere amministrativo e il suo scopo infatti impediscono che l'accordo possa recare pregiudizio a terzi, e soprattutto la necessità per l'amministrazione di perseguire il pubblico interesse, che sta fuori dell'accordo (73), si porrà sempre come condizione risolutiva dell'accordo, che cadrà non appena l'assetto di interessi cristallizzato si rileverà – per cause sopravvenute – inidoneo al suo perseguimento.

Ciò peraltro non toglie alcunché al fatto della disponibilità del potere amministrativo, almeno se disponibilità significa riconoscibilità da parte dell'ordinamento di una rinuncia o di un vincolo, a prescindere che si inseriscano in un contesto negoziale più ampio, e a prescindere dal fatto che il riconoscimento della loro validità sia sottoposto ad alcune limitazioni.

Che questa sia soggetta a limiti specifici e ben individuabili discende dalla

(71) Attività ammessa anche in sede processuale: ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 261.

(72) V., PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 77; GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; GOISIS F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 251.

Condivisibilmente si è notato in CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 870, che non è, di regola, dato, con la transazione, rinunciare all'esercizio del potere anche per il futuro, in relazione all'eventuale mutare delle circostanze, ovvero, addirittura, con riguardo a fattispecie diverse (seppure connesse a quella oggetto di transazione). L'amministrazione, infatti, non può spogliarsi delle proprie attribuzioni, ma solo decidere se e come esercitarle in un caso concreto, *rebus sic stantibus*.

V. anche PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia nel diritto amministrativo*, Napoli 2003, 95: «quel che è inesauribile, oltre che irrinunciabile, è la funzione non il potere, l'idea della inesauribilità pare riferibile ad entità puramente oggettive, astratte dalla sfera di disponibilità del soggetto giuridico non potendo comunque estendersi tale attribuzione alla teorica delle situazioni giuridiche soggettive per definizione inesauribili... La funzione è correlata non certo ad una situazione soggettiva di potere o potestà sibbene a un dovere giuridico vero e proprio».

(73) Non è né causa né motivo; cfr. GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit., n. 4.

natura particolare dell'oggetto del potere e dal suo scopo primario, ma ciò non intacca minimamente la caratteristica di disponibilità né la natura negoziale dell'accordo sull'esercizio del potere.

Del resto la clausola *rebus sic stantibus* è una clausola abbastanza frequente anche nei contratti di diritto privato; si pensi anche all'istituto della presupposizione: si tratta di casi in cui, nel diritto privato, il mutare delle circostanze giustifica lo scioglimento del vincolo negoziale per una delle parti. Ma questo non significa che il vincolo sia meno forte (74). Ciò vale anche per i contratti risolutivamente condizionati: non si può dire certo che il vincolo contrattuale sia meno forte solo perché destinato a venire meno al verificarsi di un evento futuro e incerto.

5. La disponibilità dell'interesse legittimo

«Ogni studio su temi di giustizia amministrativa si imbatte prima o poi sullo scoglio dell'interesse legittimo, rispetto alla cui controversa nozione è necessario prendere posizione» (75). Si tratta di un'osservazione assolutamente vera, alla quale si può aggiungere che di interesse legittimo esistano tante definizioni quanti sono gli autori che se ne sono occupati, anche perché il dibattito intorno alla figura è inesauribile «perché è collegato al rapporto fra cittadino e p.a., mutevole nel tempo, così che ogni concezione dell'interesse legittimo finisce con l'essere storicamente determinata» (76).

Ai nostri fini interessa sapere se tale situazione giuridica soggettiva sia o meno disponibile, al fine di verificare se sia possibile che eventuali controversie possano essere risolte mediante transazione o arbitrato. Peraltro, come si è appena fatto con il potere – che costituisce il contraltare dell'interesse le-

(74) In senso contrario DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 166 ss., il ragionamento della quale, peraltro, prende le mosse da una malintesa nozione del concetto di disponibilità come capacità di muovere e cedere a terzi la propria situazione giuridica soggettiva. Pertanto l'impossibilità, innegabile, per l'amministrazione di cedere a terzi *tout court* l'esercizio del potere ne esclude la disponibilità; ulteriore argomento andrebbe individuato proprio nel fatto che i poteri dell'amministrazione di svincolarsi unilateralmente dal vincolo sarebbero a loro volta sintomatici della indisponibilità del potere.

In realtà, come si è visto, dire che il potere amministrativo è disponibile non significa che questa può spogliarsi del potere attribuito dalla legge, ma che può vincolarsi all'atto del suo esercizio accordandosi con i privati, purché l'accordo consenta la miglior realizzazione dell'interesse pubblico. Inoltre che gli accordi sull'esercizio del potere siano conclusi *rebus sic stantibus* non ne diminuisce la validità e vincolatività. Così la già citata Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, cit.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

(75) GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, 109.

(76) VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 697.

gittimo in capo all'amministrazione – per ottenere una risposta che sia soddisfacente occorrerà indagare, sia pur brevemente, sulla sua natura (77).

La definizione tradizionale vede l'interesse legittimo come un interesse individuale strettamente connesso con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protetto cioè non in via diretta e specifica ma in via occasionale e indiretta (78). Detta definizione ha peraltro il difetto di non analizzare compiutamente il profilo del modo in cui avviene la tutela dell'interesse individuale e di considerarla come un mero accidente della tutela dell'interesse pubblico. Peraltro sembra difficilmente superabile la contraddizione che si ha laddove la tutela dell'interesse legittimo viene individuata in norme dettate per la tutela di un diverso interesse, tanto che si è potuto affermare che gli interessi legittimi «sorgono in relazione a norme che per definizione non si occupano di essi» (79).

Ecco allora che la dottrina, al fine di individuare un'autonoma rilevanza dell'interesse legittimo, ha elaborato nuove nozioni (80). Tra tutte una che ha riscosso un particolare successo è quella che vede nell'interesse legittimo un potere processuale di azione attribuito al soggetto a tutela del suo interesse lesa dall'esercizio dell'attività amministrativa (81). Ma anche questa defini-

(77) Le posizioni della dottrina relativamente all'indisponibilità dell'interesse legittimo sono le più diverse, come del resto diverse sono le definizioni che se ne danno. La rassegna delle diverse posizioni della dottrina in argomento sarà offerta *infra*, quando si approfondirà l'area della compromettibilità per arbitri nel diritto amministrativo. Per l'intanto bastino AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2173; PANZARINI G., *Diritti disponibili*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 123; ACQUARONE L., MIGNONE C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit. 367; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1169; CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 867.

(78) SPAGNUOLO VIGORITA R., *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 319; SATTÀ S., *Diritto processuale civile*, 1947, 5; peraltro il Sattà preferisce parlare di interesse occasionalmente «leso» piuttosto che di interesse occasionalmente protetto: «La dottrina ha ad un tempo avvertito e misconosciuto questa indissociabile correlazione tra interesse pubblico e situazione soggettiva, quando ha creato la formula di interesse occasionalmente protetto, là dove più giusto sarebbe dire, come ho accennato altre volte, che l'interesse del soggetto è occasionalmente offeso dall'attività della p.a. quando questa non rispetta la legge» SATTÀ S., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in SATTÀ S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004, 333.

(79) GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 1949, 278.

(80) E così lo si è qualificato come «l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi» (TOSATO E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1937, 232), l'«interesse di fatto che ogni soggetto fa valere contro l'amministrazione in regime di legalità» (SATTÀ F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 152) o come l'«interesse dell'amministrato a che il potere amministrativo, nel quale si imbatte la sua posizione soggettiva sostanziale, venga esercitato nel rispetto delle regole imposte dall'ordinamento all'azione amministrativa» SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1980, 107.

(81) CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965 (rist.), 50 e 358; GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giurisprudenza amministrativa*, in *Arch. dir. pub.* 1937, 15 ss.; ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, IV^a ed., Torino 1962, 568; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, vol. I, Milano 1960, 28 ss.

zione appare incompleta, perché non tiene conto dei poteri né del ruolo che l'ordinamento espressamente riconosce ai privati già all'interno del procedimento.

La tutela del privato, infatti, non si esaurisce nella sola possibilità di impugnare innanzi ad un giudice il frutto dell'azione amministrativa: questi può dare impulso al procedimento, può intervenire nel procedimento, presentare memorie e osservazioni cooperando alla corretta esplicazione del potere, correggendone le deviazioni. L'amministrazione ha l'obbligo di comunicare all'interessato l'avvio del procedimento (art. 7 l. 241/90). Addirittura il privato può, come si è appena visto, concordare con l'amministrazione le modalità di esercizio concreto del potere.

Ecco allora l'autentica cifra dell'interesse legittimo andrebbe ricercata proprio in questa posizione che la legge riconosce al privato nei confronti dell'agire amministrativo in generale.

Posizione che gli dà la possibilità di non essere mero spettatore e destinatario del provvedimento, ma di influire sul corretto esercizio del potere e nel perseguimento dell'interesse pubblico, vuoi partecipando al procedimento ed ivi esercitando i poteri previsti dalla legge, vuoi chiedendo al giudice un sindacato sul corretto esercizio del potere mediante l'impugnazione giudiziale del provvedimento, al fine di provocarne l'espunzione dal sistema qualora ne venga accertata l'illegittimità, ma anche provocando l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento o convalida (82).

Si tratta in altre parole di una posizione di cui il privato gode fin da quando all'amministrazione è dalla legge attribuito il potere e che conserva fino a quando lo stesso potere residua e può essere esercitato, anche in via di autotutela o di ripensamento, in caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

A far data dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 (83) alla lesione dell'interesse legittimo si accompagna anche il risarcimento del danno. Sulla qualificazione da riconoscere alla tutela risarcitoria, come noto, è in atto uno scontro tra la giurisprudenza civile e amministrativa [l'art. 30 del codice amministrativo ha scelto una soluzione mediata, *ndr*]: la prima vede nel risarcimento del danno il completamento della tutela

(82) Così NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 103, che muta e perfezione il suo precedente avviso: secondo il quale l'interesse legittimo è «*la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa utilità*» (corsivo dell'Autore).

(83) In *Foro it.* 1999, I, 2487, con note di PALMIERI A.M. e PARDOLESI R.; *Giornale dir. amm.* 1999, 832, con nota di TORCHIA L.; *Urb. e app.* 1999, 1067, con nota di PROTTO R.; *Arch. civ.* 1999, 1107; *Danno e resp.* 1999, 965, con note di CARBONE V, MONASTERI P.G.; *Corriere giur.* 1999, 1367, con note di DI MAJO A. e MARICONDA V.

che l'ordinamento riconosce all'interesse legittimo (84), la seconda invece vi riconosce un vero e proprio diritto soggettivo condizionato al previo annullamento del provvedimento (85).

Ma a prescindere da questo scontro istituzionale e della natura da riconoscersi al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, le riferite caratteristiche di questo non possono che far concludere per la sua piena disponibilità (86).

Si tratta infatti di una posizione di vantaggio che è collegata esclusivamente alla salvaguardia degli interessi del titolare, che può rinunciare senza ledere interessi coincidenti o concorrenti. Del resto l'ordinamento riconosce e tutela l'interesse legittimo nell'esclusivo interesse del titolare, ben potendo l'amministrazione agire efficacemente anche senza riconoscere alcuna rilevanza alle posizioni del privato. Nel sistema postunitario, infatti, la preoccupazione maggiore del legislatore era proprio nel senso di dettare le «guarentigie dell'amministrazione nei confronti dell'amministrato» (87). Con-

(84) L'orientamento della cassazione prende le mosse dalle citate ordinanze delle sezioni unite del 15 giugno 2006.

(85) L'orientamento del Consiglio di Stato è più risalente. È stato ribadito dall'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12 (cit.), proprio in risposta al *revriment* della Cassazione.

(86) GOISIS F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277; Id. *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, cit., 251; SCOCA F.G., *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106: «non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'Amministrazione»; CAIA G., *Arbitrati*, cit., 199; Id., *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in AA.Vv., *Arbitrato*, cit. 1999, «il limite è rappresentato dalla esistenza nelle fattispecie di una situazione di potere amministrativo, il quale è di per sé inesauribile ed irrinunciabile»; ROMANO TASSONE A., *L'arbitrato*, in AA.Vv., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, II^a ed., Torino 2004, 525 ss., 532; VILLATA S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 803 s.

In senso contrario, ritiene l'interesse legittimo indisponibile in quanto collegato all'esercizio del potere amministrativo AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2170; sempre in senso contrario LARCHENA R., voce *Arbitrato*, cit., 1, il quale afferma l'indisponibilità *tout court* delle posizioni di interesse legittimo, senza peraltro offrire la spiegazione alcuna.

La stessa Cassazione si è espressa ripetutamente nel senso della transigibilità dell'interesse legittimo (inteso come diritto d'azione o comunque di ricorso) in liti «edilizie» tra privati, perché «nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale, e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualificandosi o come *aliquid datum* o *aliquid retentum*» Così, Cass., sez. un., 22 gennaio 1982, n. 427, in *Riv. giur. edilizia*, 1982, I, 611 ss.

Conformemente, Cass. 11 luglio 1978, n. 3479, in *Foro it.* 1979, I, 820 ss.; Id. 7 maggio 1981, n. 2979; Id. 2 aprile 1982, n. 2030; Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 1409, in motivazione, che pure ritiene l'art. 6 l. 205/00 preclusivo della arbitrabilità degli interessi legittimi.

(87) La scarsa considerazione che il legislatore aveva per gli interessi legittimi è rappresentata efficacemente dalle parole di Pasquale Stanislao Mancini, pronunciate nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo: «... sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un

siderazioni di efficienza dell'agire amministrativo hanno consigliato di coinvolgere i privati (88) addirittura rendendo eccezionale l'esercizio autoritativo del potere (89), ma certo anche senza l'intervento di questi gli scopi dell'amministrazione sarebbero comunque perseguibili.

Va peraltro segnalato che, proprio in virtù della definizione che si è scelta, la disponibilità dell'interesse legittimo non si riduce esclusivamente alla possibilità di rinuncia al ricorso (90), ma anche possibilità di disporre di tutte le prerogative che discendono dall'interesse legittimo nella fase procedimentale e, dopo che il provvedimento è stato reso, anche nella fase successiva, finché revoca, annullamento e convalida sono possibili.

Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedono ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

Quanto alla fase procedimentale, le possibilità di impulso e partecipazione che sono riconosciute al privato non sembrano altro che il completamento della riconosciuta possibilità dei «contratti di diritto pubblico»: se l'ordinamento riconosce all'amministrazione la possibilità di vincolarsi nei confronti del privato nell'esercizio del suo potere, *a fortiori* deve riconoscersi a quest'ultimo la possibilità di far valere i suoi interessi nel procedimento anche mediante accordi con l'amministrazione.

È vero poi che l'interesse legittimo trova la sua ragion d'essere nel potere. Abbiamo visto infatti che questo sorge come posizione di vantaggio con riferimento ad un'utilità oggetto di potere amministrativo. Ma le sue relazioni col potere finiscono in questa coesistenzialità; ossia, l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sorge solamente se è in gioco il potere amministrativo e trova il suo epilogo nell'esaurirsi di questo (91), ma non partecipano l'uno dell'altro.

Ossia, per il resto, si tratta di due posizioni autonome e distinte perché autonoma e distinta ne è la fonte e l'ambito di operatività. Anche se l'interesse

cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli, sia pure che esso cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene che vi si rassegni».

(88) GASPARINI CASARI V., *Arbitrato e controversie amministrative*, AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 1021.

(89) Cons. Stato 28 febbraio 2005, n. 727.

(90) GOISIS F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277.

(91) Si pensi ad esempio al vincolo espropriativo posto sopra un bene immobile. Fino a che perdura il vincolo sul bene il proprietario ha una posizione di interesse legittimo nei confronti dell'autorità espropriante. Ma una volta che il potere amministrativo sia venuto meno per qualunque ragione, e con esso il vincolo espropriativo, verrà meno anche l'interesse legittimo del proprietario.

legittimo consente al privato di incidere sulla concreta esplicazione del potere, ciò rientra solo nelle prerogative che la posizione di interesse legittimo conferisce al titolare: significa partecipazione al procedimento e non partecipazione alla attribuzione potere (92).

Questo significa anche che l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita ad interessi personali del titolare, che può liberamente rinunciarvi senza che l'interesse pubblico ne risenta (93).

6. *La transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico*

Dopo che si è visto quali sono i rapporti di diritto pubblico, e che si è indagata la natura delle situazioni giuridiche soggettive che vi si riferiscono, appare indubitabile che la transazione sia ammissibile anche nei rapporti di diritto pubblico.

Vista la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive che ne vengono coinvolte, non pare possa essere un argomento sufficiente il fatto che l'art. 1966 c.c. faccia riferimento ai soli «diritti» e non anche ad altre situazioni giuridiche soggettive. Non può infatti essere riconosciuto valore eccessivo ad un'espressione «contenuta in un testo (il codice civile) relativo a diritti soggettivi e che si occupa esclusivamente o almeno prevalentemente di rapporti di diritto privato; è viceversa giustificato ritenere che i diritti soggettivi sono considerati riferimento riassuntivo a tutte le situazioni giuridiche soggettive» disponibili (94).

Peraltro appare pure chiaro come sia scorretto parlare della transigibilità dei soli interessi legittimi, senza considerare che oggetto di concessione può essere anche l'esercizio in concreto del potere amministrativo, nei limiti in cui l'amministrazione può vincolarsi nel loro esercizio.

In particolare se ci si riferisce solamente alla situazione in cui l'ammini-

(92) V. in proposito GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; nonché GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 2, Milano 1967, 103, ove si sottolinea che la sola amministrazione è titolare del potere/dovere di perseguire l'interesse pubblico.

(93) Non è pertanto condivisibile, perché apodittica, l'affermazione di DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196, secondo il quale gli interessi legittimi non sarebbero disponibili «stante la stretta connessione tra queste posizioni e l'interesse pubblico. Manca in questo caso il requisito della disponibilità della *res litigiosa*, non potendosi ritenere disponibile, dalla pubblica amministrazione o dal privato, la legittimità dell'esercizio della pubblica funzione, su cui l'interesse legittimo fonda la propria tutela».

94) SCOCA F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in A.A.V.V., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106; DEL Signore M., *La compromettibilità*, cit., 120.

strazione abbia già concretizzato il suo potere in un provvedimento, si è detto sopra che eventuali accordi transattivi sarebbero diretti a salvaguardare l'atto amministrativo e i suoi effetti, con rinuncia all'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato attraverso un sacrificio consistente nella cessione di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro da parte della pubblica amministrazione (95). In questo caso oggetto della concessione è la posizione soggettiva del privato, mentre il potere amministrativo – ormai esercitato – non rilevarebbe nella vicenda transattiva, e le concessioni dell'amministrazione consisterebbero nel riconoscimento di una somma di denaro o altra utilità.

Certo l'amministrazione potrebbe, dopo la conclusione della transazione, annullare comunque l'atto amministrativo che ne costituiva l'oggetto, ovvero sostituirlo con un altro, se ciò è richiesto da un mutamento delle circostanze per il perseguimento dell'interesse pubblico, anche assecondando le istanze del privato. Ma quanto alla vicenda transattiva le concessioni dell'amministrazione non hanno ad oggetto il potere amministrativo.

Diversamente, nel caso in cui la transazione avvenga quando il potere amministrativo non è stato ancora nel concreto esercitato, le rinunzie e le concessioni non potranno che riguardare da un lato l'interesse legittimo del privato dall'altro l'esercizio (o il non esercizio) del potere amministrativo. Il rapporto che scaturisce dal contratto di transazione sarà pertanto un rapporto di diritto pubblico, ossia, in altre parole, la transazione sarà «inquadabile nella categoria dei contratti di diritto pubblico» *ex art. 11 (e 15) l. 241/90* (96).

Pertanto più corretto è parlare di transazione sui rapporti di diritto pubblico, salvo poi specificare quale sia la natura del rapporto di volta in volta coinvolto. Rifacendosi a categorie già elaborate da autorevole dottrina si può parlare, nel primo caso, di «transazioni di diritto privato aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico» e, nel secondo caso, «transazioni di diritto pubblico» (97): nel primo caso la transazione avrà natura di contratto di diritto privato dal momento che l'oggetto delle concessioni attiene pienamente al diritto privato; nel secondo caso si avrà un vero e proprio contratto di diritto pubblico *ex art. 11 l. 241/90*, dal momento che le concessioni possono avere ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo (98).

Ecco allora che può finalmente dirsi sciolta la riserva formulata nel precedente capitolo circa le effettive potenzialità della transazione nel diritto amministrativo.

(95) GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3, il quale peraltro fa notare che dette situazioni sono le uniche prese in considerazione dal Guicciardi proprio perché questi riteneva inammissibile la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del potere.

(96) GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4

(97) GRECO G., *op. cit.*, *passim*.

(98) T.A.R. Veneto, sez. I, 24 maggio 2000, n. 1107, in *Riv. amm. Veneto* 2002, 103 ss.

Lo stesso sciolta può dirsi la riserva che si era formulata a proposito della procedura di precontenzioso in sede di gara di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del codice degli appalti, ossia se fosse possibile per l'amministrazione cristallizzare in un atto avente contenuto transattivo l'assetto di interessi come ricostruito dall'Autorità per i contratti pubblici nel parere non vincolante. Anche in quel caso la stazione appaltante e il concorrente ben possono concludere un accordo transattivo che vincoli il futuro esercizio del potere amministrativo nel corso della gara alla interpretazione offerta dalla autorità.

Naturalmente il fatto che la procedura di gara si svolge in confronto di più soggetti concorrenti detto accordo non potrà risolversi in un danno nei confronti di questi (99).

7. La conciliazione

La conciliazione può essere intesa in due modi: a) come un risultato ovvero b) come un'attività diretta ad ottenere quel risultato (100).

Quando la conciliazione è intesa come attività si caratterizza per l'intervento di un terzo che offre alle parti di un rapporto controverso un *consilium* affinché queste possano autonomamente giungere al *concilium* (101), ossia

(99) E quindi un accordo che consenta all'impresa illegittimamente esclusa di partecipare alle successive fasi della gara è certamente ipotizzabile, lo stesso non può dirsi di un accordo tra la stazione appaltante e un concorrente finalizzato alla esclusione di un altro concorrente determinato.

Né potrebbe essere ritenuto ammissibile un accordo che abbia l'effetto di rendere maggiormente restrittivi (anche solo sul piano interpretativo) i requisiti di partecipazione alla gara o le valutazioni per l'attribuzione dei punteggi utili ai fini dell'aggiudicazione.

Il parere dell'Autorità reso tra stazione appaltante e concorrente potrebbe essere utilizzato anche al fine di raggiungere un accordo transattivo tra due concorrenti alla medesima gara, al fine ad esempio di ottenere la rinuncia all'impugnazione del bando o dell'aggiudicazione. In tal caso, peraltro, la transazione intercorrendo tra soggetti privati sarà necessariamente avulsa da aspetti pubblicistici e ricadrà *in toto* nella fattispecie dell'art. 1965 c.c.: la transazione sarà novativa rispetto alla controversia ma non rispetto al rapporto sostanziale di diritto pubblico che permane immutato, ed anzi risulterà rafforzato (v. *Greco G.*, *Contratti e accordi*, cit., n. 3).

(100) PICARDI N., *Manuale*, cit., 593.

(101) Così PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino 2008, 158; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. I, 49 ss.; Id., *Arbitrato e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1028 ss.; Id., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, cit., 390 ss.; RUBINO SAMMARTANO M., *Diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova 2006, 5 ss. *Sulla conciliazione in generale* v., oltre alle opere citate, LUISO F.P., voce *Conciliazione*, in *Il diritto-Encicl. giur. Il Sole 24 ore*, Milano 2007, vol. III, 498 ss.; Id., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201 ss.; SOLDATI N., *La conciliazione*, Milano 2007; BARTOLOMUCCI P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ. (agg.)*, vol. I, Torino 2007, 211 ss.; CAPONI R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.; DENTI V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzione alternativa*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 410 ss.; CHIARLONI S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 447 ss.; SATTA S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, 200 ss.; NICOLETTI C.A., *La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963.

comporre la controversia (102).

Se il ruolo di offrire alle parti il *concilium* è dalla legge riferito al giudice, si parla di conciliazione giudiziale, disciplinata da numerose disposizioni del codice di rito e leggi speciali (103).

Tralasciando la conciliazione giudiziale, e dedicando attenzione alla sola conciliazione stragiudiziale, questa è comunemente distinta, sulla base del ruolo svolto dal conciliatore, in conciliazione «facilitativa», in cui il terzo si limita a far emergere i reali interessi delle parti astenendosi dal proporre qualunque soluzione o consiglio e consentendo alle parti stesse il raggiungimento di un accordo; e conciliazione «valutativa», in cui il terzo, analizzate le rispettive pretese delle parti, e la loro fondatezza ed accoglibilità in sede giudiziaria, formula loro una proposta di accordo da esse liberamente valutabile e generalmente non utilizzabile nell'eventuale giudizio ordinario (104).

Sul piano funzionale la conciliazione stragiudiziale viene spesso usata dal legislatore quale «filtro», obbligatorio (105) o facoltativo (106), attraverso il quale le parti «possono» giungere ad estinguere la controversia prima di ricorrere al giudice (107).

Quanto all'oggetto, non vi è dubbio che la conciliazione può avvenire solamente su situazioni giuridiche soggettive disponibili (108), né deve essere contraria ad ordine pubblico e buon costume (109). Quando il legislatore usa il termine «conciliazione» con riferimento a situazioni giuridiche indisponibili,

(102) Accanto alla conciliazione si colloca la «mediazione». Il termine mediazione viene utilizzato dal legislatore solo in rari casi (es. mediazione familiare) anche se in dottrina, in assenza di una sicura convenzione terminologica, i due termini vengono spesso utilizzati come equivalenti (PUNZI C., *Il processo civile*, cit., vol III, 158; PICARDI N., *Manuale*, cit., 593). La differenza fra la mediazione e la conciliazione è stata talora individuata in dottrina nella necessaria presenza nella mediazione di un terzo qualificato ma diverso dal giudice (PICARDI N., *op. loc. ult. cit.*) e in altri casi, nel fatto che la conciliazione si conclude con un accordo di conciliazione stipulato dalle parti (ancorché aiutate dal conciliatore), mentre la mediazione prevede, invece, la possibilità che l'accordo venga predisposto dal mediatore ed accettato dalle parti (v. PUNZI C., *op. ult. loc. cit.*).

(103) Sull'importanza del ruolo del giudice nella conciliazione giudiziale si veda MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 39. La conciliazione giudiziale può presentarsi come conciliazione preventiva, in sede non contenziosa e affidata al giudice di pace (art. 322 c.p.c.), o come conciliazione successiva, che si svolge all'interno e nel corso del processo (cfr. art. 183, commi 3 e 9, e art. 185, comma 1, c.p.c.; nonché art. 350, comma 3, c.p.c., per ciò che attiene al processo ordinario di cognizione; art. 420 c.p.c. per il rito del lavoro; art. 708 c.p.c. per i procedimenti di separazione e divorzio; art. 696 *bis* c.p.c. in tema di accertamento tecnico preventivo).

(104) Così PUNZI C., *Il processo civile*, cit., 159 s.

(105) Si pensi al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di lavoro dall'art. 410 c.p.c.

(106) Non sono rare le clausole contrattuali con le quali le parti si autovincolano ad esperire un tentativo di conciliazione prima di adire il giudice.

(107) PICARDI N., *Manuale*, cit., 593 s.; RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 4.

(108) PICARDI N., *Manuale*, cit. 591; LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1026.

(109) PICARDI N., *Manuale*, cit., 590.

ad esempio nella cd. «mediazione» in materia familiare, attribuisce al termine un significato diverso da quello consueto e che si sta tratteggiando: «non già quella di favorire un accordo delle parti, idoneo a porre regole di condotta con effetti del tutto identici a quelli della sentenza, quanto quello di convincere le parti a tenere comportamenti conformi alle prescrizioni normative, o più in generale idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco. Essa ha quindi la funzione di prevenire comportamenti illeciti o comunque inopportuni: non già quella di porre termine ad una controversia giuridica» (110).

Quanto al frutto della conciliazione, tendenzialmente quando riesce le parti stipulano un accordo negoziale in cui cristallizzeranno le loro volontà, e nel quale si identificherà quel «risultato» di conciliazione di cui si parlava ad inizio paragrafo (111).

Salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'accordo conciliativo non è assistito da efficacia esecutiva. Questo elemento potrebbe avere effetti dissuasivi al ricorso alle procedure conciliative qualora una parte dubiti che l'altra mantenga fede agli impegni assunti in sede conciliativa (112); ma vanno a tal proposito fatte delle considerazioni. Da un lato infatti il ricorso allo strumento conciliativo anziché alla giurisdizione, e ancor più il fatto che la conciliazione si sia effettivamente raggiunta, sono di per sé sintomi del fatto che i rapporti tra le parti, seppur messi in crisi dalla controversia possibile o attuale si sono mantenuti buoni; pertanto, almeno in via tendenziale, sembra doversi escludere un inadempimento degli obblighi assunti in sede conciliativa. Dall'altro lato, il verbale di conciliazione potrebbe aprire la strada alla via monitoria nel caso in cui ne ricorrano i presupposti. Ancora, l'inadempimento in sede conciliativa potrebbe essere valutato come un comportamento idoneo, in esito ad un procedimento di cognizione, a fondare la responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*

Quando la conciliazione non riesce, si ritiene che l'esito negativo del procedimento non produca alcun effetto. In particolare si ritiene che il comportamento delle parti costituisca una manifestazione di volontà che assume rilievo come proposta contrattuale, e non ha alcun riflesso probatorio in un eventuale successivo giudizio (113).

Il comportamento delle parti, invece, potrebbe avere un importante riflesso in tema di ripartizione delle spese di lite dell'eventuale successivo giu-

(110) LUIO F.P., *op. loc. ult. cit.*

(111) L'accordo negoziale che cristallizzerà il cd. «risultato conciliativo» potrà assumere la forma della transazione, della rinuncia o del riconoscimento; v. SANTORO PASSARELLI F., *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1158.

(112) LUIO F.P., *op. cit.*, 1030.

(113) Neppure come comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.: così – in materia di controversie agrarie – Cass. 22 giugno 2001 n. 8596, in *Foro it.* 2001, I, 3120 e sostanzialmente anche Cass. 1 giugno 2001 n. 7445, in *Dir. e giur. agr.* 2002, 250.

dizio reso necessario dal rifiuto di una delle parti di una ragionevole proposta conciliativa. Se infatti la parte che ha rifiutato una ragionevole proposta conciliativa risulterà successivamente soccombente, sarà condannata alla rifusione delle spese processuali e potrà anche essere chiamata a rifondere i danni *ex art. 96 c.p.c.* Nel caso in cui, invece, dovesse risultare vittoriosa non potrà essere condannata *ex art. 96 c.p.c.*, ma, in applicazione del principio di causalità, dovrà sopportare le spese di lite. Questo principio è stato recepito dal legislatore del processo societario: l'art. 16, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, espressamente dispone che «ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative». A parere di chi scrive detta disposizione non rappresenta un'eccezione al criterio della soccombenza, ma un'applicazione espressa del criterio della causalità che sovrintende al riparto delle spese processuali nel nostro ordinamento (114).

(114) È stato giustamente affermato in dottrina che il principio di causalità, nel nostro ordinamento è latente (PAJARDI P., *La responsabilità per le spese ed i danni nel processo civile*, Milano 1959, 255; VECCHIONE R., voce *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.* 1970, 1128). In effetti non è agevole, per chi muova dalla più ovvia e letterale interpretazione delle norme degli artt. 91 e 92 c.p.c. metterne in luce la fondamentale importanza. Ma, ad una più attenta meditazione del diritto positivo, che deve necessariamente passare per una interpretazione sistematica di tutte le norme che dispongono in tema di spese, non si può fare a meno di notare, come accaduto a Chiovena (CHIOVENDA G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901, 247), che anche *de iure condito*, il criterio della soccombenza formale, se da una lato soffre numerose eccezioni, si presenta del tutto inadeguato a fornire una risposta in termini di equità e giustizia in situazioni in cui o la soccombenza non è ravvisabile, o alla soccombenza formale non dovrebbe seguire la condanna alle spese. Risposta che viene necessariamente ricercata sul piano frammentario ed empirico della casistica, come è avvenuto con il criterio della soccombenza ipotetica o virtuale per la ripartizione delle spese a seguito della dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

È da ritenere invece che il criterio generale che il legislatore avrebbe posto a base della disciplina generale della ripartizione delle spese di causa sia proprio il principio di causalità, e non quello meramente formale della soccombenza.

Se veramente si potesse sostenere che il criterio prescelto dal legislatore per la ripartizione delle spese di lite non si fondi sul mero dato formale della soccombenza, ma sul principio di causalità, si potrebbe anche ritenere che la soccombenza formale altro non sia che un elemento rivelatore della causalità stessa, nel senso che in genere è la parte soccombente nel merito ad aver dato causa al processo, o ad aver, col suo comportamento, indotto l'altra a servirsene (CHIOVENDA G., *op. cit.*, 242 ss.).

Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente il criterio della soccombenza impedirebbe in ogni caso di addossare totalmente le spese di lite alla parte formalmente vittoriosa (Cass. 18 gennaio 2000 n. 489, in *Mass. Giur. It.* 2000; Id. 18 ottobre 1997 n. 9762, in *Mass. Giur. It.* 1997; Id. 10 giugno 1997 n. 5174, in *Giust. Civ.* 1998, I, 493, ss.; Id. 9 luglio 1993 n. 7535, in *Mass. Giur. It.* 1993; Id. 11 giugno 1992 n. 7220, in *Giur. It.* 1993, I,1, 576 ss.). Peraltro non sono mancati casi in cui la Suprema Corte ha fatto ricorso al principio di causalità «puro»: v. Cass. 30 Maggio 2000 n. 7182, in *Foro It.* 2001, I, 955 ss., con nota di SCALA A.

8. La conciliazione e la pubblica amministrazione

A giudicare dal dato meramente numerico sembrerebbe che il legislatore veda nel settore delle controversie con la pubblica amministrazione il campo di elezione dello schema conciliativo. Numerosissime sono infatti le disposizioni che si rifanno, peraltro totalmente al di fuori di ogni sistematicità (115), a modelli conciliativi. A titolo di esempio si vedano l'art. 2 l. 14 novembre 1995, in materia di servizi di pubblica utilità, l'art. 65-bis d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che disciplina il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi ad un collegio di conciliazione istituito presso la Direzione provinciale del lavoro nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto, l'art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249, in tema di soluzione non giurisdizionale delle controversie nel campo delle telecomunicazioni; ancora attività conciliativa, seppur *sui generis*, è prevista dall'art. 8 l. 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Un caso del tutto particolare di procedura conciliativa è rappresentato, nel settore dei contratti pubblici, dalla procedura di accordo bonario di cui all'art. 240 codice degli appalti (116).

In tutte queste ipotesi la conciliazione riguarda sempre posizioni di diritto soggettivo, e, ove riesca, il verbale di conciliazione – ad eccezione della conciliazione in materia di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali – ha efficacia di titolo esecutivo, o quantomeno viene cristallizzato in un atto che vincola le parti.

Tra tutte, peraltro, la procedura conciliativa sicuramente più interessante, è quella di cui all'art. 6, comma 7, lettera *n*), del codice degli appalti. Detta disposizione, nell'elencare i compiti di competenza della Autorità Garante per

(115) CHITI. M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie*, cit., 3.

(116) Che detta procedura sia riconducibile al tipo conciliativo, destinato a sfociare in una transazione, non possono sorgere dubbi, se non per l'ipotesi in cui alla commissione è rimessa dalle parti la possibilità «di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, l'accordo bonario risolutivo delle riserve» ove sono chiari i caratteri dell'arbitrato (irrituale?) Così GRECO G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., n. 2.

Eppure non sempre così è stato interpretato. Infatti, con riferimento alla disciplina dell'art. 31 bis l. 109/94, nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge 166/2002, è stato sostenuto che l'accordo bonario avrebbe dovuto essere inquadrato tra gli accordi amministrativi, ex art. 11 della legge 241. STICCHI DAMIANI E., in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova 2001, 861. Non così nella seconda edizione della stessa opera (Padova, 2004, 1006 ss.). Ma, a parte tale discutibile inquadramento, se si tien conto dei possibili contenuti dell'accordo bonario risulterà facile escludere ogni esercizio di potestà pubbliche, che rappresenta il «*proprium*» degli accordi ex art. 11 l. 241. Infatti, attraverso l'accordo bonario, l'Amministrazione riconosce eventuali ulteriori compensi (per maggiori oneri sostenuti dall'appaltatore), riconosce eventuali proroghe dei termini contrattuali (evitando così all'appaltatore i rischi delle penali), concorda eventuali nuovi prezzi e varianti (nei limiti consentiti, dall'art. 24 della l. 109/94), ecc.: esercita, cioè, né più né meno quei poteri negoziali, connessi alla sua posizione contrattuale e alle relative obbligazioni. Così precisamente, sempre GRECO G., *op. loc. ult. cit.*

i Contratti Pubblici, dispone: «su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione». La norma detta la disciplina della cd. «procedura di precontenzioso in sede di gara», ossia l'attività con cui l'Autorità esprime il proprio parere in ordine a questioni che si potrebbero porre in sede di gara tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti; questioni che potrebbero potenzialmente degenerare nella impugnazione del bando di gara ovvero dei provvedimenti di esclusione o aggiudicazione. Al fine di prevenire il contenzioso le parti possono ricorrere all'Autorità affinché questa esprima il proprio parere non vincolante sulla vicenda formulando anche un'ipotesi di soluzione (117).

Il provvedimento dell'Autorità 10 gennaio 2008, che subentra al provvedimento 10 ottobre 2006, detta la disciplina per il procedimento. L'istanza può essere presentata dalla stazione appaltante o dalle parti interessate alla procedura, congiuntamente o disgiuntamente (118). Il procedimento si conclude in tempi strettissimi. È prevista un'attività istruttoria ed è garantita ad entrambe le parti la possibilità di partecipazione alla procedura. Qualora il procedimento è avviato su istanza della parte privata, la stazione appaltante è invitata a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità (119).

(117) Uno strumento simile venne inserito nello schema di regolamento generale di attuazione della «Merloni» su sollecitazione delle commissioni parlamentari. Nella relazione governativa al testo si leggeva: «non essendo configurabile allo stato attuale dell'ordinamento – al di là degli aspetti sanzionatori – un potere dell'Autorità di emettere statuizioni vincolanti *erga omnes*, e nemmeno verso i singoli (l'Autorità infatti non “regola” in senso stretto) si è ritenuto di prevedere un meccanismo che attribuisca all'Autorità, investita del relativo potere dalla volontà consensuale, la regolamentazione della specifica fattispecie, attraverso un momento di composizione stragiudiziale e pregiudiziale della possibile vertenza che consenta all'Autorità di dettare la regola per il caso concreto». Fu la Corte del Conti a negare il visto alla disposizione per mancanza dei relativi fondi. Sul punto v. CORSINI M., in AA.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, cit., sub art. 6, 53.

Ma un meccanismo di tal fatta esisteva ed era vigente nel nostro ordinamento, anche se poco conosciuto e poco applicato: era la procedura di conciliazione prevista dagli artt. 9 ss. Dir. CE 92/93 sui mezzi di ricorso, che tendeva a «trovare un accordo tra le parti nel rispetto del diritto comunitario». Su detta ultima procedura v. GRECO G., *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 163 ss.

(118) Diversamente da quanto sembra disporre il codice dei contratti, che invece richiede un'istanza congiunta.

(119) Si ritiene che detto invito non abbia carattere cogente: v. BALDI M., in AA.Vv., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di BALDI M., Tomei R., Milano 2007, sub art. 6, 82; VARLARO SINISI A., *Fioccano i pareri consultivi dell'Autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto, avalimento*, in *Urb. e app.* 2007, 420. Detto orientamento non pare condivisibile: quando una norma di legge o di altra fonte «invita» l'amministrazione a fare o non fare qualcosa, non significa che l'amministrazione sia libera di eseguire o non eseguire l'invito, ossia il fatto che si usi il verbo «invitare» non intacca la cogenza dell'ordine e l'amministrazione sarà comunque tenuta ad uniformare il proprio comportamento alle previsioni della norma. La ragione del verbo «invitare», infatti, va ad inci-

Sulla natura conciliativa del procedimento non possono sorgere dubbi: nella eventualità del sorgere di una controversia in sede di gara un soggetto terzo offre il proprio *consilium* affinché le parti possano addivenire al *concilium*. Peraltro rispetto a tutte le ipotesi di conciliazione che si sono esaminate questa si caratterizza per il suo oggetto.

Generalmente le ipotesi di conciliazione disciplinate dalla legge hanno ad oggetto situazioni di diritto soggettivo, magari fortemente connesse con situazioni di interesse legittimo, ma pur sempre di diritto soggettivo. Nel caso in esame invece oggetto della controversia (eventuale o già insorta) è una situazione di interesse legittimo come tale rientrante a pieno titolo nella giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che siamo nell'ambito della fase a diritto amministrativo (cd. «ad evidenza pubblica») della contrattazione pubblica. Inoltre il parere dell'Autorità non necessariamente è dato quando l'attività amministrativa – o, se si preferisce, l'esercizio del potere – si sono esauriti, ma la sua più importante funzione è di orientare l'esercizio del potere provvedimentale della stazione appaltante al fine di evitare l'illegittimità dell'aggiudicazione: ossia, in altre parole, il parere dell'Autorità ha la funzione di indicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali vizi nell'esercizio del potere in maniera che questa possa evitare che la procedura di gara, che si conclude con l'aggiudicazione, sia viziata e possa venire annullata dal giudice amministrativo, ad esempio perché un concorrente è stato ingiustamente escluso dal concorso.

Ciò non può che dar adito ad una serie di considerazioni. In primo luogo il legislatore non solo non ha ritenuto lo schema della conciliazione contrastante con la soluzione e/o prevenzione di controversie relative a posizioni di interesse legittimo, ma ha anche previsto che l'intervento di un soggetto terzo possa influire, seppure in maniera non vincolante, sull'esercizio futuro del potere amministrativo: nessuna disposizione impedisce l'intervento di un soggetto «conciliatore» che, nel corso del procedimento, ponendo in risalto eventuali vizi dell'agire dell'amministrazione, proponga comportamenti alternativi rispetto a quelli che questa sta seguendo al fine di evitare l'insorgere di una controversia probabile, o di porre fine ad una controversia già in atto; sarà in quest'ultimo caso l'amministrazione che, in esercizio dei suoi poteri di autotutela potrà autonomamente scegliere di seguire il *consilium* e, se è già stato instaurato in giudizio, far cessare la materia del contendere.

Altra questione riguarda la possibilità di cristallizzare in un atto negoziale l'eventuale risultato della conciliazione: la normativa tace sul punto, ma non

dere sul momento della motivazione del provvedimento che si discosta dall'invito: la pubblica amministrazione può tenere un comportamento diverso da quello al quale è invitata, ma deve dare conto in motivazione delle ragioni per cui ha deciso di discostarsi dal parametro normativo. In caso contrario il provvedimento sarà annullabile per violazione di legge per difetto di motivazione.

sembra potersi escludere che le parti possano impegnarsi e fissare in un atto avente natura *lato sensu* «transattiva» l'avvenuta conciliazione, ancorché l'oggetto delle reciproche concessioni possa riguardare non la disciplina delle conseguenze di un rapporto di diritto amministrativo già esaurito, ma addirittura l'esercizio stesso del potere.

La questione peraltro presuppone la dimostrazione della ammissibilità della transazione su rapporti di diritto pubblico che – come ci si è riservati *supra* – sarà affrontata *infra* (120).

Ancora, occorre verificare quali effetti il parere dell'Autorità, espressamente definito «non vincolante» dalla legge, può produrre nei rapporti tra le parti.

Se le parti decidessero di adattarvisi, evitando l'insorgere della controversia o ponendovi fine, affidando le loro volontà ad un atto negoziale non vi sarebbero soverchie questioni, ma poco sopra ci si è riservati di affrontare più avanti il problema.

Peraltro, anche qualora le parti non stipulassero nessun accordo, l'esistenza del parere dell'autorità non sarebbe comunque senza effetto.

Come si è detto sopra parlando della conciliazione in generale, si è ipotizzato che, nel caso in cui la conciliazione non fosse consacrata in un accordo negoziale, la mancata adesione ad una ragionevole proposta conciliativa – che nella specie consisterebbe nella proposta di soluzione della *quaestio controversa* avanzata dall'Autorità – avrebbe potuto aprire la strada alla responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*, ovvero nel caso in cui la ragionevole proposta fosse stata rifiutata dalla parte successivamente vittoriosa in giudizio, il principio di causalità avrebbe aperto la strada alla sua condanna nelle spese processuali.

Ciò vale naturalmente anche nel caso di specie a nulla rilevando che ci si trovi di fronte a controversie appartenenti *pleno titolo* alla giurisdizione amministrativa: infatti anche davanti al giudice amministrativo trovano applicazione le disposizioni processuali civili in tema responsabilità *in expensis* (121), nonché l'art. 96 c.p.c. in tema di responsabilità aggravata (122).

Va inoltre considerato un aspetto del tutto peculiare: qualora il funzionario amministrativo competente ad esprimere la volontà dell'amministrazione ritenga di discostarsi dal parere formulato dall'Autorità dovrà ben motivare la decisione di non seguire il *consilium* per evitare di incorrere, in caso di successiva sconfitta in giudizio dell'amministrazione cui appartiene, nella responsabilità amministrativa *ex art. 28 Cost.*

(120) Per alcune considerazioni v. GRECO G., *op. loc. ult. cit.*

(121) Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1171; AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F.G., 2a ed., Torino 2006, 165 s.

(122) C.G.A. Reg. Sic., 21 settembre 2006, n. 518, in *Riv. trim. appalti* 2007, 527; T.A.R. Veneto, sez. I, 19 febbraio 2000, n. 637, in *Foro amm.* 2000, 1837; Cass. 25 gennaio 1989, n. 429, in *Foro it.* 1990, I, 238 ss.

Ma l'importanza della disposizione del codice dei contratti va ben al di là della sua portata operativa. Essa infatti conferma la possibilità che lo strumento conciliativo possa essere adoperato anche per controversie aventi ad oggetto posizioni di interesse legittimo, senza peraltro porre quelle questioni che invece parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono insuperabili con riferimento alla transazione, all'arbitrato, all'arbitraggio o alla perizia arbitrale. Con la conciliazione, come si è visto sopra, l'effetto conciliativo non si produce grazie ad una imposizione proveniente da un soggetto terzo rispetto alle parti, ma consegue ad una loro libera scelta maturata grazie al *consilium* di un soggetto particolarmente affidabile. *Consilium* che, anche se non si traduce in un atto negoziale, produce effetti considerevoli sull'eventuale successivo processo in termini di responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*

La decisione di mutare il proprio comportamento è presa autonomamente dall'amministrazione in base ad una meditata lettura della questione proveniente da un soggetto terzo rispetto ad ambo le parti, lettura che non vincola certo l'attività amministrativa, ma offre gli strumenti per poter ragionevolmente prevedere gli esiti di una lite presente, ovvero futura o eventuale. A quel punto l'amministrazione potrà prendere autonomamente le sue determinazioni, eventualmente anche discostandosi dal *consilium* del terzo, salvo poi il rischio, in caso di sconfitta in giudizio, di sopportare una condanna per le spese processuali, oltre alla responsabilità *ex art. 96 c.p.c.* e, per il funzionario competente, la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

9. L'arbitraggio

L'arbitraggio (123) è disciplinato, al livello privatistico, da diverse disposizioni del codice civile, ed è previsto da talune leggi speciali.

L'art. 1349 c.c. disciplina la figura al livello generale: «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo

(123) Sull'arbitraggio in generale v. CATRICALÀ A., voce Arbitraggio, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988; CRISCUOLO F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996; CRISCUOLO F., voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610 ss.; SALANDRA V., *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano 1967; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitraggio*, Napoli 1992.

e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento».

Tra le disposizioni inerenti il contratto di vendita l'art. 1473 c.c. dispone: «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente.

Se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto».

Sempre in tema di contratto di vendita, l'art. 82 disp. att. c.c. indica in quale modo si può supplire alla mancata collaborazione di controparte nella nomina del terzo (124).

Al livello di leggi speciali costituiscono arbitraggio, ad esempio, quello che l'art. 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 definisce arbitrato (125), nonché il procedimento previsto dall'art. 64, comma 4, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 per la determinazione dell'equo compenso in caso di invenzioni del dipendente.

In cosa consista l'arbitraggio, e sui particolari che lo rendono diverso dall'arbitrato, la dottrina ha già detto molto. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente accennare che si ha arbitraggio quando le parti di un negozio rimettono ad un terzo la determinazione di alcuni elementi del negozio stesso, impegnandosi preventivamente ad accettare la determinazione. Che l'istituto opera anche nei negozi unilaterali (126) e che se le parti non hanno scelto di rimettersi all'arbitrio del terzo questo deve procedere alla scelta con equo apprezzamento.

Un aspetto che la dottrina mette raramente in risalto, in quanto probabilmente appare scontato, ma che è fondamentale ai fini della nostra ricerca, è che la determinazione, ancorché rimessa ad un terzo, appartiene alle parti che

(124) Sempre nel codice civile altre norme individuano istituti riconducibili al tipo dell'arbitraggio: all'art. 630 c.c. si prevede la determinazione ad opera di terzi della individuazione dell'istituto beneficiario, e dell'uso da farsi delle disposizioni testamentarie a favore dei poveri; all'art. 631 c.c. la scelta del legatario tra più persone, famiglie, categorie o enti determinati dal testatore; all'art. 632 c.c. la determinazione della quantità e dell'oggetto del lascito disposto a titolo remunerativo per i servizi prestati in vita al testatore; agli artt. 664 e 665 c.c. la scelta della cosa determinata dal testatore soltanto nel genere e in caso di legato alternativo; agli artt. 706 e 733 c.c. la divisione o la stima del progetto di divisione del patrimonio ereditario ad opera dell'esecutore testamentario o di persona designata che non siano eredi o legatari; e ancora, all'art. 778 c.c. la scelta del donatario tra più soggetti indicati e l'oggetto tra più cose designate tra o nei limiti stabiliti dal donatore. È pure ammessa la scelta del terzo nella individuazione dell'obbligazione alternativa (artt. 1286 e 1287 c.c.).

(125) ZUCCONI GALLI FONSECA E., in AA.VV., *Arbitrato*, cit., sub art. 806, 102.

(126) CATRICALÀ A., voce *Arbitraggio*, cit., 1.

ne assumono pienamente la responsabilità; in altre parole, salvo che la determinazione sia in qualunque modo viziata, e venga perciò posta nel nulla dal giudice, questa «appartiene» alle parti, che la fanno propria (127). Il terzo sarà responsabile nei confronti delle parti per il suo operato, ma nei confronti di tutti gli altri terzi la sua determinazione appare come determinazione delle parti.

Parte della dottrina ritiene impraticabile per la pubblica amministrazione la via dell'arbitraggio dal momento che non sarebbe ammissibile che essa deferisca ad un terzo la determinazione «della prestazione dedotta in contratto»; le perplessità che dovrebbero indurre a ritenere l'arbitraggio inammissibile sarebbero addirittura più evidenti di quelle che, sempre per il medesimo orientamento dottrinario, renderebbero impraticabile il ricorso all'arbitrato libero, non potendosi nemmeno invocare ad argomento una pretesa univocità di funzioni tra le due forme di arbitrato. La pubblica amministrazione, pertanto, sarebbe impedita a ricorrere all'arbitraggio poiché le sarebbe impedito deferire a terzi la formazione della sua volontà (128).

Detta conclusione è però da un lato apodittica, perché non sono spiegate le ragioni della impossibilità di deferire a terzi il momento volitivo dell'amministrazione pubblica – se non nella formazione della volontà provvedimentale, almeno nel momento della formazione della volontà negoziale – e soprattutto dall'altro trova smentita in diverse disposizioni di legge che prevedono ipotesi in cui la formazione della volontà amministrativa è completata dall'intervento di terzi (129).

Si pensi ad esempio alle commissioni di determinazione di premi e indennità previste da diverse disposizioni del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 «testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre, n. 352» per il caso in cui il privato non accetti la determinazione del Ministro (130).

(127) «L'arbitratore è autorizzato dalle parti a volere per loro», nel senso che «la volontà dell'arbitratore è volontà accessoria» rispetto a quella delle parti, che «completa il contenuto e determina l'efficacia della dichiarazione principale» rispetto alla quale è «un distinto *negozio giuridico*, con una sua propria rilevanza ed efficacia, sebbene di carattere ausiliario» (corsivo dell'Autore); così SANTORO PASARELLI F., *Negozio e giudizio*, cit., 1160.

(128) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 27 s.; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1199 s.,

(129) V. infatti LASCHENA R., voce *Arbitrato*, cit., 7: «L'esistenza di arbitraggi necessari di diritto pubblico non è dubbia», se non peraltro perché la legge espressamente ne prevede alcune forme. L'Autore richiama a titolo di esempio l'art. 2 l. 20 dicembre 1962, n. 1718.

(130) Si tratta di determinazioni che la dottrina aveva ricondotto ad ipotesi di arbitraggio (CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 315 ss.). Per la verità sembrerebbe più corretto ricondurre dette ipotesi sotto l'egida dell'arbitrato irrituale dal momento che le commissioni sono chiamate a risolvere un conflitto relativo al *quantum debeatur* per il caso di mancata accettazione delle stime del Ministro. Resta il fatto che in queste si è ancora nella fase genetica del rapporto del quale occorre individuare un elemento; individuazione che è rimessa all'apprezzamento di un soggetto terzo, la cui determinazione è fatta propria dall'amministrazione.

Non si vede poi per quale ragione all'amministrazione debba essere proibito rimettere a terzi la determinazione di taluni elementi di un contratto: si è visto *supra*, infatti, che l'amministrazione quando non esercita la propria attività istituzionale si configura come una persona giuridica titolare di una capacità di diritto privato identica a quella di qualsiasi altro soggetto (131), e lo stesso vale quando esercita attività contrattuale, seppure la presenza del pubblico interesse giustifica delle limitazioni alla sua autonomia privata; in linea generale, quindi, niente impedirebbe all'amministrazione – d'accordo con controparte e nei limiti consentiti dalla legge – di affidare a terzi la determinazione di taluni elementi contrattuali.

Ma soprattutto, ciò che rileva maggiormente come argomento a contrario, il ricorso allo strumento dell'arbitraggio non significa che «la volontà dell'amministrazione sia inammissibilmente rimessa a terzi». Come si è visto *supra*, infatti, la volontà finale è pure sempre «delle parti», ancorché una parte più o meno importante del contenuto dell'atto finale sia determinata da un terzo. Ciò che rileva alla fine non è la volontà del terzo, ma la volontà delle parti, che unica appare come determinante il concreto assetto di interessi raggiunto. Nei confronti di tutti gli altri terzi non appare che la volontà negoziale delle parti, mentre il fatto che detta volontà sia stata in parte determinata da un terzo ha rilievo esclusivamente nei rapporti tra le parti, e tra queste e il terzo. La decisione finale sul rapporto è comunque delle parti mentre la determinazione del terzo si pone in un momento logicamente anteriore rispetto al perfezionamento del negozio.

Inoltre che la determinazione di un elemento di un negozio o atto più complesso sia rimessa ad un terzo, non significa che questi sostituisca la propria volontà a quella delle parti: tutto al contrario sono le parti che fanno propria, anticipatamente, la manifestazione di volontà del terzo, il quale ne perde la paternità.

Quanto all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, occorre distinguere tra provvedimenti vincolati e provvedimenti a contenuto discrezionale.

In caso di provvedimento vincolato non pare possa esservi spazio per l'arbitraggio. Se si segue l'orientamento più restrittivo, secondo il quale sarebbe da considerare vincolato soltanto l'atto i cui contenuti siano assolutamente predeterminati, in modo che l'esercizio del potere si presenta come una semplice formalizzazione di un *quid* dal contenuto già predeterminato, sembrerebbe da escludere lo spazio stesso per la determinazione di un terzo su taluni aspetti contenutistici del provvedimento. Allo stesso modo, se si segue una diversa impostazione e si considera invece vincolato anche quel provvedimento

(131) BASSI F., *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 63.

il cui contenuto risulti legato all'esito della istruttoria procedimentale, in modo che l'atto risulterà vincolato non in virtù di una predeterminazione normativa del suo contenuto ma per il combinarsi delle risultanze dell'attività istruttoria, cui la legge fa corrispondere senza alcuna discrezionalità degli effetti «necessari» (132) non vi può essere spazio per l'arbitraggio. Al più l'amministrazione si potrà rivolgere a terzi per svolgere valutazioni inerenti l'attività istruttoria, ma in tal caso non si tratterà di arbitraggio dal momento che ciò che viene chiesto al terzo non è la determinazione vincolante di un elemento del rapporto, ma un accertamento *ad usum* dell'attività amministrativa vincolata, ossia una semplice consulenza tecnica.

Del tutto diversa è invece la conclusione con riferimento all'attività discrezionale che, a norma dell'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, può essere oggetto di accordi tra l'amministrazione e l'interessato al fine di determinare il contenuto del provvedimento, ovvero di sostituirlo con una determinazione negoziale. Ebbene, per tutto quanto si è detto *supra* non si vedono motivi per escludere la rimessione a terzi della determinazione, con carattere vincolante per le parti, di taluni elementi di quello che sarà il provvedimento finale. Provvedimento finale che sarà espressione esclusivamente di volontà pattizia (sempre nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse), mentre in nessun modo rileverà all'esterno che taluni suoi elementi siano frutto della determinazione di un soggetto terzo.

Lo stesso ragionamento vale per gli accordi tra pubbliche amministrazioni per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune di cui all'art. 15 l. 241/90.

Ecco allora che, salvo che diverse disposizioni di legge o le caratteristiche del procedimento rendano impraticabile l'arbitraggio, deve ritenersi che le pubbliche amministrazioni possano liberamente farvi ricorso nell'esercizio della loro attività di diritto privato e sempre con il limite del rispetto e del perseguimento del pubblico interesse (133).

10. La perizia arbitrale

Venendo alla perizia arbitrale, o perizia contrattuale, la figura è emersa nell'esperienza giurisprudenziale come incarico a terzi di svolgere, essenzialmente in base alla loro capacità tecnica, constatazioni o accertamenti che le parti si impegnano ad accettare, con riferimento ad una vicenda conclusa. La

(132) E così, ad esempio, se – prima dell'introduzione della «denuncia di inizio attività» io avessi depositato tutta la documentazione necessaria per ottenere una licenza edilizia, l'amministrazione sarebbe stata vincolata a concedermela. Allo stesso modo, se dall'attività istruttoria ricorrono tutti i presupposti della «guida in stato di ebbrezza», l'agente accertatore non potrà fare altro che procedere alla irrogazione della sanzione.

(133) Così FAZZALARI E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, cit., 162 s.

determinazione del terzo verte su una valutazione eminentemente tecnica con esclusione di ogni potere discrezionale o equitativo. Si tratta di uno strumento in genere utilizzato nella prassi dei contratti assicurativi contro i danni, nei quali sovente è previsto che in caso di contestazione sulla liquidazione del danno la determinazione sia affidata ad un collegio di periti (134).

Sulla natura della perizia contrattuale o arbitrale non vi è univocità di vedute. Secondo un primo orientamento la perizia contrattuale altro non sarebbe che un'ipotesi di arbitrato (135), altri ritengono sia un'ipotesi di arbitrato irrituale (136), altri ancora le negano l'autonoma configurabilità (137) mentre altri ne fa un istituto autonomo (138).

Peraltro a chi scrive sembra che miglior cosa sia indagare caso per caso tutte le ipotesi in cui viene rimesso a terzi l'accertamento di un dato prettamente tecnico, verificare la *ratio* di tale rimessione, e quindi individuare la natura dell'istituto. Ecco allora che, qualora le parti si siano risolte di rimettere a terzi la determinazione di elementi tecnici a completamento di un negozio tra di loro nella sua fase genetica non si può negare che ci si trovi di fronte ad un caso di arbitrato; qualora invece le parti di un rapporto controverso rimettano ad un terzo, scelto per le sue particolari conoscenze, un aspetto prettamente tecnico staccandolo dal resto dell'intera vicenda, allora si avrà perizia arbitrale, che peraltro si presenta come un arbitrato, seppur ad oggetto limitato (139).

Ecco allora che, se la perizia arbitrale altro non è che una sorta di arbitrato

(134) Cass. 18 febbraio 1998, n. 1721; Id. 28 agosto 1995, n. 9032; Id. 30 marzo 1995, n. 3791; Id. 11 novembre 1994, n. 9459; 16 luglio 1985, n. 4178. In dottrina v. BOVE M., *La perizia arbitrale*, Torino 2001; SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitrato*, Milano 1967; DIMUNDO A., *L'arbitrato la perizia contrattuale*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., vol. I, 143 ss., spec. 208 ss.; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitrato*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitrato*, Napoli 1992; CRISCUOLO F., voce *Arbitrato e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; Id., *Arbitrato e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996.

(135) Così ASCARELLI T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.* 1929, I, 308 ss.; ASCARELLI T., *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni* 1936, II, 2 ss.; FURNO C., *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157 ss., spec. 161, 167-168; FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino 1997, 29 s.; GABRIELLI G., *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitrato nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.* 1993, 663 ss., spec. 665 ss.

(136) SALANDRA V., *Arbitrato irrituale, arbitrato o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss., spec. 189; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitrato*, cit., 407.

(137) ELIA L., *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1948, II, 280 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988, 278 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitrato*, cit., 219 ss.; DIMUNDO A., *L'arbitrato la perizia contrattuale*, cit., 214 ss.

(138) BIAMONTI L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 955 ss.; RECCHIA G., voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, vol. I, Torino 1980, 366; MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitrato, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610.

(139) Così LUISO F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1996, 669 ss.; BOVE M., *La perizia arbitrale*, cit., *passim*, spec. 170 ss.

«ad oggetto irrituale» per modo che la differenza tra l'arbitrato e la perizia arbitrale sarebbe di tipo meramente «quantitativo» (140), detto strumento sarà utilizzabile da parte delle pubbliche amministrazioni nei limiti in cui si ritiene consentito lo strumento dell'arbitrato (141).

(140) BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

(141) Diversamente argomenta CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 27 ss., secondo il quale la perizia arbitrale consisterebbe nel deferimento a terzi di una questione dal carattere prettamente tecnico. Egli stesso la ritiene inammissibile – oltre che per il fatto che l'amministrazione non potrebbe rimettere ad un terzo l'esame di questioni tecniche dal momento che istituzionalmente dovrebbe essere dotata di un ufficio all'uopo competente (argomento questo invero fantasioso, come ammette del resto lo stesso Autore) – esattamente per le medesime ragioni per le quali ritiene inammissibile l'arbitraggio.

Il creditore erariale dissenziente al concordato preventivo

*Spunti di riflessione tratti dalla giurisprudenza
del Tribunale di Monza*

*Francesco Vignoli**

Quando Carnelutti giunse in Lombardia, per esercitare l'insegnamento presso l'Università di Milano, nella sua prolusione di esordio tenne a rimarcare che l'arrivo in una Accademia così prestigiosa costituiva motivo di grande soddisfazione.

Le ragioni di tale soddisfazione erano principalmente da ricondurre, secondo l'esimio giurista, nella constatazione che, in sintonia con gli insegnamenti romanistici, il diritto nasce dai traffici commerciali e si evolve con questi. Pertanto non vi era sede migliore di Milano, e della Lombardia, per prestare la propria attività.

Prendendo spunto dal grande maestro, si potrebbe dire che esaminare le tematiche del concordato preventivo e della transazione fiscale in una sede quale quella di Monza significa dibattere di una materia viva e in continua evoluzione, perché viva e in evoluzione è l'attività commerciale in questo spicchio della nostra Italia.

Monza è la terza città della Lombardia, ha più abitanti di comuni capoluogo di Regione quali ad esempio Trento, presenta una struttura commerciale e industriale che non ha bisogno di presentazioni. E' sufficiente percorrere la strada che collega Milano alla Brianza per rimanere sbalorditi dal numero di imprese. Per segnalare solo un evento si rileva che, da recentissime stime della Camera di Commercio della città, il Gran Premio di Monza, celebrato di recente, tra turismo e giro d'affari è una "macchina" che muove complessivamente oltre 110 milioni di Euro.

Ve ne è abbastanza per affermare che Monza costituisce un laboratorio importante per esaminare la portata applicativa di istituti di recente introduzione, la cui interpretazione si presta a una rimediazione di noti principi.

"L'art. 53 Cost. dispone che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. L'obbligo di concorrere alle spese pubbliche è dettato dalla fondamentale esigenza di reperire i mezzi ne-

(*) Avvocato dello Stato.

Relazione al Convegno "Il concordato preventivo: le prassi del Tribunale di Monza", organizzato da Cis-Centro studi di impresa su incarico della Fondazione forense con il patrocinio dell'Ordine degli avvocati e dei dottori commercialisti di Monza, tenutosi in Monza il 24 settembre 2010.

cessari per consentire allo Stato ed agli altri enti pubblici di poter assolvere i loro compiti istituzionali. Tale esigenza fondamentale richiede che detti enti possano fare affidamento in tempi brevi su una consistente entità di risorse finanziarie... la cui riscossione quindi deve essere certa". Così si esprimono i giudici di legittimità nella parte motivazionale della sentenza Cass. civ. sez. I, 1 marzo 2010, n. 4861.

Nella fattispecie, la Suprema Corte riconosce il privilegio ai crediti Irap "anche per il periodo antecedente alla intervenuta modifica dell'art. 2752 c.c., dovendosi ritenere la previsione di detto privilegio implicitamente inclusa in detta norma in base ad una consentita interpretazione estensiva della stessa". Va evidenziato che la sentenza disattende l'orientamento ancora recentemente adottato dal Tribunale di Monza (cfr., da ultimo, la sentenza 4 febbraio 2010, n. 446) che ammettendo l'Irap al chirografo si poneva, per il vero, in una posizione isolata rispetto agli altri Tribunali del distretto (*ex multis*, Tribunale di Como, sentenza n. 548/07; Tribunale di Milano, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 7038) che avevano anticipato, nelle loro statuizioni, il recente arresto della Cassazione.

La pronuncia del 2010 sopra richiamata ribadisce il tradizionale principio della indisponibilità dell'obbligazione tributaria (cfr. Cass. civ. Sez. V, sent. 25 gennaio 2008, n. 1605).

L'inserimento nel *corpus* della disciplina fallimentare dell'art. 182 *ter* pone l'interprete di fronte a una possibile ipotesi di superamento del suddetto principio.

La norma consente al debitore intenzionato a proporre una domanda di ammissione al concordato preventivo di integrare il piano concordatario, che sarà sottoposto all'approvazione dei creditori, con la formulazione di una proposta nei confronti dell'erario per il pagamento anche parziale dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali. Sono esclusi dalla falciida i "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea", e, con l'inserimento di una specificazione dettata da un contrasto esegetico circa la natura comunitaria, l'Iva, nonché, con l'interpolarazione operata dal recentissimo d.l. n. 78 del 2010, le "ritenute operate e non versate".

Il compito della difesa erariale è stato di interpretare la nuova legge fallimentare in coerenza, principalmente, con i principi costituzionali di cui agli artt. 53 e 97 ed altresì in sintonia con gli istituti tradizionali del diritto civile e tributario e, per quanto possibile, con l'art. 49 del R.D. n. 827 del 1924 "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato" in forza del quale "nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione".

Lo sforzo sostenuto dalla difesa dell'Agenzia, non certo aiutata da buona parte della dottrina spesso professionalmente interessata e, dunque, maggiormente incline agli interessi particolaristici del contribuente, si è fondato prin-

principalmente sulla imprescindibilità della transazione fiscale in sede di proposta di concordato, sulla necessità di una attenta informazione all'Amministrazione da parte del proponente il concordato in ogni fase dello stesso e sul rispetto della *ratio* del concordato, teso a consentire una ripresa dell'attività aziendale. Il nodo giuridico più delicato, però, riguardava (e riguarda) la nozione di transazione fiscale.

Nelle procedure di omologazione nelle quali l'Agenzia ha manifestato il dissenso, è stato sostenuto che l'espressione transazione fiscale, cui fa espressamente ricorso l'art. 182 *ter* L.F., richiama indiscutibilmente il contratto previsto dall'art. 1965 c.c., caratterizzato dalla reciprocità delle concessioni.

Ciò implica una manifestazione di volontà dell'Amministrazione contraente che è l'unica a potere disporre del credito tributario che non può essere falcidiato dalle unilaterali previsioni del debitore e, tanto meno, dalla deliberazione degli altri creditori.

In altri termini, dapprima, attraverso il procedimento della transazione fiscale, viene raggiunto l'accordo tra Amministrazione fiscale e contribuente; successivamente, se viene raggiunto l'accordo, detto assenso viene manifestato attraverso l'esercizio del voto.

Si deve prendere atto che il Tribunale di Monza (fra le più recenti si segnala la pronuncia 10 aprile 2010 - R.G. conc. n. 4/09), in linea con la giurisprudenza maggioritaria, ha escluso che la transazione sia un autonomo accordo, inquadrandola invece in una fase endoconcorsuale, che si chiude con l'adesione o il diniego alla proposta di concordato mediante voto espresso nell'adunanza dei creditori.

Per l'effetto, l'accordo si identifica con il concordato stesso e non può che dividerne gli effetti e le sorti nelle sue varie fasi fisiologiche (esecuzione) e patologiche (risoluzione ed annullamento).

Dunque, confluendo nel concordato preventivo, la transazione fiscale finisce per partecipare a pieno titolo della natura di esso, posto che l'accordo si realizza nel concordato preventivo, con conseguente identificazione degli effetti e dei rimedi per esso stabiliti dalla legge.

Per l'effetto, l'avviso dell'Amministrazione finanziaria non può avere, *ex se*, effetto preclusivo, anche in virtù della costruzione dell'istituto in commento in termini del tutto peculiari rispetto al normale schema civilistico della transazione.

La determinazione dell'Amministrazione deve essere espressa in sede di adunanza dei creditori e quest'ultima deve ritenersi soggetta alle regole per la formazione della maggioranza in ordine all'approvazione o meno della proposta.

La transazione fiscale ha così una natura dipendente rispetto al piano concordatario proposto dall'imprenditore con conseguente soggezione del voto espresso dall'Amministrazione alle regole dell'approvazione a maggioranza.

La giurisprudenza del Tribunale di Monza aderisce così a una nozione atecnica di transazione che non è certamente quella civilistica, assenti le reciproche concessioni, e che rende disponibile l'obbligazione tributaria anche senza il consenso dell'Amministrazione che soggiace alle determinazioni della maggioranza concordataria.

Chi scrive non nasconde una certa perplessità sulla soluzione adottata dal Tribunale, in ragione dell'invocato principio costituzionale di indisponibilità e in considerazione del fatto che è sempre più frequente, ma forse sarebbe più corretto dire che risulta costante, che la società proponente il concordato fondi la realizzazione del piano mediante la cessione di tutto il proprio patrimonio e la chiusura dell'attività aziendale.

E' stato sollevato, dal creditore dissenziente in sede di opposizione al concordato, il contrasto con la ragione ispiratrice degli istituti del concordato e della transazione fiscale che non sono stati previsti come forma di liquidazione della società, ma come strumento di continuazione dell'attività di impresa.

L'assunto è stato disatteso dal Tribunale. Si segnala, in particolare, la pronuncia 10 aprile 2010 sopra richiamata.

A sostegno delle tesi esposte, la difesa erariale aveva invocato il decreto 4 agosto 2009 emesso dal Ministero del Lavoro di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze.

Ai sensi dell'art. 4 del predetto decreto "gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie possono accedere alla proposta di accordo nel rispetto dei seguenti parametri valutativi: e) essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali".

Premesso che la disposizione letteralmente concerne "gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie", ma anche ammesso che operi per l'Agenzia delle Entrate, il Tribunale ha ritenuto che applicare l'art. 4 cit. significherebbe introdurre una *conditio sine qua non*, peraltro di fonte secondaria, che la disciplina fallimentare non prevede.

Se la *ratio* ispiratrice del concordato preventivo è - come vi è motivo di ritenere e verrà meglio esposto di seguito - quella di consentire una ripresa della attività imprenditoriale in crisi, in assenza di disposizioni normative inequivoche, non è agevole dimostrare *de iure condito* l'illegittimità della prassi che si va consolidando e che individua nel concordato un strumento anticipato di risoluzione delle controversie, consentendo la distribuzione di ogni posta attiva ai creditori e la cessazione della attività dell'impresa.

E' su tale profilo che si intende, in questa sede, insistere per precisare compiti e strategie assunte.

Il Tribunale di Monza, con la pronuncia sopra richiamata, con affermazione ingenerosa e atecnica, ha enunciato che "l'amministrazione finanziaria è costantemente tesa a porre barriere e limiti alla proposta accettabile, tali da

rendere per altri versi inutile l'istituto", per poi concludere, in maniera piuttosto involuta, che "si tratta, in tutta evidenza, di un problema politico e di bilancio".

Ad avviso dell'esponente, l'esigenza fondamentale che animava la riforma era quella di agevolare l'uscita delle imprese dalla crisi, risolvendo rapidamente la situazione di insolvenza, in funzione del salvataggio dell'azienda e dei posti di lavoro. Diversamente sarebbe stato poco comprensibile l'asserita attenuazione del principio di indisponibilità del credito tributario se non temperandolo con analoghi principi, sempre di rango costituzionali, tesi a tutelare l'iniziativa economica privata e, soprattutto, la protezione del lavoro.

L'istituto del concordato d'altronde fu introdotto con la legge 24 maggio 1903, n. 197 al fine di "offrire al debitore onesto, ma sfortunato, il mezzo per evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa, per se stessa vitale, come danno per la pubblica economia". Per arrivare ai giorni nostri, va soggiunto ed evidenziato che, come emerge nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 5 del 2006, l'obiettivo della riforma è quello di "ispirarsi ad una prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del 1942, ma confluiscono interessi economici o sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale".

Il concordato preventivo, invece, ha assunto nella prassi una funzione solutoria volta a soddisfare celermente i creditori evitando una defatigante procedura fallimentare. Si tratta di una soluzione conveniente per l'impresa privata che chiude, per i creditori che vengono (più o meno) soddisfatti sollecitamente, ma non necessariamente per l'erario e certamente non per la continuità aziendale.

Va soggiunto che l'Agenzia ha lamentato sovente che la proposta concordataria non era accompagnata da alcuna garanzia tesa ad assicurare l'effettivo adempimento.

Il Tribunale di Monza ha concentrato nella fase di omologazione il rispetto ai profili di legittimità della proposta riservandosi successivamente di intervenire, se sollecitato, in caso di vizio di funzionamento dell'esecuzione del concordato.

Più volte il Tribunale di Monza ha rammentato ai creditori dissenzienti che il concordato, ancorché omologato, potrà risolversi, su istanza del creditore interessato, ai sensi dell'art. 186 L.F., qualora non venga correttamente adempiuto.

Pertanto la carenza di serietà della proposta, ove venisse nei fatti confermata, potrà costituire motivo di risoluzione dell'accordo.

A fronte delle prime applicazioni giurisprudenziali, non propriamente favorevoli alle tesi dell'erario, la preoccupazione del legislatore successivo alla

riforma è stata quella di eliminare alcuni crediti dalla falcidia.

Dapprima è intervenuto l'inserimento di una opportuna addenda interpretativa relativa all'Iva, dettata da un contrasto esegetico circa la sua natura di risorsa comunitaria, poi è stata operata l'interpolazione, con il recentissimo d.l. n. 78 del 2010, delle "ritenute operate e non versate". Non sarebbe sorprendente annotare nel futuro ulteriori ritocchi.

Nell'ambito di una disciplina che pare in divenire, oscillante, a seconda del tipo di intervento legislativo, fra la liberalizzazione delle procedure, in nome di una più rapida definizione della trattazione della crisi, e la preoccupazione per i conti pubblici, in attesa che si affermi un consolidato orientamento giurisprudenziale, soprattutto di legittimità, vi è motivo di ritenere che non si possa prescindere, dal rispetto della disciplina dell'art. 182 *ter* L.F.

Ciò comporta che la falcidia e la dilazione del credito tributario è ammissibile soltanto qualora il debitore si attenga puntualmente alle disposizioni che disciplinano la transazione fiscale. La transazione fiscale, dunque, non è una semplice facoltà. Non inganni il "può" contenuto nell'*incipit* dell'art. 182 *ter* L.F.

Nel vigilare sul pieno rispetto della normativa, lo sforzo da perseguire per il creditore dissenziente, nell'ambito di quella che è stata definita come "amministrazione di risultato", è altresì quello di valutare, in sede di disamina della proposta concordataria, il maggiore favore per le entrate dello Stato della procedura fallimentare rispetto al concordato. Ossia verificare con una valutazione prognostica, che tenga conto anche della maggiore speditezza della procedura concordataria, se la via fallimentare possa garantire maggiormente la collettività.

Quanto sopra allo scopo di assicurare al cittadino un'amministrazione responsabile non solo della legittimità del proprio operato, ma anche dei risultati raggiunti.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2010
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma