

ANNO LXVII - N. 1

GENNAIO - MARZO 2015

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Michele Dipace. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Gaetano Scoca.*

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

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - Marina Russo - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Guglielmo Bernabei, Federico Casu, Giuseppe Cerrone, Luca dell'Osta, Alessandro De Stefano, Ettore Figliolia, Fabrizio Gallo, Mariana Giordano, Antonio Grumetto, Paolo Marchini, Leonello Mariani, Francesco Molinaro, Giancarlo Montedoro, Glauco Nori, Gabriele Pepe, Diana Ranucci, David Romei, Ines Sisto, Marco Stigliano Messuti.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829562

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

SEMINARIO

Giuseppe Fiengo, <i>Roma, li 8 luglio 1977: il recupero di una testimonianza</i>	pag.	1
<i>Atti del Seminario "Un nuovo ordinamento dell'Avvocatura dello Stato" tenutosi a Roma l'8 luglio 1977 a cura del Centro studi e iniziative per la riforma dello Stato</i>	»	3
Ugo Spagnoli, <i>Introduzione</i>	»	4
Luciano Violante, <i>Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato fra legittimazione dell'autorità e difesa della parte amministrazione</i>	»	5
Fabio Lorenzoni, <i>Riforma dell'Avvocatura e decentramento autonomistico dello Stato, fra giustizia amministrativa e nuove prospettive delle professioni private</i>	»	12
Benedetto Baccari, <i>Problemi e prospettive degli avvocati giovani ed anziani</i>	»	19
Piergiorgio Ferri, <i>L'Avvocatura dello Stato a garanzia della parità tra le parti</i>	»	21
Pietro Conti, <i>Il quadro politico istituzionale di una possibile riforma</i>	»	25
Giovanni Bestente, <i>La questione della collegialità</i>	»	28
Danilo Laurenti, <i>Il superamento di alcuni luoghi comuni</i>	»	31
Enrico Vitaliani, <i>I punti "ancora saldi" dell'Avvocatura dello Stato</i>	»	35
Luigi Mazzella, <i>La diversa funzione tra il giudice e il consulente</i>	»	39
Filippo Marzano, <i>L'avvocato dello Stato "amicus curiae"</i>	»	41
Plinio Sacchetto, <i>Imparzialità ed efficienza nell'attività consultiva</i>	»	43
Antonio Freni, <i>Il rapporto tra l'avvocato e la politica</i>	»	47
Roberto Maffioletti, <i>Conclusioni</i>	»	51
Franco Battistoni Ferrara, <i>La primazia di una decisione politica trasparente e responsabile</i>	»	55
Piero Piacentini, <i>La temporaneità degli incarichi direttivi</i>	»	57

CONTENZIOSO NAZIONALE

Paolo Marchini, <i>La Corte costituzionale e l'I.R.E.S.A. (Imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili civili) come tributo di scopo ambientale</i> (C. cost., sent. 13 febbraio 2015 n. 13)	»	61
David Romei, <i>L'incandidabilità del Sindaco e degli amministratori locali che hanno causato lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose</i> (Cass. civ., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2015 n. 1747)	»	76
Francesco Molinaro, <i>Danno da emotrasfusioni: Quando inizia la responsabilità del Ministero della salute?</i> (Cass. civ., Sez. Terza, sent. 22 gennaio 2015 n. 1136)	»	95
Luca Dell'Osta, <i>La pubblicità degli avvisi d'asta sui quotidiani e la discrezionalità del giudice dell'esecuzione (art. 490 c.p.c.)</i> (T.a.r. Emilia Romagna, Sez. Prima, sent. 26 febbraio 2015 n. 175)	»	109

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Leonello Mariani, <i>La difesa in giudizio nei rimedi risarcitori (art. 3 CEDU) a favore di soggetti detenuti</i>	pag.	119
Alessandro De Stefano, <i>Onere di pagamento del contributo unificato in caso di soccombenza reciproca nel giudizio</i>	»	126
Antonio Grumetto, <i>L'obbligo di pubblicazione dei dati patrimoniali da parte dei componenti degli organi di indirizzo politico delle p.A.</i>	»	129
Alessandro De Stefano, <i>Applicabilità di misure di salvaguardia di assetto idrogeologico in mancanza di approvazione di una generale attività di pianificazione</i>	»	133
Marco Stigliano Messuti, Ines Sisto, <i>Sulla gestione del demanio marittimo</i>	»	141
Alessandro De Stefano, <i>Negoziazione assistita e patrocinio erariale</i> . . .	»	145
Ettore Figliolia, <i>Opere protettive in corrispondenza dei cavalcavia autostradali: spettanza degli oneri manutentivi</i>	»	149
Diana Ranucci, <i>Il fondo patrimoniale e la sua opponibilità ai creditori</i>	»	151

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Giuseppe Fiengo, <i>Opere pubbliche: il progetto e poi, l'appalto</i>	»	159
Federico Casu, Giuseppe Cerrone, <i>Per una rilettura costituzionale dell'art. 262 del codice penale</i>	»	162
Fabrizio Gallo, <i>La protezione sussidiaria per violenza indiscriminata ex art. 14 lett. c) D.l.vo 251/2007, tra diritto interno e diritto dell'unione europea</i>	»	176
Giancarlo Montedoro, Mariana Giordano, <i>La legge di stabilità: le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo</i> . . .	»	188

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Glauco Nori, <i>Qualche dettaglio in più sulla sentenza FIOM: La legittimità costituzionale della norma di risulta</i>	»	197
Guglielmo Bernabei, <i>Difficile sviluppo del rapporto tra decreto legge e legge di conversione</i>	»	209
David Romei, <i>L'ordine logico di esame del ricorso principale ed incidentale alla luce dei recenti arresti dell'Adunanza Plenaria</i>	»	236
Gabriele Pepe, <i>La primazia negli organi collegiali pubblici: ricadute applicative</i>	»	258

SEMINARIO

Roma, li 8 luglio 1977: il recupero di una testimonianza

Nel rimettere a posto le carte della Rassegna, ho ritrovato un vecchio “ciclostilato” che riportava gli atti di un convegno svolto a Roma l’8 luglio 1977 (ndr: lo stesso giorno nasceva mio figlio Francesco), presso il Centro Problemi dello Stato del Partito Comunista Italiano. L’iniziativa rivestiva uno spiccato carattere di novità, perché dopo l’apertura di Ugo Spagnoli, poi divenuto noto per la riforma delle carriere della magistratura ordinaria, e la relazione di Luciano Violante, apriva un dibattito nel quale erano attivamente presenti sia importanti componenti della Democrazia Cristiana che esperti del nuovo Partito Socialista Italiano. Cominciava l’epoca di Bettino Craxi e si avviavano i primi tentativi del “compromesso storico”.

Il tema del convegno aveva ad oggetto il ruolo istituzionale dell’Avvocatura dello Stato, regolata ancora dal Testo Unico redatto del 1933, nel nuovo ordinamento della Repubblica democratica e pluralista, in un contesto amministrativo che si andava articolando con l’istituzione delle regioni a statuto ordinario e con l’entrata in funzione dei Tribunali Amministrativi Regionali. In pratica questo incontro fu il viatico politico per la riforma dell’Avvocatura dello Stato, poi approvata in Parlamento con la legge 3 aprile 1979 n. 103.

Tra i primi compiti di una rivista penso che vi sia quello di conservare in qualche modo la testimonianza dei momenti fondamentali della storia dell’Istituto, evitando quelle dispersioni di atti e di cose che il tempo e l’accumulo del lavoro quotidiano rendono involontariamente normali.

V’è poi un’ulteriore ragione, che mi induce alla pubblicazione di questi atti (Massimo Severo Giannini diceva in proposito che “più crescono le giustificazioni, più aumenta la cattiva coscienza”), e sono i nomi dei colleghi che intervennero in quel dibattito: Benedetto Baccari, Giovanni Bestente, Pier Giorgio Ferri, Antonino Freni, Danilo Laurenti, Luigi Mazzella, Plinio Sacchetto, Enrico Vitaliani ed altri.

È stata la generazione di avvocati dello Stato che hanno immaginato il futuro del nostro lavoro, il modo di approcciarsi ad una amministrazione ormai caratterizzata dal pluralismo dei soggetti decisori (lo Stato, le Regioni, le comunità locali, ma anche le nascenti Autorità indipendenti e la Comunità Economica Europea), generazione alla quale mi sembra doveroso rendere omaggio, per quello che hanno pensato ed, in parte, anche realizzato.

I temi di fondo svolti nel dibattito attengono essenzialmente: a) alla necessità di assicurare un sistema chiaro e trasparente nel rapporto tra la scelta politica e la trattazione tecnica degli avvocati pubblici, in termini semplici la corretta gestione delle liti e degli affari consultivi; b) al riconoscimento dell'autonomia professionale (e delle carriere) degli avvocati e procuratori dello Stato, in alternativa al carattere fortemente accentrato del potere, nelle mani dell'Avvocato Generale e degli avvocati distrettuali, che derivava dalla legislazione dell'Anteguerra; c) alle modalità di raccordo della difesa erariale con la difesa delle regioni a statuto ordinario e degli enti infraregionali. Sul punto il modello operativo tendeva a muoversi sulla base dell'esperienza fatta con le regioni ad autonomia speciale i cui statuti, con legge costituzionale, prevedevano il patrocinio obbligatorio da parte dell'Avvocatura dello Stato; d) all'actio finium regundorum dell'attività consultiva tra l'Avvocatura dello Stato ed il Consiglio di Stato, che si andava sempre più affrancando dal carattere domestico della sua giurisdizione per divenire, sulla base della previsione costituzionale, giudice d'appello sull'esercizio dei poteri pubblici.

Ed è proprio la tematica svolta nel convegno del luglio del 1977 che mostra forse la ragione di fondo per la quale la Rassegna pubblica gli atti: l'estremo interesse ed attualità delle idee ivi espresse ed il fondamento di quanto spesso ancora oggi si rivendica nel nostro lavoro come profonda riforma e/o innovazione della struttura e funzione dell'Avvocatura dello Stato.

In definitiva le idee non hanno tempo; e molte cose che ancora oggi si esprimono come necessità di adeguamento alla nuova organizzazione dei pubblici poteri, non sono altro, in realtà, che "ritorni ad un nostro passato", pensato e vissuto, talvolta nelle prassi, e comunque nelle coscienze di chi in quei colleghi, in quei tempi e in quelle idee ha creduto e crede fermamente.

G.F.

CENTRO STUDI E INIZIATIVE
PER LA RIFORMA DELLO STATO

ATTI DEL SEMINARIO PER
**UN NUOVO ORDINAMENTO
DELL'AVVOCATURA DELLO STATO**

ROMA, 8 LUGLIO 1977

SOMMARIO

Introduzione

Ugo Spagnoli

Relazioni

Luciano Violante: Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato fra legittimazione dell'autorità e difesa della parte amministrazione.

Fabio Lorenzoni: Riforma dell'Avvocatura e decentramento autonomistico dello Stato, fra giustizia amministrativa e nuove prospettive delle professioni private.

Dibattito

Benedetto Baccari

Pier Giorgio Ferri

Pietro Conti

Giovanni Bestente

Danilo Laurenti

Enrico Vitaliani

Luigi Mazzella

Filippo Marzano

Plinio Sacchetto

Antonio Freni

Conclusioni

Roberto Maffioletti

Comunicazioni Scritte

Franco Batistoni Ferrara

Piero Piacentini

I N T R O D U Z I O N E

UGO SPAGNOLI (*)

Ringrazio i presenti che hanno voluto partecipare a questo seminario indetto dal Centro per la Riforma dello Stato con lo scopo di giungere ad un primo momento di approfondimento e di dibattito su un tema che per la verità, almeno per l'esperienza del Centro, non è stato fino ad oggi dibattuto come in realtà meritava.

Per questo abbiamo ritenuto di affrontare in sede di riflessione preliminare una serie di temi che riguardano oggi il ruolo e la funzione dell'Avvocatura dello Stato, anche in riferimento alle trasformazioni dell'assetto statale, in modo da toccare sia problemi più ampi sia questioni di riforma dell'Avvocatura. C'è stata una serie di riunioni di notevole interesse, e da esse è venuta l'esigenza di avere un momento più ampio di confronto, onde esaminare i punti di arrivo di questo nostro studio e chiedere l'apporto, il contributo di un più vasto numero di appartenenti all'Avvocatura dello Stato.

Si tratta di un problema che presenta aspetti diversi e complessi, sentiamo però che non può essere più una questione che si dibatta soltanto all'interno dell'istituzione. Occorre un momento di approfondimento e di conoscenza esterna che non abbia puramente e semplicemente un riflesso legislativo, senza che siano tenuti presenti i contenuti culturali, istituzionali delle questioni non solo da parte delle forze politiche, ma anche da parte di quelle forze culturali che si occupano dei problemi dello Stato.

Ecco, quindi, l'esigenza nostra -direi; se ce lo consentite, più nostra che vostra- di sapere, capire, apprendere. Vogliamo conoscere il valore, il ruolo, la funzione, degli avvocati dello stato che costituiscono a nostro avviso un patrimonio prezioso, e che devono essere giustamente inquadrati anche in una riforma più ampia dello Stato, in modo che l'apporto di una ricchezza di conoscenze professionali specifiche, ma di alto rilievo, come a tutti è noto, possa in realtà avere uno spazio, un giusto riconoscimento, un ruolo effettivo nell'ambito di quel processo di democratizzazione e di trasformazione dello Stato che costruiamo giorno per giorno.

Di qui l'esigenza di questa nostra iniziativa per affrontare problemi che noi non conosciamo in maniera approfondita e per cui chiediamo soprattutto un contributo dal dibattito per avere una visione più ampia e più dettagliata di questo delicato aspetto del funzionamento dello Stato. Il confronto ci può consentire di avere materiali validi che poi, per quanto potrà essere necessario potranno avere un riflesso nei momenti di riforma, senza incidere sull'autonomia delle forze politiche parlamentari che ovviamente agiranno come riterranno più opportuno, ma fornendo l'apporto di un momento di approfondimento quale riteniamo si possa avere anche nel corso di questo nostro incontro.

Ecco perché le relazioni di Violante e di Lorenzoni non vogliono avere un carattere definito e conclusivo: sono indicazioni di problemi, di temi, dei punti nodali di maggior interesse, con indicazioni di soluzioni là dove le soluzioni possono essere già in qualche modo individuate, con impostazione di problemi là dove invece le questioni sono ancora aperte e dove sentiamo di più il bisogno dell'apporto di un confronto.

Ci avviciniamo, quindi, ai temi dell'Avvocatura dello Stato non certo con la pretesa di

(*) Deputo PCI, presidente del Centro per la Riforma dello Stato, poi giudice costituzionale dal 1986 al 1995.

dare indirizzi che abbiano in qualche modo un carattere definitivo, ma veramente per consentire un confronto e un approfondimento di questi problemi che non si svolga più, ripeto, all'interno dell'istituto, ma che abbia questo riflesso esterno.

Questo è il metodo che abbiamo seguito fino ad oggi e che riteniamo di seguire, sapendo di non considerare conclusiva questa nostra iniziativa. I problemi della Avvocatura dello Stato hanno trovato recentemente attenzione nella grande stampa, ma è stata una parentesi che si è rinchiusa abbastanza rapidamente; noi teniamo invece a riaprirla, non certo a livelli di grande pubblicistica, ma di studio; salvo poi vedere quali potranno essere i frutti e l'uso che di questo materiale si potrà fare e che noi intendiamo raccogliere.

Questo volevo dire come premessa di questa nostra riunione, con un ringraziamento che non è soltanto formale, ma sincero. È uno sforzo che compiamo, che riteniamo sia giusto compiere, perché la questione interessa profondamente, ce ne siamo accorti sempre più cammin facendo, per implicazioni e questioni che in realtà non erano così facilmente presenti all'attenzione generale.

Debbo dire ancora che proprio per questo, per la partecipazione vostra, per l'adesione che c'è stata abbiamo ritenuto anche apportare una modificazione nel nostro programma. Avrei dovuto assumere io le conclusioni di questo nostro seminario, ma mi sembrava un pò presuntuoso -e lo dico sinceramente-, che dovessi concludere su questioni che per la verità conosco abbastanza superficialmente, anche se ho seguito nei limiti in cui mi è stato possibile i lavori preparatori. Abbiamo invece ritenuto che fosse più consono al dibattito che le conclusioni venissero assunte dal Senatore Maffioletti che ha seguito molto più di me questa questione anche sul terreno legislativo: se ne è occupato già nel corso della scorsa legislatura quando il problema si era aperto al Senato, e quindi ha una conoscenza certamente più approfondita, più diretta e più puntuale dei problemi. Per questo abbiamo pensato giusto che fosse Maffioletti ad assumere la funzione di trarre le conclusioni che, come ho detto, saranno interlocutorie, perché non pensiamo certamente di concludere i nostri incontri con questo seminario.

Dette queste cose a mò di premessa, per dare una valutazione ed una motivazione a questa nostra iniziativa, ringrazio non solo gli intervenuti ma anche coloro che nella fase preparatoria hanno portato al Centro il frutto delle loro conoscenze, delle loro indicazioni, ci hanno consentito di lavorare e di costruire.

LUCIANO VIOLANTE (*)

***Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato fra legittimazione
dell'autorità e difesa della parte amministrazione***

1) L'Avvocatura dello Stato, nella sua qualità di organo gestore del contenzioso p.A. e di organo di consulenza delle amministrazioni centrali e periferiche, assume oggi, in relazione alla vastità dell'intervento pubblico, al decentramento della p.a. ed al conseguente progressivo affermarsi di un nuovo diritto amministrativo, ruolo primario per una corretta amministrazione della cosa pubblica e quindi per un corretto rapporto tra cittadino e Stato.

(*) Magistrato, docente universitario. Deputato PCI, presidente della Camera dei deputati dal 1996 al 2001.

All'ampiezza e alla qualità dei compiti che pesano oggi sugli Avvocati dello Stato, alla progressiva crescita della funzione di consulenza delle avvocature distrettuali e dell'Avvocatura generale, al sorgere di nuovi compiti di tutela dello Stato dinnanzi ad organismi internazionali, fa riscontro una struttura dello istituto di tipo assolutamente verticistico, disciplinata in un T.U. del 1933, nella quale l'avvocato generale è sostanzialmente il dominus di tutti gli affari, esercita poteri specifici di avvocazione e riveste in definitiva il ruolo di una sorta di ministro-ombra del contenzioso della p.a. Il rapporto rigidamente gerarchico che lega i singoli procuratori e avvocati all'avvocato generale riflette direttamente i caratteri fondamentali dell'assetto che alla p.a. aveva dato il regime fascista (1) ed è pertanto idoneo a rispondere alle esigenze di un'amministrazione fondata sul decentramento, sull'autonomia locale, sulla responsabilità dei pubblici funzionari.

Il deciso rilievo di questa idoneità non può peraltro porre in ombra le indiscusse caratteristiche di capacità tecnica e di credibilità che l'Avvocatura dello Stato tuttora conserva, pur tenendo presente che l'altissimo livello dell'istituto e la voluta indeterminatezza di alcuni aspetti delle sue funzioni hanno frequentemente avuto funzione deresponsabilizzante degli organi politici e degli stessi organi amministrativi.

Pertanto l'adeguamento dell'Avvocatura alla mutata realtà costituzionale e sociale del paese deve farsi carico della necessità di salvaguardare questo patrimonio di professionalità che lo istituto ha accumulato negli oltre cento anni della sua attività e di rivalutare, insieme, il momento della responsabilità politica per le scelte generalissime in materia di contenzioso, al fine di evitare che esso sia rimbalzato dagli organi politici a quelli tecnici e viceversa.

Non si tratta di un compito agevole.

Per l'Avvocatura, come per molti altri apparati dello Stato che hanno a lungo vissuto nella separatezza della società civile, la maggior parte degli interventi e delle proposte di riforma hanno toccato solo problemi di carriera interna senza porsi fino in fondo la questione generale dell'adeguamento della struttura e delle funzioni dell'istituto alla nuova realtà dell'amministrazione pubblica e senza cogliere la questione della priorità della riforma delle strutture rispetto agli altri problemi (2).

È quindi possibile che l'intento di affrontare la riforma in maniera organica possa essere interpretato come sintomo di stravolgimento delle linee di fondo di un istituto della cui qualità professionale nessuno dubita e come manifestazione di un *fin de non recevoir* rispetto alle richieste di modifica delle carriere.

Evidentemente ci si è fatti carico anche di questa possibilità ed è doveroso precisare che dai risultati del lavoro sinora avviato, e dei quali questo seminario costituisce una prima puntualizzazione, (3) emerge con chiarezza l'esigenza di muoversi in una prospettiva che consente alla amministrazione pubblica di avvalersi in maniera ancora più intensa dell'apporto degli avvocati dello Stato per la gestione del contenzioso sia sotto il profilo consultivo-preventivo che sotto quello della condotta in giudizio.

È emersa altresì l'esigenza - proprio per il potenziamento della prima prospettiva - di evitare che l'intervento dell'Avvocatura, specie a livello consultivo, possa essere strumentalmente utilizzato per deresponsabilizzare il funzionario, o anche l'uomo di governo, mascherando dietro il tecnicismo dell'intervento, scelte d'indirizzo politico altrimenti non confessabili.

Si propende, infine, per la separazione della carriera economica da quella funzionale per valorizzare gli elementi di professionalità, selezione e responsabilizzazione in un quadro di giusta attuazione di questo principio.

2) L'Avvocatura dello Stato è da alcuni autorevoli scrittori (4) qualificata come organo ausiliario

dell'amministrazione centrale dello Stato, posta alle dirette dipendenze del Presidente del Consiglio; questa dipendenza sarebbe da intendersi come dipendenza gerarchica. Le avvocature distrettuali sono definite nella stessa prospettiva, come organi locali dell'amministrazione statale, destinati a coadiuvare in sede locale, col consiglio e l'assistenza legale, le diverse amministrazioni statali. L'Avvocatura sarebbe titolare esclusivamente del c.d. jus postulandi, che non implica alcuna diretta disponibilità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio. (5)

Questa interpretazione, per così dire riduttiva, del ruolo dell'Avvocatura dello Stato si fonda -significativamente- sul noto parere espresso dall'adunanza generale del Consiglio di Stato nella riunione del 23 novembre sul caso Varvesi. (6)

In quell'occasione il Consiglio di Stato, che forse, seppure solo in parte, giudicava anche in rem suam, escluse che l'Avvocatura fosse un organo di rilievo costituzionale, escluse che le funzioni dell'Avvocatura potessero essere ricondotte al c.d. Stato ordinamento, escludendo con ciò che l'Avvocatura avesse la funzione di garantire un po' il rispetto della legalità in astratto e dell'interesse pubblico generale.

L'amministrazione resterebbe titolare del potere-dovere di stabilire se il giudizio deve essere instaurato o continuato e, in casi di particolare rilievo, se, date tesi difensive possono essere e fino a che punto sostenute. Peraltro, quando ritenesse di non poter seguire l'indirizzo segnato, l'Avvocatura potrebbe declinare l'incarico e l'amministrazione potrebbe avvalersi di un libero professionista.

Al polo opposto si collocano quelle tesi, sostenute in maniera particolarmente argomentata negli scritti per il centenario dell'Avvocatura, (7) per le quali l'istituto, per le specifiche attribuzioni costituzionali, va considerato organo avente rilievo costituzionale; il rapporto con il Presidente del Consiglio si esplicherebbe in una forma di "alta sorveglianza" e non avrebbe contenuto gerarchico e sarebbe pertanto affine al rapporto tra Ministro della Giustizia e magistrati; il rapporto con le amministrazioni si risolverebbe in una ripartizione di competenze e non quindi nella sovraordinazione di un ente all'altro; l'amministrazione potrebbe disporre, quando ciò è consentito dalla legge, del diritto controverso, ma la funzione di assistenza legale resterebbe comunque rimessa alle decisioni dell'avvocato generale. Anche in questa seconda prospettiva, in caso di dissenso, l'Avvocatura potrebbe declinare l'incarico e l'amministrazione affidare la tutela dei propri interessi a liberi professionisti.

Non è certo questa la sede per addentrarsi in una disputa che qualche volta è limitata da considerazioni meramente settoriali, altre volte incide su aspetti puramente formali ed altre volte ancora sembra confondere ciò che l'Avvocatura è oggi, ciò che è scritto nel T.U. del 1933 e ciò che l'istituto dovrebbe essere nel nuovo sistema costituzionale e amministrativo.

Oggi l'Avvocatura dello Stato è l'avvocato generale dello Stato non a caso, e senz'ombra di ironia, è stato scritto da autorevoli studiosi del problema che "l'autonomia dell'istituto viene assicurata mediante l'ampia sfera di competenza riservata all'avvocato generale". (8)

Egli è, nell'attuale sistema, il reale ed unico titolare della funzione consultiva e difensiva, che esercita attraverso l'emanazione di direttive, circolari limitatrici dei poteri delle singole avvocature distrettuali, l'avvocazione, la sostituzione degli avvocati che gestiscono un affare con altri di sua fiducia. Si tratta, evidentemente, di poteri che egli esercita legittimamente perché conferitigli dalla legge del 1933, ma non per questo meno suscettibili di discussione in una sede che si ponga il problema della riforma generale dell'istituto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri è il responsabile politico dell'Avvocatura; questa responsabilità comporta l'esercizio di poteri d'indirizzo e di controllo che sono esercitati in pratica attraverso un rapporto esclusivo, di tipo fiduciario, tra il capo dell'Esecutivo e l'avvo-

cato generale; i suoi amplissimi poteri sono funzionali proprio a questo tipo di rapporto istituzionale esclusivo con il Presidente del Consiglio, al quale può, rispondere -nell'attuale sistema- solo perché titolare di questi particolari poteri, tra essi -è bene non dimenticarlo- si annovera la risoluzione delle divergenze di parere sia tra gli uffici distrettuali dell'Avvocatura, e sin qui poco male, e sia tra questi e gli uffici amministrativi, il che è nell'attuale sistema decisamente più grave.

Non è certo qui in discussione il concreto operato dei singoli avvocati generali, ma è necessario ribadire che questo assetto dell'Avvocatura è inadeguato alle attuali esigenze di un corretto espletamento del servizio di consulenza e di difesa dello Stato.

Porre in capo ad un soggetto politicamente non responsabile la soluzione dei conflitti tra Avvocatura o amministrazione significa spostare la sede naturale del conflitto dal terreno politico amministrativo a quello apparentemente tecnico e neutrale dell'avvocato generale, che si carica di sotterranea ma non meno intensa politicità sol che si pensi al rapporto esclusivo che lega quest'alta carica dello Stato al Presidente del Consiglio.

L'esistenza di poteri autoritativi così ampi in materia talmente complessa costituisce il riflesso di una concezione neutrale del diritto e degli apparati burocratici dello Stato, di carattere ottocentesco, per la quale la certezza della soluzione giuridica del conflitto è un fatto di mera applicazione di norme e la funzione degli apparati pubblici è la realizzazione di essenziali ed evidenti finalità dello Stato.

In questa concezione l'ordinamento giuridico assume i caratteri della organicità e della completezza e ben può una sola persona, se dotata delle conoscenze, dell'esperienza e del prestigio necessari, porsi come individuatore, sempre e comunque, dei criteri giuridici per la risoluzione del conflitto attraverso la interpretazione della razionalità immanente dell'ordinamento.

È stato veramente scritto abbastanza sul carattere mistificante che questa concezione è andata acquisendo nel tempo; d'altronde nessuno forse meglio degli avvocati dello Stato sa quanto vario, lacunoso e contraddittorio possa essere l'ordinamento giuridico e, in particolare, il diritto amministrativo, che costituisce per così dire la loro riserva di caccia. Tutti intendiamo quindi l'inadeguatezza nel nostro sistema di direttive centralizzate, destinate a coprire sia il contenzioso che il consultivo, e valide per tutto il territorio nazionale.

È significativo, peraltro che al miraggio del tecnicismo puro della funzione dell'avvocato dello Stato non si sono sottratte neanche quelle posizioni, sicuramente aperte e democratiche, che nell'intento di rivendicare in questo universo autoritario spazi di autonomia rispetto all'amministrazione, cercando forse di recuperare su questo terreno quanto non poteva chiedersi sull'altro, quelle posizioni -dicevo- che hanno teorizzato un ruolo "giustiziale" degli avvocati dello Stato, che opererebbero sempre "per la corretta applicazione del diritto e di tutte le norme dell'ordinamento giuridico".

Il problema evidentemente è di stabilire con quale criterio possa stabilirsi nel nostro ordinamento quella che volta per volta è l'esatta applicazione del diritto e di distinguere nettamente la funzione istituzionale di chi propone una tesi per la risoluzione di una controversia e la funzione istituzionale di chi quella controversia deve risolvere.

È indubbio che in numerose ipotesi, probabilmente nella maggior parte dei casi, è richiesta al tecnico del diritto un'operazione meramente applicativa dei principi facilmente individuabili mediante schemi interpretativi noti. Ma è altrettanto vero che nei casi più complessi il solo tecnicismo o non è sufficiente o può essere un fatto mistificatorio.

Nel ruolo istituzionale di consigliere e difensore di una c.d. "parte imparziale" (9) ci sono notevoli margini di ambiguità, che sono destinati a restare tali se non si pongono da un

lato forme istituzionali di partecipazione e di collegialità per la risoluzione delle questioni più complesse e dall'altro chiare linee di indirizzo politico del contenzioso da parte di chi dell'ente è il responsabile politico.

Lo Stato, l'amministrazione è pur sempre una parte in senso puro dal punto di vista processuale. Sostenere la concezione della parte imparziale o della parte un po' meno parte delle altre può significare muoversi nell'ottica del superamento di una fondamentale acquisizione garantistica dello Stato di diritto, che va in giudizio non per farsi riconoscere la propria imparzialità ma per contrastare da pari a pari la pretesa avversaria.

Tanto maggiore è l'esigenza di superare questa ambiguità quanto più se ne consideri la sua funzione deresponsabilizzante rispetto all'autorità politica o amministrativa, quando l'avvocato può sostenere di essere il mediatore tecnico della volontà del suo cliente e il cliente di non aver veste per dubitare di ciò che il tecnico del diritto ha operato in suo nome.

Questa ambiguità non è rimasta caratteristica astratta nella storia dell'Avvocatura; essa si è per così dire materializzata in numerose vicende remote ed anche molto vicine a noi. Si pensi, ad esempio, al noto iter del decreto delegato relativo ai superburocrati, quando in vista della registrazione con riserva (che è una richiesta meramente politica) il governo chiese un parere all'Avvocatura sull'operato tecnico-giuridico dalla Corte dei Conti, che nella specie non aveva senso se non in vista di un travestimento tecnico della decisione, meramente politica, dell'imposizione della registrazione con riserva, travestimento che comportava appunto la deresponsabilizzazione politica.

Analoghe considerazioni possono farsi per la nota questione della presunta incostituzionalità del ricorso straordinario al Capo dello Stato e per la posizione che l'Avvocatura sostenne nelle prime udienze dinanzi alla Corte Costituzionale, quando si batté per l'abrogazione implicita di tutte le norme precedenti al 1948 che apparissero contrarie alla Costituzione.

L'apparente nobiltà dei propositi appariva frustrata allo occhio di chi avesse considerato che l'accoglimento di quest'ultima tesi avrebbe spostato sulla Cassazione il sindacato di costituzionalità per le leggi antecedenti alla Costituzione, che erano la maggioranza.

3) L'insieme di queste considerazioni convince dell'improrogabilità di una riforma dell'Avvocatura, che la adegui alle nuove strutture dell'amministrazione, alla reale complessità del nostro sistema giuridico a quanto di profondamente nuovo è maturato in questi ultimi anni nel nostro diritto amministrativo.

Agli interventi autoritativi vanno sostituite forme di consultazione collegiale istituzionalizzata, che consentano -senza scapito per l'efficienza, di potenziare l'apporto della capacità professionale e dell'esperienza dei singoli; occorrerà conferire maggiore autonomia alle avvocature distrettuali, anche per renderle idonee alla difesa delle Regioni a statuto ordinario, senza però addivenire ad una frammentazione dell'istituto il quale deve pur sempre conservare dei prevalenti momenti di unità di indirizzo.

Dovranno in questa prospettiva essere rideterminati i compiti di ordinamento e di indirizzo degli avvocati distrettuali e dell'avvocato generale.

Dovranno infine fornirsi specifiche soluzioni al problema dei rapporti tra indirizzo politico e conduzione tecnica degli affari riconducendo l'indirizzo politico alla presidenza del Consiglio e la conduzione tecnica del contenzioso nell'ambito dello indirizzo politico dell'avvocato generale e agli avvocati distrettuali.

4) L'art. 17 del T.U. del 1933 sancisce la dipendenza degli uffici dell'Avvocatura dal Capo del governo e la loro direzione da parte dell'avvocato generale.

Indipendentemente dalle pur rilevanti controversie dottrinali sul senso di questa dipen-

denza, mi pare che essa non possa esaurirsi, come è stato recentemente ed autorevolmente scritto, nel potere del Presidente del Consiglio di "provvedere nei casi stabiliti dalla legge" e di "vigilare sull'andamento dei lavori", a meno che nella prima espressione non si faccia rientrare la fondamentale funzione costituzionale di direzione e di indirizzo politico. (10)

Il problema è, naturalmente, quello di precisare con la maggiore chiarezza possibile il contenuto specifico ed i limiti di questa funzione, e tenere nettamente distinta l'attività consultiva dall'attività di patrocinio in giudizio delle amministrazioni dello Stato.

Nei confronti dell'attività consultiva nessuna possibilità di interferenza è ammissibile; su questo è necessario essere molto fermi. È altresì necessario che per la legge di riforma si studi una sorta di *actio finium regundorum* con le competenze consultive del Consiglio di Stato; è interesse della collettività e di una corretta amministrazione che non esista la possibilità, per chi esercita i poteri di direzione della politica generale del governo, di servirsi, a sua scelta dell'uno o dell'altro organo di consulenza. Il protrarsi di questa situazione potrebbe far ritenere che in alcuni casi non si richieda un parere, ma una forma di copertura tecnica di decisioni delle quali non si vuole assumere l'intera responsabilità politica, dinnanzi al Parlamento.

Non è facile operare per questa divisione; forse il punto è nel concentrare tendenzialmente nell'Avvocatura la titolarità dell'attività consultiva relativa a specifiche possibilità di contenzioso, lasciando nel Consiglio di Stato la titolarità delle altre forme di attività consultiva che gli competono in base all'art. 100 della Costituzione. All'Avvocatura distrettuale dovrebbe inoltre competere l'attività consultiva per le articolazioni base dell'amministrazione.

Per quanto attiene al contenzioso mi sembra che debba permanere nel Presidente del Consiglio, per il contenzioso statale, e nel corrispondente organo regionale, per il contenzioso regionale, la titolarità di quella che si può chiamare la direzione politica del contenzioso: se costituirsi parte civile in alcuni procedimenti, se abbandonare determinate liti, se iniziarne altre. Questo naturalmente nei casi che il Presidente del Consiglio, nella sua responsabilità politica, riterrà meritevoli di intervento, e fermo il principio generale dell'autonomia dell'ufficio di difensore.

Al fine di consentire al Presidente del Consiglio un consapevole esercizio dei suoi doveri dovrà disporsi il potenziamento dell'obbligo d'informativa dell'avvocato generale, già oggi tipizzato dall'art. 15 del T.U., in relazione a tutte le controversie di un certo rilievo.

Questa maggior presenza del capo del governo dovrebbe consentire anche di risolvere i problemi di conflitto tra amministrazione ed Avvocatura sul terreno politico-amministrativo, che è quello loro proprio.

Che fare però se il conflitto rimane e l'Avvocatura ricusa di seguire l'indirizzo dell'amministrazione ritenendolo giuridicamente infondato o scorretto?

In tali casi pressoché unanimemente si fa appello a quella norma del T.U., l'articolo 5, che consente in casi eccezionali che l'amministrazione si avvalga di liberi professionisti. Si ritiene quindi che l'avvocato dello Stato possa rifiutarsi di difendere l'amministrazione e che perciò l'amministrazione si rivolga ad un privato.

Il caso non si è mai verificato, ma non è un caso di scuola perché la risoluzione del quesito implica una certa concezione dei rapporti tra amministrazione ed Avvocatura.

Il ricorso al citato articolo 5 come criterio di risoluzione del conflitto non sembra adeguato sia perché la ratio di quella disposizione era tutt'altra -come ha acutamente osservato Jemolo- (11) quella cioè di impedire forme di clientelismo per le quali ministri o direttori generali intendessero affidare cause ad avvocati amici, sia perché pare difficilmente configurabile nel nostro sistema un rifiuto di un pubblico funzionario, per quanto elevato e particolare nel

suo ruolo istituzionale, ad adempiere alla sua funzione, fatti salvi naturalmente i noti limiti sulla liceità dell'attività richiesta.

Proprio la particolarità della funzione dell'avvocato dello Stato consiglia di adottare una soluzione intermedia, analoga alla registrazione della Corte dei Conti. Di fronte al rifiuto dell'Avvocatura, espresso dall'avvocato generale, il governo potrà chiedere egualmente di tenere il comportamento richiesto, iniziare o abbandonare una lite, costituirsi parte civile in un certo procedimento o non costituirsi, ma dovrà risponderne al Parlamento.

Di particolare delicatezza è il problema dell'indirizzo politico del governo in materia di giudizi di costituzionalità. Qui oltre alla direttiva di fondo ci può essere un aspetto di valutazione da parte del Presidente del Consiglio dei motivi politici per i quali si chiede la conservazione di una norma. Forse molti ricordano il polemico intervento di Massimo Severo Giannini sulla Giurisprudenza Costituzionale all'indomani della difesa da parte dell'Avvocatura della costituzionalità degli artt. 553 c.p. e 112 del TULPS, quando, scriveva Giannini, il Presidente del Consiglio era apparso "come un sostenitore della mistica della stirpe". (12)

D'altronde nel febbraio scorso la commissione affari costituzionali della Camera rilevava con molta fermezza l'assenza di dibattito politico, o per lo meno la sua assoluta clandestinità, in materia di giudizi di costituzionalità, anche "per predisporre gli strumenti idonei a salvaguardare le finalità sociali perseguite con le leggi eventualmente dichiarate costituzionalmente illegittime". La risoluzione poneva poi un problema di rilevanza centrale impegnando il governo a riferire periodicamente alla commissione Affari Costituzionali "sui motivi del suo intervento o del suo non intervento". Questa richiesta sembra perfettamente legittima e va anzi allargata ad una forma di relazione periodica-biennale ad esempio del Presidente del Consiglio alle Camere sul funzionamento dell'Avvocatura, sugli indirizzi politici impartiti sui problemi di maggiore rilevanza politica. (13)

5) Concludendo per quale Avvocatura dello Stato ci muoviamo? Per quali prospettive di fondo?

A me pare che una risposta precisa ad alcuni di questi interrogativi possa venire soprattutto dal dibattito; anche se il significato della riforma che proponiamo, nelle sue linee generalissime alla discussione del seminario non può essere interpretato in chiave di aumento o di diminuzione di poteri, ma di spostamento dell'istituto dal terreno dell'ambiguità istituzionale in cui lo aveva collocato il fascismo a quello della linearità della responsabilità e della correttezza costituzionali.

note: (1) Sulle trasformazioni [del]l'istituto rispetto al presente T.U. 1933 cfr. F. Battistoni Ferrara, La difesa dello Stato in giudizio e la situazione italiana, in *L'Avvocatura dello Stato*, Roma, 1976, p. 370 ss.

2) Nella V^a legislatura furono presentate alla Camera due proposte di legge, una aveva come primo firmatario l'on. Di Primo (n. 2898) e l'altro l'on. Bozzi (n. 3028).

Nella VI^a legislatura furono presentati due progetti alla Camera, n. 1187 presentato dall'on. Mauro Ferri e n. 1293 presentato dall'on. Lenoci e quattro al Senato: n. 288, sen. Bartolomei, n. 337 sen. Arena, n. 426 sen. Cucinelli, n. 684 sen. Viviani; venne presentato anche un disegno di legge di iniziativa governativa n. 1574 che assorbì tutti gli altri. Questo disegno venne aggiunto con numerosi emendamenti nella seduta del 18 giugno 1975. A seguito dello scioglimento delle Camere il disegno non completò l'iter legislativo, ma è stato ripresentato nel corso di questa legislatura (sen. Cipellini ed altri) con il n. 78.

3) In questa introduzione sono esposti sinteticamente alcuni risultati del lavoro di un gruppo di tecnici, prevalentemente avvocati dello Stato, presso il Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato.

4) G. Zanobini, corso di diritto amministrativo, 30, 1958, Milano, 56 ss. R. Alessi, Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milano 1960, 141. G. Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino 1967, 133.

5) Sulla capacità dell'Avvocatura a stare in giudizio cfr. Andrioli, *Legittimazione processuale della pub-*

blica Amministrazione e modificazioni, in Foro Italiano, 1958, IV, p. 217 ss; cfr. anche S. Laporta, Interesse pubblico e patrocinio "facoltativo" di enti non statali da parte dell'Avvocatura, Rassegna Avv. stato, 1975, p. I sez. IV, p. 696 ss.

6) C. Stato Ad. generale 23 novembre 1967, Varvesi c. Avvocatura dello Stato, Foro Amministrativo 1969, I, sez. 2, p. 838.

7) Gli scritti, tutti di notevole livello scientifico sono raccolti nel volume "L "Avvocatura dello Stato" edito dal Poligrafico dello Stato, 1976.

8) S. Laporta e r. Canarizi l'Avvocatura dello Stato. La difesa dell'Avvocatura dello Stato in materia di improponibilità assoluta e di conflitti di giurisdizione, in Avvocatura dello Stato, cit. p. 396.

9) L. Piccardi, Il problema della difesa dello Stato in giudizio e R. Cananzi [...] italiana, in Riv. di diritto pubblico 1931, p. 590.

10) S. Laporta e R. Cananzi, l'Avvocatura dello Stato, p. 395.

11) A.C. Jemolo, l'Avvocatura dello Stato, Archivio Filippo Serafini 1968, 232 ss.

12) M.S. Giannini, Per una maggiore ponderazione degli interventi del Presidente del Consiglio, Giur. Cost., 1965, pag. 67 ss.

13) Considerazioni analoghe a quelle svolte per la Corte Costituzionale valgono per il patrocinio dinnanzi al giudice Comunitario, v. F. Favara, Le comunità Europee e l'Avvocatura dello Stato, in l'Avvocatura dello Stato cit., p. 513 ss.

FABIO LORENZONI (*)

***Riforma dell'Avvocatura e decentramento autonomistico dello Stato,
fra giustizia amministrativa e nuove prospettive delle professioni private***

1) In questa mia introduzione dei lavori del seminario dopo quanto ha detto Luciano Violante in ordine alla collocazione dell'Avvocatura nel nostro quadro istituzionale, vorrei sottoporre alla discussione alcuni punti di riforma, parte dei quali sono stati già affrontati in sede parlamentare nella scorsa legislatura, altri riguardano questioni che solo più di recente sono venuti a maturazione.

La discussione mi pare che possa concentrarsi in primo luogo sul riassetto delle carriere, sull'ordinamento interno per quanto riguarda lo status professionale dell'avvocato, in secondo luogo sull'organizzazione del lavoro, ed in particolare sull'assetto di vertice dell'istituto, e sul rapporto che è necessario creare fra la nuova organizzazione dell'Avvocatura e la riforma amministrativa che si è realizzata con il completamento dei poteri alle regioni; ed infine sul rapporto che si può porre fra l'Avvocatura dello Stato e il mondo della professione forense.

Su questi punti l'Avvocatura, che pure ha mantenuto un alto grado di funzionalità e di efficienza, non è rimasta inerte e separata dal più generale processo di riforma con il quale si sono date risposte negli ultimi anni ad una crisi che ha investito molti degli apparati amministrativi e dell'organizzazione del nostro Stato. L'Avvocatura del resto opera in un ambito che tocca tre aspetti fondamentali delle nostre istituzioni: in primo luogo investe i ruoli in cui si esercita in Italia la giustizia amministrativa, tocca quindi gli assetti e le funzioni della pubblica amministrazione, ed infine l'attività della difesa in giudizio collega il ruolo dell'Avvocatura al problema più generale della professione forense.

In tutti e tre questi aspetti negli ultimi anni si sono avuti fermenti e risultati di riforma di cui l'Avvocatura è necessariamente coinvolta fino a richiedere una ridefinizione del suo ruolo che non può più essere legato al disegno del testo unico del 1933.

(*) Vicedirettore dell'Istituto Studi sulle Regioni del C.N.R.; oggi avvocato in Roma.

2) Per quanto riguarda la giustizia amministrativa, pur con tutti i limiti di alcune riforme che si sono potute realizzare in modo frammentario, mi sembra però che si possa riconoscere in genere un miglioramento degli istituti di garanzia del cittadino destinatario dell'azione amministrativa. Nello schema classico dello Stato di diritto in cui si collocano sostanzialmente gli istituti di giustizia amministrativa, il cittadino negli ultimi anni ha conseguito più precise garanzie per la tutela delle proprie situazioni soggettive qualificate, attraverso la istituzione dei tribunali amministrativi regionali, attraverso la semplificazione delle procedure dei ricorsi gerarchici e del ricorso straordinario, attraverso la generalizzazione del silenzio rifiuto, attraverso ancora le riforme del contenzioso tributario.

In questo quadro è importante sottolineare che l'amministrazione pubblica sta in giudizio tendenzialmente alla pari nelle controversie con il privato, e in modo ancora più specifico che questa parità di posizione processuale è sottolineata dalla difesa in giudizio della parte amministrazione con il patrocinio della Avvocatura.

Questa articolazione degli strumenti garantistici è una peculiarità italiana, in altri paesi anche a sistemi di giustizia amministrativa manca questo ruolo di un'Avvocatura che difende la parte amministrazione secondo i moduli del patrocinio forense.

Senza voler enfatizzare questi istituti mediante i quali la parità delle posizioni rispettive dello Stato e del cittadino è pur sempre una parità tendenziale, mi sembra però ugualmente da non sottovalutare questo nostro patrimonio ed in particolare il carattere garantistico della funzione di un'Avvocatura che difende in giudizio l'amministrazione come parte.

3) Per altro verso l'Avvocatura è un ufficio pubblico in cui gli avvocati che esercitano il patrocinio forense sono anche pubblici funzionari. L'origine dell'istituto muove proprio dallo scorporo dalle rispettive amministrazioni attive dei funzionari che erano preposti all'attività di difesa. L'avvocato dello Stato nel suo rapporto con l'ufficio di appartenenza è un funzionario, ed in questo suo status professionale partecipa al processo di riforma amministrativa che è in atto, e che, pur con le difficoltà e le resistenze al riordinamento che si sono registrate, pone in risalto tutta la questione dello statuto del dipendente pubblico e la colloca su un terreno ben diverso di quanto non fosse stato in occasione dell'emanazione del testo unico del '57. È vero che le leggi di delega per il riordinamento dell'amministrazione centrale dello Stato, ed il decreto delegato del '72 sulla dirigenza hanno escluso dalla loro sfera di applicazione l'Avvocatura; però con la Legge n. 775 del '70 l'art. 7, nell'ampliare la presenza e la rappresentanza sindacale nei consigli di amministrazione dei ministeri, ha espressamente disposto che le medesime norme si applichino agli organi collegiali comunque denominati e che esercitino in tutto o in parte le funzioni dei consigli di amministrazione presso il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, l'Avvocatura, l'ISTAT. Ciò significa che non si possono creare compartimenti stagni, ed i processi di espansione dalla partecipazione vanno a toccare tutti i settori dell'amministrazione, anche quelli organizzati ancora in forma spiccatamente gerarchica.

Questo della gerarchia interna dell'Avvocatura è forse l'aspetto più macroscopico ed indica una improrogabile necessità di adeguamento dell'istituto ai principi di organizzazione amministrativa che si stanno affermando in tutti i settori della vita delle istituzioni.

Su questo punto tutte le modifiche parziali si sono avute nel testo unico originario del '33, dal decreto legislativo del '48 alla legge del '55, a quella del '62, a quella ancora del '66, hanno comportato solo ritocchi nelle carriere, hanno determinato ampliamenti di organici, ma hanno confermato sempre l'impianto fondamentale dell'accentramento dei poteri nell'avvocato generale, dominus principale di tutte le vertenze, responsabile monocratico di tutta la vita e dell'assetto dell'istituto. Ad esso si affianca anche il segretario generale per la gestione-am-

ministrativa ed operativa degli uffici, e l'unica parvenza di collegialità si esaurisce in alcune funzioni consultive, che hanno un rilievo piuttosto scarso e sono esercitate dalla commissione permanente la cui composizione è tutta di derivazione dei vertici burocratici.

L'introduzione invece dei due organismi collegiali, per il governo del personale, e per la direzione tecnica, deve comportarne una composizione democratica, deve attribuire a questi organismi poteri reali di partecipazione alla gestione dell'istituto. Non deve snaturare la funzionalità dell'Avvocatura, né si sottovaluta l'importanza che vi siano momenti di coordinamento e di direzione unitaria della politica difensionale e consultiva; ma affinché questa funzionalità e questo coordinamento siano fondati su una reale dialettica interna e sulla valorizzazione della stessa professionalità tecnica degli avvocati che esercitano poi in concreto le singole attività su cui viene esercitato il coordinamento, non si può prescindere da una profonda modifica degli attuali criteri in base ai quali è organizzato l'assetto di vertice dell'istituto.

Una responsabilità più precisa della politica dell'Avvocatura, e un suo fondamento partecipativo nel corpo degli avvocati e dei procuratori dello Stato attraverso gli organismi collegiali serve naturalmente anche, e forse in modo più pregnante, per quanto riguarda l'attività consultiva, pur legata a quella di difesa in giudizio, ma che tocca più da vicino il rapporto con le amministrazioni patrocinate. Come nelle amministrazioni attive si vengono definendo momenti di responsabilizzazione dei funzionari e di partecipazione interna negli organismi collegiali, così non può pensarsi che le funzioni proprie dell'Avvocatura possano continuare ad essere gestite con i moduli organizzativi attuali che sono ancora quelli vigenti in base al testo unico del '33.

Analogamente, per quanto riguarda la semplificazione delle qualifiche e l'automaticità della progressione nelle classi di stipendio, queste riforme rientrano nella logica complessiva del riordinamento della pubblica amministrazione. Per l'Avvocatura in particolare l'alto contenuto professionale dell'attività svolta, insieme alla ampiezza della sfera di discrezionalità tecnica insita nel lavoro di difesa in giudizio dell'amministrazione, richiedono, forse anche in altri rami dell'amministrazione, un ordinamento interno flessibile e fondato sulla responsabilità del singolo funzionario piuttosto che non su una rigidità di assetti burocratici che frustrano la capacità di iniziativa e la creatività dei singoli.

È tutta l'organizzazione del lavoro di un ufficio come l'Avvocatura che deve rispondere a criteri nuovi di mobilità e di funzionalità propri di un'attività che, per il suo stesso carattere, non è ripetitività di mera applicazione di regole tecniche, e non può quindi essere irrigidita in moduli organizzativi frammentati e fissi quali sono quelli applicati per le attuali divisioni dei ruoli burocratici.

4) Un altro modo molto significativo con cui l'Avvocatura può rendersi partecipe della riforma in atto nel nostro apparato pubblico è quello connesso con l'attuazione delle regioni a statuto ordinario. Il decentramento e la democratizzazione di gran parte dell'amministrazione, indotti dal primo trasferimento delle funzioni del '72 e dal suo completamento che si sta varando in queste settimane in forza della legge n° 382, non ha trovato l'Avvocatura impreparata a leggere in questa vicenda una grande occasione per l'attuazione del disegno costituzionale. Ed è stato segnalato dagli stessi ambienti dell'Avvocatura l'opportunità che questa istituzione non resti esclusa da questo processo, anche per il positivo risultato che si è realizzato con la difesa delle Regioni a statuto speciale.

Il problema non è naturalmente quello di regionalizzare l'Avvocatura; ciò che viene proposto è che la difesa delle Regioni nelle controversie con i privati sia assunta normalmente dall'Avvocatura. Ma è anche evidente che questa possibilità di estendere la difesa delle regioni ordinarie va vista in un quadro che prende le mosse da una ristrutturazione interna dell'Avvocatura stessa.

Senza un suo adattamento ai caratteri nuovi dello Stato regionalizzato è ben difficile adottare questa soluzione, mentre se la ristrutturazione si realizza non mi pare vi siano altri ostacoli di natura costituzionale, così come non ve ne sono stati per la normale difesa delle regioni a statuto speciale nei giudizi in cui non vi sia conflitto di interessi fra regioni e Stato centrale.

Per decidere di generalizzare questo sistema occorre però che la Avvocatura stessa garantisca, in primo luogo a sé medesima, forme di articolazione regionale delle responsabilità nella conduzione delle liti: deve essere rotta l'attuale dipendenza gerarchica di tutti gli uffici dall'organo di vertice centrale, e deve essere attribuita agli organi distrettuali la responsabilità della difesa delle regioni. Solo così infatti si può evitare che il ricorso al patrocinio dell'Avvocatura da parte delle regioni non mascheri forme che vengano a recuperare una direzione della loro propria amministrazione da parte dell'autorità di governo centrale.

Alla decisione in tal senso si dovrà inoltre pervenire in primo luogo in un rapporto di consultazione con le regioni perché non si possono far calare dall'alto soluzioni che queste, nella loro autonomia costituzionale, non condividano.

In questo quadro potrà realizzarsi da un lato una maggiore attrazione dell'Avvocatura nei problemi del rinnovamento e della democratizzazione dello Stato, lo stesso istituto avrà occasioni per valorizzare la sua articolazione interna e una responsabilizzazione più diretta dei singoli uffici periferici. Ma dovrà servire anche, peraltro verso, a sciogliere quell'ambiguità di cui parlava prima Violante e che ancora permane nei rapporti fra l'Avvocatura e l'amministrazione che è parte in giudizio, secondo le norme del testo unico del '33. In particolare gli art. 13 e 15 determinano questa ambiguità; infatti, in base a questi articoli sia nell'attività consultiva sia in quella difensiva l'Avvocatura avrebbe il compito -dice il testo unico- "di consigliare e dirigere l'amministrazione quando si tratta di promuovere, contestare o abbandonare il giudizio", ovvero spetterebbe all'avvocato generale di "risolvere le divergenze di parere fra gli uffici distrettuali dell'Avvocatura e gli uffici amministrativi" nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi.

L'ambiguità deriva da una concezione dell'Avvocatura che già Violante definiva appunto come "ministro ombra" del contenzioso. Occorre sciogliere questa ambiguità, tanto più se l'Avvocatura difende amministrazioni regionali costituzionalmente autonome, rendendo non chiari gli ambiti di responsabilità rispettivi: la decisione di promuovere o abbandonare la lite spetta all'amministrazione; le modalità con cui la lite deve essere condotta o abbandonata spetta all'Avvocatura.

Ritengo che questa necessità di chiarezza nei rispettivi rapporti sia una necessità di ordine anche più generale, ma è assolutamente essenziale nel caso della difesa delle regioni ordinarie. Qui infatti, oltre a tutto, mentre il rapporto di rappresentanza in giudizio si stabilisce con il presidente della regione, la decisione sull'opportunità della lite, e in genere su come gestire il contenzioso, in base a molti statuti deve essere assunta con il coinvolgimento del consiglio regionale.

Non mi pare si pongano altre esigenze di adeguamento alla possibilità di difendere normalmente le regioni in giudizio. Per quanto riguarda la quantità numerica degli avvocati e dei procuratori legali solo un'attenta rilevazione dei caratteri e del numero delle liti fra cittadini e amministrazione regionali potrà suggerire gli eventuali adeguamenti di organico che si dovessero rendere necessari. Nel fare questa valutazione occorre però avere presente, di fronte ad un'eventualità di incremento degli organici, il rischio che una forzata immissione di nuove leve di avvocati con tempi più accelerati di quanto non sia stato possibile finora realizzare non vada a scapito della funzionalità del complesso dell'istituto; mentre per altro vero non va

sottovalutato il fatto che molte delle funzioni e dei poteri amministrativi regionalizzati sono aumentati in termini numerici, rispetto a prima della regionalizzazione. Si dovrebbe piuttosto pensare ad una riduzione delle vertenze giudiziarie perché l'esercizio dell'attività già statale da parte delle regioni si accompagna con tutta una serie di misure di potenziamento delle forme di consultazione e di partecipazione amministrativa che sono tese proprio a prevenire, e quindi a limitare, la conflittualità fra amministrazione e cittadino.

5) Per quanto riguarda infine l'attività forense che è quella propria dell'Avvocatura dello Stato, pur considerando la particolarità di questo istituto che fa parte di un articolato sistema di giustizia amministrativa ed è inserito a tutti gli effetti, nell'organizzazione amministrativa pubblica, mi sembra inutile mettere in evidenza due aspetti molto significativi che possono costituire il terreno concreto su cui realizzare obiettivi di socializzazione della specifica funzione pubblica esercitata, senza scapito per la sua efficienza tecnica, ma anzi valorizzandola proprio nei suoi contenuti più specifici.

L'attività di difesa di un'amministrazione pubblica -si è detto- è importante venga svolta in una stretta analogia con la difesa di qualsiasi altra parte in giudizio: è questo un criterio garantistico di valorizzare. Non può sfuggire d'altra parte una tensione a stabilire un rapporto più stretto fra la tecnicità dell'attività difensiva e la tecnicità delle decisioni del cliente.

E questo suggerisce all'avvocato dello Stato di entrare nel merito dei modi in cui l'amministrazione perviene a certi atti o comportamenti oggetto della lite. È una tensione rispetto alla quale bisogna avere molta cautela, e occorre evitare che il senso stesso dell'autonomia della difesa in giudizio dell'amministrazione come parte non venga perso in una confusione e in una ambiguità dei ruoli. Ma questa tensione può essere in qualche modo recuperata in positivo, su un terreno più propriamente culturale, con la diffusione di una consapevolezza più matura sul ruolo generalmente politico delle attività intellettuali, ed in particolare nel caso specifico dell'attività forense.

Da fermenti di questo genere il mondo degli avvocati privati è rimasto nel suo complesso gravemente escluso, soprattutto in confronto con quanto ad esempio nella magistratura è cresciuta l'attenzione sugli stessi temi. Qualcosa si è realizzato nella vita associativa degli avvocati degli enti pubblici; ma i problemi del rapporto fra gli intellettuali operatori forensi e la dinamica degli interessi messi in gioco dalle liti giurisdizionali, sono problemi che coinvolgono tutti gli avvocati, quelli dello Stato, quelli degli enti pubblici, quelli privati.

Questi problemi, su un piano essenzialmente culturale e di battaglia ideale, possono costituire un ricco terreno in cui realizzare esperienze di allargamento della consapevolezza politica.

A partire dalla tecnicità specifica del suo proprio ruolo professionale l'avvocato può avere un rapporto con la società e con i problemi del suo governo, del suo sviluppo, della sua trasformazione, che non resti tutto chiuso nella logica interna dell'istituzione in cui opera, né sia limitata all'orizzonte dell'organizzazione pubblica quale essa è, bensì si protenda verso quegli obiettivi di riforma e di rinnovamento che sono resi necessari dalle dinamiche reali e dal processo storico e che possono essere interpretati e diretti secondo le linee di movimento proprie della specificità del lavoro esercitato.

Voglio fare solo un esempio per indicare in che senso potrebbe essere sviluppata questa occasione di scambio e di fermento reciproco fra le esperienze dell'Avvocatura e quelle della attività forense. Il problema della conduzione collegiale di una vertenza o più in generale di un intero studio professionale, il problema degli studi associati, è un problema che si affaccia nel mondo della professione privata, e che se affrontato decisamente, può costituire un modo di grandi prospettive per superare certi aspetti della crisi di questo ambiente professionale.

L'Avvocatura dello Stato, così come le avventure degli enti pubblici dispongono di un patrimonio ricco di esperienza di organizzazione moderna e complessa per esercitare l'attività legale della parte in giudizio, senza perdere le peculiarità proprie di una professione storicamente fondata sull'iniziativa individuale e sulla capacità del singolo avvocato.

È un esempio che prospetto solo per verificare su un terreno concreto questa possibilità di socializzazione delle esperienze e delle culture costruite proprio all'interno del ruolo professionale esercitato nell'ambito di un ufficio pubblico. Lo indico più che altro come ipotesi di lavoro, ma credo valga la pena di pensare a forme di intenso scambio fra diverse esperienze, per avviare una riflessione critica e progettuale su questo genere di problemi che riguardano diversi modi di esercizio dell'attività forense.

Anche questi problemi hanno implicazioni ampie e di lunga prospettiva in una società che è sempre più complessa e sempre più caratterizzata da fenomeni organizzativi.

Se questi fenomeni organizzativi non sono arricchiti di partecipazione e di consapevolezza democratica, se i momenti dell'organizzazione non sono permeati di tensione critica e conoscitiva diffusa, rischiano solo di accentuare le spinte settorialistiche e le chiusure corporative. Ma l'organizzazione indotta dalle più diverse esigenze della moderna società industriale non è di per sé un ostacolo all'estrinsecazione e alla valorizzazione delle capacità personali. Solo la chiusura nei modelli culturali propri di forme sociali arcaiche e premoderne portano a contrapporre la libertà individuale del professionista singolo, rispetto a momenti di strumentazione operativa più complessa come quella degli studi associati.

Ciò che si può proporre è proprio la progettazione di forme di compartecipazione di una pluralità dei singoli professionisti associati nell'esercizio di specifiche e complementari professionalità. L'esempio dell'Avvocatura dello Stato e i suoi fermenti interni di democratizzazione confermano una linea che può essere indicata anche agli avvocati privati per essere più pronti a percepire e a confrontarsi con la dinamica reale che è in atto nel mondo produttivo, nell'organizzazione pubblica, nella formazione stessa di nuove soggettività collettive.

6) In sintesi è questo il quadro generale e l'ambito dei problemi in cui realizzare un nuovo ordinamento dell'Avvocatura, che superi il regime del testo unico del '33 considerato da tutti inadeguato, e che nello stesso tempo assicuri una serie di condizioni dello status normativo ed economico degli avvocati e dei procuratori tali da esaltarne la qualificazione professionale, tali da promuovere la partecipazione e la responsabilità per la conduzione degli affari e della politica complessiva dell'istituto. Una riforma che non si esaurisca in un angusto ritocco delle carriere e degli organici, come è stato fatto in precedenza, e che sappia dare risposta alla crisi generale che sta vivendo il nostro ordinamento.

Un'Avvocatura rinnovata che si collochi in un contesto di riforma dei tre settori della giustizia amministrativa, della pubblica amministrazione e della professione forense potrà allora consentire una serie di conseguenze. In primo luogo, si diceva, il problema delle carriere va risolto per superarne la frammentazione, la rigidità dei gradi. Le due qualifiche fondamentali del procuratore e dell'avvocato sono adesso in discussione anche per l'ordinamento della professione privata, ma possono già costituire senz'altro un passo avanti nell'Avvocatura dello Stato, per rendere la divisione interna del lavoro più aderente ai compiti dell'istituto e per consentire meglio di utilizzare le professionalità specifiche dei singoli.

Lo stesso sganciamento della progressione della carriera economica da quella funzionale in un contesto generale di riforma amministrativa, consente quella mobilità e flessibilità nell'attribuzione degli incarichi che deve caratterizzare un'amministrazione moderna. Mentre, quindi, la progressione economica e della carriera potrà cedere automaticamente con il solo

limite "salvo demerito", la carriera funzionale -cioè l'assegnazione degli uffici, i trasferimenti, il conferimento degli incarichi, i procedimenti disciplinari- dovrà essere attribuita al governo [di] un organo collegiale formato per elezione interna, in modo da fondare su una reale base partecipativa i criteri di selezione dei dirigenti, e la verifica degli orientamenti che vengono perseguiti mediante le scelte organizzative finora tutte riservate all'avvocato generale.

In tal modo la democratizzazione interna dell'istituto potrà conseguentemente portare ad una personalizzazione delle specifiche funzioni, ad una responsabilizzazione dei singoli avvocati per la trattazione delle questioni, salvo le attività d'indirizzo, di verifica e di controllo che dovranno essere attribuite ai capi degli uffici, ed in caso di contrasto, ad un organo collegiale, anch'esso elettivo preposto alla direzione tecnica dell'Avvocatura.

Un sistema di questo genere richiede una forza e capacità di sintesi unitaria ed una reale tensione partecipativa sui problemi della gestione complessiva dell'istituto, per la quale è indispensabile molta chiarezza nella distinzione dei ruoli istituzionali fra Avvocatura e autorità politica di governo.

In questo quadro, quindi, devono essere viste le relazioni periodiche dell'avvocato generale al Presidente del Consiglio dei Ministri sulle linee di fondo dell'azione di difesa e di quella consultiva esercitata, sui rapporti che si sono avuti con le amministrazioni, sui problemi giuridici di maggior rilievo che sono emersi nel periodo cui si riferisce la relazione. Anche presso le avvocature distrettuali, di cui dovrà potenziarsi l'autonomia funzionale, dovranno costituirsi organismi collegiali di coordinamento tecnico. Così a questi uffici saranno richieste le stesse relazioni periodiche che la Avvocatura centrale fa al Presidente del Consiglio, anche in previsione dell'eventuale estensione delle funzioni istituzionali dell'Avvocatura a favore delle regioni a statuto ordinario.

Questa possibilità di estensione della difesa e della consulenza delle regioni da parte dell'Avvocatura dovrà essere prevista in una legge nazionale, ma saranno poi le singole regioni che dovranno deliberare con propria legge di ricorrere in modo normale al patrocinio ed alla consulenza dell'Avvocatura, salvo nei casi in cui vi sia conflitto di interesse con lo Stato.

Il rapporto dovrà stabilirsi con l'Avvocatura distrettuale e dovrà necessariamente essere congegnato un modo per garantire l'autonomia dell'avvocatura distrettuale da quella centrale; dovrà essere fatta una relazione periodica sulla gestione del contenzioso regionale; questa relazione potrebbe essere presentata al Presidente della Giunta, il quale poi stabilirà in base alle norme dello statuto i modi per investire il consiglio regionale delle questioni di maggior rilievo politico e amministrativo.

Queste sono le indicazioni secondo me emerse dal lavoro di riflessione che si è fatto presso il Centro per la Riforma dello Stato, e che possono costituire la base di una discussione per collocare su un terreno concreto una esigenza di rinnovamento di cui nella Avvocatura si avverte la urgente necessità. Le indicazioni che ho dato sono aperte, sono vere e proprie ipotesi di lavoro per questo nostro seminario; ma ritengo anche, che solo in un quadro unitario che comprenda tutta questa gamma di problemi, con questa complessità di misure indispensabili, il nuovo ordinamento della Avvocatura sarà realmente un atto di rinnovamento che si inserisce in una logica unitaria già riconoscibile in tutta la complessità delle misure di riforma che si stanno realizzando nel nostro assetto amministrativo, per consentire che questo organismo, come chi vi lavora, si renda partecipe di un più generale processo di rinnovamento dello Stato e della società.

D I B A T T I T O

BENEDETTO BACCARI (*)

«Problemi e prospettive degli avvocati giovani ed anziani»

Mi chiamo Benedetto Baccari, sono avvocato dello Stato, Presidente dell'Associazione degli Avvocati e Procuratori dello Stato.

Prendo la parola per portarvi un saluto, un augurio di buon lavoro, anche da parte dei colleghi che cortesemente invitati a questa riunione non sono potuti intervenire perché impegnati in compiti di istituto, e un ringraziamento perché finalmente si parla con volontà di approfondimento dei problemi dell'Avvocatura dello Stato, anche al di fuori del ristretto ambito degli addetti ai lavori, in una prospettiva più ampia, moderna ed aderente alla realtà democratica del paese in cui viviamo.

L'Avvocatura dello Stato non è infatti soltanto un gruppo di avvocati altamente qualificati per unanime riconoscimento (basti pensare ai nostri concorsi che alle volte si risolvono con un solo vincitore), avvocati che se fossero retribuiti a parcella costerebbero all'erario almeno dieci volte quello che costano attualmente. Ma è un istituto che potrebbe costituire il centro propulsore della giustizia nella pubblica amministrazione attraverso l'attività consultiva, un filtro della giustizia che potrebbe attraverso questa attività, esercitata anche per le leggi e per i regolamenti, assicurare la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione, garantendo i cittadini e contribuendo a ridimensionare la crisi degli organi che istituzionalmente esercitano il potere giurisdizionale e specialmente delle giurisdizioni amministrative, al presente già sommerse dai ricorsi.

È un centro di esperienza ed un osservatorio ineguagliabile che potrebbe essere utilizzato opportunamente per la soluzione di una parte dei problemi dell'occupazione giovanile, se si pensa per esempio che i 50 mila giovani che saranno occupati nell'amministrazione dei beni culturali ed ambientali al termine di questa loro esperienza, specialmente se è negativa, saranno dei disorientati, mentre praticando l'Avvocatura dello Stato saprebbero almeno come operare più congenialmente alla loro tendenza ed ai loro interessi, evitando di essere poi impiegati scontenti per sé e dannosi per i cittadini; e se si pensa, tra l'altro, che noi abbiamo una segreteria ogni dieci avvocati, il che è veramente rivisibile pure senza voler fare paragoni con qualsiasi, anche modesto, studio professionale privato, più pronto ovviamente ad adeguarsi alle reali esigenze dell'attività svolte, non essendo condizionato dall'intervento del legislatore, o con qualsiasi ufficio pubblico utile o inutile, come si qualificano oggi certi enti inspiegabilmente ancora esistenti.

Infine, per non continuare con un discorso esemplificativo che pure interessante esorbiterebbe dai limiti di questo intervento, c'è il problema del patrocinio delle regioni a statuto ordinario (patrocinio che così bene ed utilmente ha funzionato già per le regioni a statuto speciale), problema di attualità vivissima, forse anche troppo viva se è vero che stamane il Consiglio dei Ministri si occupa dei decreti delegati, dove, non figurerebbe nessun accenno alla questione nonostante essa fosse stata all'ordine del giorno delle commissioni parlamentari, e che la delega andrà a scadere il 25 luglio corrente.

(*) Avvocato dello Stato e poi Vice Avvocato Generale.

Il titolo di questo e dei successivi interventi unitamente a quelli delle due comunicazioni finali non costituiscono parte degli atti originari (n.d.r.).

Essenziale, comunque, è evitare che i colleghi più esperti, vadano via delusi, e dico delusi a ragione: nel mio corso universitario, e scusate il riferimento personale, tra le medie più alte di voti, che magari non significano molto ma costituiscono un riscontro obiettivo, erano quelle di Tommaso Morlino, attuale Ministro del Bilancio, di Giorgio Napolitano, che molti di voi conosceranno almeno di nome, e di me, che vi parlo. Ebbene a parte Giorgio Napolitano che laureatosi già con una tesi brillantissima sui problemi del Mezzogiorno, sotto la guida del caro e indimenticabile Emilio Sereni, ha poi profuso da sempre i tesori del suo ingegno nell'attività politica, Tommaso Morlino ed io vincemmo il concorso in Avvocatura dello Stato, istituto allora prestigioso, mentre altri con media pur sempre lusinghiere entrarono in magistratura o in altre carriere dello Stato e così via, fino a quelli che con medie più basse o senza concorso, entrarono in banche o enti pubblici similari per una carriera che allora si presentava molto meno allettante, molto più modesta.

Ora, quelli entrati in magistratura, dopo un certo numero di anni diventano Presidenti di Cassazione spesso nelle loro città, con la funzione magari di Pretore, ed i nostri colleghi che dalla Magistratura con concorsi difficili (e successivi giri d'Italia) sono entrati in Avvocatura, se non avessero effettuato queste prove e affrontato questi sacrifici sarebbero Presidenti di Cassazione, mentre da noi non diventerebbero mai, rebus sic stantibus, vice avvocati generali, qualifica pari a quella di Presidente di Cassazione, quelli entrati in vari enti, poi, sovente si ritrovano con retribuzioni mensili pari all'incirca ai nostri stipendi annui, con un lavoro meno impegnativo e con massiccio numero di collaboratori alle volte anche solo decorativi.

Soprattutto però è essenziale evitare che vadano via i giovani, valorosissimi fino a stupirmi che vengano richiamati ancora dal fascino della tradizione e della passione per il tipo di lavoro (passione che è comune anche ai meno giovani molti dei quali continuano a restare perdendoci di persona pure sul piano economico); ma poi all'impatto con la realtà questi giovani, dopo una sosta in area di parcheggio, evadono facilmente verso prospettive molto più comode ed anche i meno giovani lo faranno.

L'unica alternativa a tutto ciò è lo scioglimento dell'istituto che altrimenti, conservando gli elementi meno attivi, finirebbe per essere antieconomico e nocivo agli interessi dello Stato? Se si vuole questo, si faccia pure; le soluzioni per gli attuali avvocati dello Stato non mancano: i più anziani ne guadagnerebbero sotto tutti i punti di vista in ispecie se si dedicassero poi all'attività professionale così detta libera con l'esperienza che si ritrovano, come è accaduto per molti di quelli che hanno lasciato l'istituto; i più giovani pure, se inseriti nelle varie Magistrature con grande ed ovvia utilità per queste. Ma se ciò non si vuole si proceda presto e bene per una indispensabile riforma prima che sia troppo tardi.

Io che ho ovviamente a disposizione la documentazione di tutto quanto vi ho riferito, conclusivamente spero che questi rapidi accenni potranno trovare eco nella successiva discussione, nelle risposte dei relatori, cui sono particolarmente grato, come sono particolarmente grato all'onorevole Spagnoli ed al Centro di Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato, ripromettondomi di fare avere allo stesso taluni documenti ed il notiziario dell'Associazione che ho l'onore di presiedere.

Spero pure che questi rapidi accenni potranno trovare eco nella conclusione del Senatore Maffioletti ed intanto rinnovo a tutti il mio ringraziamento e l'augurio di buon lavoro, in particolare di un lavoro concreto e proficuo.

PIERGIORGIO FERRI (*)

«L'Avvocatura dello Stato a garanzia della parità tra le parti»

Porto il saluto dell'Associazione Democratica degli Avvocati e Procuratori dello Stato ed aggiungo che è un saluto che vuole esprimere una piena soddisfazione per questa possibilità di incontro organizzata dal Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato, perché coincide con l'impostazione dell'azione che svolgiamo sia all'interno che all'esterno dell'Avvocatura. Il nostro convincimento è che i problemi di un istituto come l'Avvocatura dello Stato vanno dibattuti con la massima ampiezza, col massimo coinvolgimento di forze politiche e sociali che operano nell'ambito della collettività nazionale.

Come abbiamo, quindi, sempre favorito ed accolto con piacere il dibattito sulla stampa, così riteniamo che le occasioni per discutere i problemi dell'Avvocatura debbano essere estese ai settori più vasti.

Tutto questo è il risvolto esterno di una concezione dell'Avvocatura che non deve essere un organismo chiuso in se stesso o, peggio ancora, quello che oggi si suol definire un corpo separato dello stato che tende a risolvere i suoi problemi in una sorta di autarchia interna che è ordinamento costituzionale, non riconosce, ma che deve cercare invece di collocarsi nel contesto complessivo dei poteri pubblici così come sono ordinati nella nostra Costituzione per assolvere quella che deve essere la sua funzione e partecipare, quindi, nella forma migliore alla corretta dialettica democratica.

Mi pare che tutto questo abbia molta importanza perché altrimenti si finisce per concepire il problema della revisione dell'Avvocatura in una chiave troppo settoriale, che tende, sotto motivazioni più o meno giustificate, a privilegiare problemi interni, di categoria, senza vederne i riflessi con quelli che sono invece i problemi fondamentali di struttura.

Le due pregevoli relazioni che hanno introdotto questo dibattito hanno evidenziato una linea di tendenza al di fuori della quale il futuro dell'Avvocatura dello Stato non avrebbe prospettive valide. Ed è una linea che muove dalla considerazione che il ruolo dell'Avvocatura nell'ambito dell'ordinamento costituzionale deve essere strettamente legato al momento della professionalità. Come è stato giustamente rilevato, l'Avvocatura dello Stato opera collocandosi in certe fasi dell'azione pubblica in cui il pubblico potere, anche se portatore di interessi superiori e quindi di mezzi autoritativi, deve accettare una posizione sostanzialmente paritaria nei confronti del cittadino per sottomettersi, nel rispetto del principio di legalità, alla verifica della conformità o meno del suo operato ai dettati dell'ordinamento giuridico.

Da questa pariteticità nasce uno scontro dialettico che ha la sua vita naturale nel processo e porta come conseguenza immediata una competitività del modo con cui certi interessi vengono fatti valere, sia in fase di elaborazione consultiva, sia in fase di confronto giudiziario.

Non bisogna ignorare che all'interesse pubblico portato dalle amministrazioni e difese sul piano giuridico dell'Avvocatura dello Stato, si contrappongono spesso interessi economici rilevantissimi i quali trovano il loro strumento di protezione nella libera professione, alla quale quindi è necessario contrapporre una difesa che si ponga su uno stesso piano di capacità professionale.

Aggiungo che negli ultimi decenni l'attuazione della Costituzione ha accentuato al massimo questa pariteticità, eliminando giustamente dall'ordinamento alcuni istituti che erano delle trincee protettive del potere pubblico, formavano preclusioni davanti al giudice ostacolando la

(*) Avvocato dello Stato, poi Vice Avvocato Generale.

tutela delle legittime posizioni dei soggetti privati. Basta ricordare la soppressione del “solve et repete” nel campo della controversia tributaria, l'abrogazione di molte nullità insanabili circa il modo con cui incardinare un processo nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Nei tempi più recenti, l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, ha portato una nuova apertura di visuali nel processo amministrativo e a nuove forme più penetranti di protezione dell'individuo nei confronti delle manifestazioni del potere pubblico: si può constatare un impiego nuovo del potere di sospensione degli atti amministrativi, che tende sempre più ad assicurare che il processo amministrativo offra quella effettività di tutela che a volte il ritardo del giudizio di merito rischia di sminuire.

L'Avvocatura dello Stato deve affrontare questa nuova dialettica processuale nel modo più efficace per garantire che nel gioco corretto dei mezzi di tutela che la Costituzione assicura al cittadino, l'interesse pubblico non ne venga pregiudicato. Aggiungo ancora che l'esigenza di professionalità cresce nel momento in cui gli sviluppi degli istituti processuali tendono a privilegiare la oralità del processo; in una impostazione del processo che valorizza un rapporto di immediatezza fra parte e giudice e dove quindi l'efficacia della difesa è sempre più affidata a quelle forme di dialogare che sono caratteristiche della professione forense, la mentalità e la formazione professionale di un funzionario amministrativo, anche del più preparato risulterebbero inidonee a spiegare una valida forza di convincimento a sostegno delle ragioni che la P.A., per non soccombere, deve addurre a giustificazione della legittimità del proprio operato.

Ma la professionalità, oltre a essere una condizione essenziale per l'efficacia del servizio che l'Avvocatura dello Stato deve rendere alle istituzioni democratiche, ha anche un riflesso interno che si collega strettamente all'analisi problematica, ma non meno ferma, che Violante ha poc'anzi svolto in relazione ai rapporti della funzione dell'Avvocatura con il momento politico e con quello amministrativo. È indubbio che questo rapporto deve essere ispirato ad estrema chiarezza per evitare forme di interferenze e confusioni, per cui il ruolo del consulente o dell'avvocato venga a sostituirsi al ruolo del politico o dell'amministratore, ponendosi anche come ostacolo alla identificazione delle ragioni di una decisione amministrativa, magari non priva di rilievo politico.

Direi che questo aspetto diventa ancora più rilevante, o meglio se ne acquista maggiore coscienza, nel momento in cui gli avvocati dello Stato sentono il dovere di promuovere una messa a disposizione del loro istituto a favore delle Regioni a statuto ordinario, ravvisando in ciò un non trascurabile contributo per consolidare e dare vigore operativo a questa nuova dimensione di governo, caratterizzata da una nuova concezione della gestione della cosa pubblica e da una sua maggiore vicinanza al cittadino, ma non meno bisognosa di quel supporto tecnico che garantisca l'efficienza e la legalità dell'azione amministrativa.

Non si può infatti ignorare che a seguito dell'attuazione dell'ordinamento regionale vi è stato non soltanto un passaggio di poteri dal centro alla periferia, ma soprattutto un mutamento di struttura nel modo in cui in sede periferica questi poteri vengono gestiti.

C'è già stato in Italia un decentramento amministrativo che ha creato figure di potenti burocrati regionali o provinciali, come ad esempio i provveditori delle opere pubbliche, detentori di poteri decisionali notevoli, come l'approvazione dei piani regolatori.

La riforma regionale ha ricondotto, nella sede locale, questi poteri in capo ad organi rappresentativi delle collettività. Secondo quello che è stato il prevalente indirizzo organizzativo delle Regioni, ciò che prima decideva un provveditore oggi lo delibera una giunta regionale, cioè un organo che è chiamato a rispondere del proprio operato ad una assemblea elettiva che mantiene un raccordo diretto con gli interessi della collettività locale.

È nella sede regionale dove probabilmente si sentirebbe ancora più grave e inammissibile un intervento, una struttura tecnico-giuridica che possa prevedere o sovrapporsi a valutazioni che l'ordinamento vuole che siano assunte da amministratori politicamente responsabili e quindi al di fuori di una mentalità burocratica, tendenzialmente neutra o portata a gabellare per neutra una scelta che però non si esterna e non si ricollega a meccanismi di controllo da parte della collettività. Sarebbe quindi difficilmente accettabile che, nell'istaurarsi di un collegamento tra Regioni e Avvocatura dello Stato la distinzione tra le due competenze, politico-amministrativa e tecnico-giuridica, non si ponesse nel modo più chiaro, nel senso cioè che la Regione conservi pienamente la disponibilità del rapporto che ha in contestazione, sia nella forma della libera recensione del risultato di una consulenza resa dall'Avvocatura, sia con la sua libera decisione in ordine ai nodi essenziali di gestione della lite.

È su simili premesse che potrà costruirsi un rapporto di collaborazione tra l'Avvocatura dello Stato e le Regioni a statuto ordinario. E questo rapporto, come esattamente ricordava Lorenzoni, richiederà per essere reso operante una libera determinazione della Regione medesima, che però dovrà tener conto di condizioni obiettive solo in presenza delle quali la funzione tecnica dell'Avvocatura può assumere un valore qualificante. Alludo alla necessità che essa abbia i caratteri della stabilità, giacché non avrebbe senso mettere in gioco l'Avvocatura per una consulenza o difesa saltuaria, in cui i pregi del suo intervento non avrebbero occasione di dispiegarsi, cioè la sua capacità di dare una coerente configurazione giuridica, una strategia generale al contenzioso della Regione, come anche la possibilità di quei rapporti di informazione continua già prospettati da Violante, che consentirebbero all'autorità politica di conoscere l'andamento del contenzioso e di verificare quindi certi effetti degli indirizzi politico-amministrativi adottati nelle sedi costituzionalmente responsabili.

Io credo che per far sì che tutto questo si realizzi è indispensabile un grande impegno rinnovatore, poiché questa delimitazione di competenze, questa distinzione tra ragione politico-amministrativa e ragione giuridica, che devono appartenere a due ordini separati, è una distinzione estremamente difficile. Non basterebbe proclamare in una norma di legge che l'Avvocatura dello Stato deve occuparsi solo di diritto e non deve invadere la competenza politico-amministrativa; l'esperienza insegna che queste invasioni avvengono sempre in forma surrettizia, attraverso una impostazione giuridica della questione che solo in apparenza è motivata da una convinzione di carattere tecnico mentre in realtà nasconde una scelta di altra natura; e questa, proprio avvalendosi di una tale copertura di neutralità tecnica fornita dalla motivazione giuridica, mira a sostituirsi alla valutazione politico-amministrativa che dovrebbe essere effettuata nella sua sede naturale. E si può anch'è verificare un già rilevato fenomeno inverso, di una autorità che cerchi di sottrarsi alla sua responsabilità politico-amministrativa facendosi coprire da una valutazione tecnico-giuridica che apparentemente la vincoli e perciò la immunizzi da controllo.

Un compito che quindi si pone oggi dinnanzi al legislatore che intenda, come sembra ormai indispensabile, intervenire su questa materia, è quello di dare all'Avvocatura dello Stato una strutturazione interna che adeguatamente contrasti queste possibili tendenze alla subdola violazione degli ordini di competenza. La soluzione del problema va ricercata, a mio avviso, nello sviluppo della professionalità all'interno dell'istituto.

È ben vero che la funzione di consulenza e di rappresentanza delle PP.AA. appartiene all'Avvocatura dello Stato come istituto; lo dice l'art. 1 del vigente T.U. 1933 e non è inesatto perché ci muoviamo dell'ambito dei rapporti di carattere pubblico in cui il momento istituzionale è quello determinante. Ma non si può ignorare, mentre volutamente lo ignorò il legi-

slatore del 1933, che se la funzione di consulenza e patrocinio è dell'Avvocatura dello Stato, l'esercizio di questa è invece un momento che coinvolge la posizione di coloro che dell'Avvocatura fanno parte, degli avvocati e procuratori dello Stato. I compiti che sono loro affidati presentano un carattere di estrema soggettivazione: quando redige l'atto di consulenza o nel momento in cui agisce nel processo l'avvocato dello Stato vi pone una propria valutazione obiettiva, un proprio impegno di coscienza. Se l'avvocato dello Stato possiede, come nessuno dubita, la vocazione e l'impegno umano dell'avvocato, si sente automaticamente legato ad un codice di comportamento che lascia ben poco spazio per distinguere la personalità individuale dei suoi attributi dai comportamenti tenuti nell'adempimento dell'ufficio.

Non a caso il testo unico del 1933 non parla mai dell'Avvocatura o del procuratore dello Stato come soggetto agente nell'ambito della sua istituzione; in quel testo essi sono oggetto di poteri che vengono esercitati nei loro confronti, ma non soggetti dotati di una titolarità di funzioni. Una sola volta vi figura come soggetto l'avvocato dello Stato, ed è in una norma organizzativa indispensabile (art. 1) dove si dice che egli è abilitato dinnanzi a tutte le giurisdizioni e vi rappresenta le PP.AA. senza bisogno di mandato speciale. Esternamente l'avvocato dello Stato sembra dunque un guerriero con una potente armatura, ma è un'armatura sul cui uso egli non ha possibilità di interferire. Si è cioè dato all'avvocato dello Stato soltanto lo strumento di legittimazione all'esercizio del suo ministero, ma non gli è stata data una regola di azione cui egli abbia il potere-dovere di attenersi e di cui lui sia individualmente responsabile come pubblico funzionario.

Sotto questo profilo l'organizzazione interna dell'Avvocatura presenta, potremmo veramente dire, un vuoto giuridico, perché non di altro si può parlare per un ordinamento dove si contempla soltanto un potere dell'avvocato generale di sovrintendenza, di impartire istruzioni generali e particolari, al quale quindi dovrebbe far riscontro una posizione di assoluta e completa sottomissione che ha come conseguenza l'esclusione dell'avvocato dello Stato dalla partecipazione alla formazione delle linee di gestione tecnica dell'istituto.

Coloro che sono tiepidi, o addirittura contrari, ad una incisiva riforma dell'attuale struttura verticistica, dicono di temere che si verrebbe a perdere il dato caratteristico dell'Avvocatura dello Stato, cioè un'attività di consulenza e di difesa coordinata e ispirata a indirizzi unitari. Tutto ciò invece non è affatto in discussione, ma è altrettanto indispensabile che l'avvocato dello Stato quando agisce come consulente o come difensore non sia estraneo alle posizioni che esprime, perché altrimenti viene a mancare il presupposto stesso del suo impegno professionale.

Oggi l'avvocato dello Stato ha una competenza assolutamente parcellare e frazionata, in quanto è dispersa in tanti atti di assegnazione di affari consultivi e contenziosi; dovrebbe invece essergli data la possibilità di dare stabilmente il proprio contributo alla gestione dei vari settori del contenzioso delle PP.AA. A tale scopo, è necessario articolare in forme stabili l'organizzazione interna dell'Avvocatura dello Stato, utilizzando adeguatamente lo strumento della collegialità.

Una vera riforma dell'organizzazione e del funzionamento dell'Avvocatura dello Stato che ne valorizzi la vocazione professionale non potrà prescindere, a mio avviso, ad una definizione della funzione dell'avvocato dello Stato, munita delle necessarie garanzie, che rappresenti il fattore dinamico essenziale per la esplicazione dei compiti di istituto.

Vorrei solo aggiungere, per finire, che una cosa veramente inaccettabile della vigente normativa è il contrasto stridente tra l'assenza di formulazioni sulla funzione dell'avvocato dello Stato e una carriera che si articola in cinque gradi. Oggi che si riorganizzano gli apparati pubblici rifiutando la logica autoritaria del "grado" e nella consapevolezza che possono esistere soltanto delle qualifiche corrispondenti ad altrettante realtà funzionali, come può essere con-

servato un ordinamento che, in presenza di una unica ed indifferenziabile realtà funzionale, quella professionale, costringe l'avvocato ed il procuratore dello Stato ad arrampicarsi su di una inverosimile scala gerarchica? Fino al 1955 è esistita anche una qualifica di sostituto avvocato dello Stato "di seconda classe"; abolita in quei tempi la terza classe nelle ferrovie, forse si pensò che anche gli avvocati dello Stato potevano fare a meno di un grado!

Vi è quindi molto da fare per una nuova e più incisiva presenza dell'Avvocatura dello Stato nell'ordinamento costituzionale. Il nostro incontro di oggi è sicuramente un momento molto importante per la presa di coscienza e l'approfondimento dei vari delicati problemi che debbono essere affrontati e risolti; sono certo che da esso scaturiranno nuove prospettive e nuovi contributi per il raggiungimento di questo obiettivo che assume un rilievo primario in un programma generale di rinnovamento dei pubblici apparati per renderli pienamente aderenti allo spirito democratico della Costituzione ed efficacemente operanti al servizio della comunità nazionale.

PIETRO CONTI (*)

«Il quadro politico istituzionale di una possibile riforma»

Dovrò scusarmi perché il mio discorso probabilmente oltre che essere contenuto dovrà porsi in un'ottica forse non pienamente capace di sfruttare gli elementi di elaborazione e di proposta che sono stati oggetto della preparazione di questo incontro. Per semplificare prenderò in esame alcuni argomenti introducendo poi alcune considerazioni all'interno di essi.

Una prima domanda che mi pongo è questa: come l'Avvocatura dello Stato è vista dal complesso degli amministratori pubblici? È un problema importante in quanto si tratta di una massa di operatori politici e pubblici che incide nella struttura dello Stato, nella formazione degli orientamenti e delle scelte generali che debbono essere compiuti. Pertanto, verificare questi orientamenti ed agire su di essi è essenziale se si vuole che quel processo di apertura nel dibattito, che qui è stato sottolineato, abbia quella misura necessaria a formare una consistente presa di coscienza del paese nella sua parte attiva.

L'Avvocatura dello Stato si è vista più come un istituto al servizio dello stato-persona piuttosto che al servizio dello stato-ordinamento ed è collocato anche, in virtù del tipo di esperienza politica che, il nostro paese ha vissuto nel corso di questi anni, in funzione della gestione dello stato-persona visto come lo strumento attraverso il quale è stato possibile realizzare un certo sistema di direzione politica, una certa metodologia nei rapporti tra le istituzioni.

C'è, quindi, un ambito di lavoro che deve essere recuperato in questo senso attraverso un ampio confronto. Quindi quel processo di rinnovamento non può essere il risultato, appunto anche per questa seconda valutazione, di un nuovo assetto della società. Quella certezza di funzioni, quell'ordinato assetto di funzioni e di compiti, quel rigore nei comportamenti della pubblica amministrazione, quel modo di essere diverso dallo Stato, oggi propone senza dubbio una scelta di questo genere.

Il dibattito, quindi, rispetto all'istituto non trova un vuoto, trova un terreno di confronto che travalica il tema specifico per abbracciare il complesso delle questioni. In questo senso,

(*) Presidente della Regione Umbria, deputato del PCI.

mi sembra ci sia un elemento assai importante di vantaggio nell'introdurre questo tema dell'istituto, delle funzioni e delle innovazioni che debbono essere proposte all'interno di questa esperienza politica nuova che il paese sta vivendo e che dovrà essere costruito, definendola nei suoi momenti successi e rispetto ai dati acquisiti a questo momento.

È un processo, quindi, che esiste al di là delle nostre singole volontà e di questo processo io credo si debba e si possa approfittare.

Una seconda questione che volevo porre è, questa: che cosa si sta verificando? Certo, c'è un decentramento, per cui voi rivendicate un decentramento anche del vostro assetto, dell'assetto dell'istituto, e c'è il problema del trasferimento di una organicità di funzioni, al complesso della pubblica amministrazione nei suoi momenti essenziali, nei suoi momenti istituzionali essenziali, di funzioni prescritte dalla Costituzione, come nel caso dell'art. 117 il trasferimento organico suggerito dalla commissione parlamentare degli affari regionali con la 382, ma c'è anche un trasferimento di funzioni amministrative che sono tipiche materie gestite fino a ieri dall'amministrazione statale e di competenza primaria dell'amministrazione centrale dello Stato.

È un trasferimento diretto alle amministrazioni municipali, ai comuni italiani per cui i comuni si inseriscono anche essi come momento dello Stato, gestori di funzioni dello Stato ed è evidente che anche la natura del comune tende a cambiare, a non essere più vista e considerata come espressione di una capacità autarchica di gestione, invece per tutte le ragioni, da quelle relative alla formazione delle risorse all'amministrazione derivata che questi hanno, a questo tipo di funzioni nuove per tante altre ragioni, il comune stesso tende ad essere oggi un'entità nella quale lo Stato si ordina e distribuisce funzioni e compiti.

C'è un sostanziale spostamento, quindi, di attività e di rapporti con i cittadini nell'affermare interessi della comunità e nei confronti con gli interessi pubblici.

Tutto questo comporta naturalmente una profonda conflittualità. Basti pensare a tutte le questioni riguardanti il trasferimento della competenza relativa al settore agrario o alla titolarità data come funzione amministrativa alle amministrazioni comunali. Quindi, le regioni avranno una competenza legislativa e le amministrazioni comunali saranno titolari della funzione amministrativa. La stessa cosa si ripete per quanto riguarda la sanità e tutta un'altra serie di funzioni.

Aumentano quindi le conflittualità verificabili nei diversi settori, della vita pubblica statale, sociale ed economica del paese nei confronti dei cittadini. Tutto questo propone, quindi, un discorso di decentramento che risponda a questa esigenza se si vuole che l'istituto proprio quella capacità che in passato l'assolveva centralmente in quanto vi era un tipo di Stato accentrato, un certo tipo di regime politico, di direzione politica del paese, e, quindi, preservava un certo tipo di interessi rispetto agli interessi che esprimeva quell'organizzazione dello Stato, attraverso una centralità della istituzione.

C'è però un altro dato che, a mio parere, tende ad affermarsi con sempre maggiore insistenza e che non può essere sottovalutato. Abbiamo tutti gli strumenti di partecipazione, questa costellazione di istituzioni partecipative che pongono dei problemi e in relazione ad una normativa che rispetto ad essi si va sempre più affermando con un carattere statale, regionale, anche municipale attraverso i regolamenti ed in relazione anche a processi di assunzione di momenti decisionali che questi organismi vengono progressivamente assumendo.

C'è, quindi, tutto un discorso che riguarda i rapporti all'interno del sistema partecipativo e della pubblica amministrazione affinché non abbiano a verificarsi poi condizioni nelle quali venga meno quella capacità di responsabilizzazione politica precisa, di programmazione della spesa pubblica e dell'intervento pubblico più in generale ed anche capacità di realizzare il

massimo di partecipazione. Secondo me, tutto questo processo evidenzia l'esigenza della consulenza che qui è stata prospettata rispetto ad un'esperienza passata, che però a mio parere potrebbe più proiettarsi rispetto ad un futuro nel quale la responsabilità ed il modo di essere di chi assume la responsabilità politica non abbia più quei caratteri di ambiguità rispetto allo uso degli strumenti posti a disposizione in passato, vi sia quindi profonda lealtà di comportamento rispetto agli istituti di tutta la pubblica amministrazione, perché è questo il dato centrale, perché noi potremmo avere anche la legge più avanzata nel riorganizzare e nel rendere più attuale l'istituto, ma se si dovesse continuare ad avere degli operatori politici i quali stravolgono la norma per andare ad una pratica quotidiana che quantomeno la accantona per agire su altri meccanismi ovviamente non avremmo risolto il problema, mentre il problema è primario per quanto riguarda il modo di comportamento delle responsabilità.

Per quanto riguarda le regioni, per quel che ne so, una regione soltanto è a statuto ordinario, anche qui per quanto riguarda alle regioni a statuto speciale l'esperienza fatta è un po' anomala, di questo vorrei si tenesse conto, in quanto si è agito su un tipo di ordinamento regionale che manteneva un sistema binario di organizzazione dell'attività statale; quindi, bisogna considerare quell'esperienza come un fatto anomalo, assolutamente diverso rispetto a quello che oggi invece si propone di realizzare.

Per quanto ne so, c'è una regione soltanto che ha previsto nella normativa statutaria l'utilizzazione dell'istituto per la assunzione della difesa dei propri interessi, se non sbaglio, siccome sono stato presidente di giunta per alcuni anni e partecipavo al processo di formazione degli statuti, la Regione Abruzzo statui questo.

Io personalmente, ho fatto esperienza invece di introdurre successivamente, autonomamente senza prescriverlo nella normativa statutaria, ma in forza di una scelta politica e quindi trasformata in un atto legislativo, l'utilizzazione degli uffici dell'Avvocatura dello Stato come strumenti possibili di difesa, quando questi avessero carattere di rilevante interesse generale per la comunità e nei rapporti pubblici. È un'esperienza abbastanza interessante che conferma quanto dicevo all'inizio. È stato necessario andare a due letture della legge nel senso che ad un certo momento si è trovata un'opposizione, non si è stati capaci di superare un dato di valutazione che veniva offerto dalla maggioranza consiliare rispetto ad un'esperienza passata, non veniva colto secondo me il dato di novità che si poteva introdurre, il processo che poteva aprirsi attraverso una presenza delle Regioni anche in questo campo che andasse ad una piena utilizzazione di questo strumento, compatibilmente con tutte quelle esigenze, con tutti quei limiti che sono stati indicati.

In seconda lettura invece il provvedimento è passato e perciò si è instaurato questo rapporto, certo non basta un'esperienza, occorre conquistare la platea del paese rispetto a questo settore e rispetto anche alle istituzioni minori, perché per quanto riguarda i comuni ci sono degli elementi assai gravi riferiti alle grandi amministrazioni. Avere un elemento di stabilizzazione del quadro di riferimento per tutto quanto riguarda la difesa propria e la consulenza è elemento assai importante rispetto appunto ad una pratica di lottizzazione dei patrocini e delle consulenze che si è avuta in passato e soprattutto per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni. Questo è un tema sul quale bisogna riflettere.

Le piccole amministrazioni non sono in condizioni né di disporre di un minimo di apparato interno né di accedere al patrocinio di legali privati che abbiano una professionalità sufficiente e che conservino anche una autonomia, autonomia rispetto alle influenze dell'ambiente e quindi al localismo che a volte può prendere la mano al di là della stessa capacità professionale. Pensiamo al dramma che qui si presenta, abbiamo fatto di recente alcuni con-

vegna sulla legge 10 nel Mezzogiorno d'Italia, il dramma che si pone a quelle amministrazioni, come essere difese e tutelate rispetto ai provvedimenti che esse adottano e a tutta la massa di ricorsi, di insorgenze che sopravvengono, sostenute poi anche da quegli apparati oscuri che si chiamano mafia e tutte, le cose di quel genere.

Il problema principale per i comuni rivieraschi soprattutto della Sicilia, della Calabria e di tante altre regioni italiane era quello di avere la possibilità di disporre di qualche momento che potesse rappresentare un punto di difesa rispetto alla normativa assunta dagli organi istituzionalmente preposti e dalla normativa amministrativa, di strumenti amministrativi che singole amministrazioni vanno ad adottare.

Si è verificato, per esempio, in Calabria che la famosa legge sulla costruzione ad una certa distanza rispetto alle coste non è stata assolutamente rispettata, è stata violata in ogni parte di quel territorio. Pongo questo problema, dell'istituto e dei suoi possibili contributi a questo aspetto anche in difesa della pubblica amministrazione, quindi in questo senso, tendere ad essere sempre più l'istituto dello stato ordinamento, in quanto nell'ordinamento si trasfondono competenze e funzioni che sono sempre più tipicamente statali e quindi di interesse generale, mi sembra che ci sia una possibilità di lavoro.

Non sono in grado di avanzare proposte operative, ma non sarebbe forse sbagliato in qualche modo pensare ad un possibile incontro con questi momenti così significativi dell'assetto istituzionale del paese, quindi di un confronto sia con i rappresentanti delle Regioni, sia con i rappresentanti delle amministrazioni comunali e delle amministrazioni provinciali o comprensoriali a seconda della scelta che verrà fatta del legislatore in sede di riordino delle amministrazioni locali.

GIOVANNI BESTENTE (*)

«La questione della collegialità»

Gli interventi, tutti pregevoli, che mi hanno preceduto hanno posto in evidenza l'esigenza di attualizzare in modo articolato e globale la figura dell'Avvocatura dello Stato, per adeguarla alle esigenze nuove dell'ordinamento costituzionale.

Uno dei punti essenziali che sono stati sottolineati anche nelle due relazioni di apertura di Violante e di Lorenzoni è quello della collegialità; collegialità che è stata giustamente identificata come una delle caratteristiche salienti di qualunque possibile rinnovamento dell'istituto.

Io vorrei esaminare questo punto non tanto dall'esterno nella sua genericità quanto in una certa misura dall'interno, visto dall'interno della Avvocatura dello Stato, cioè dalla parte degli avvocati.

Dove si pone il problema della collegialità? Si pone in due settori.

Anzitutto si presenta nel settore che possiamo chiamare dell'auto-governo: ed allora significa democratizzazione interna dello istituto, significa sottrazione alla figura di una sola persona che riuniva in sé tutti i poteri di auto-governo, e faceva della vita dell'istituto e della vita professionale degli avvocati il bello e il cattivo tempo, di una somma di poteri, per attribuirli ad un organo collegiale che sia in una certa misura rappresentativo di tutte le categorie di av-

(*) Avvocato distrettuale dello Stato di Torino.

vocati e di procuratori dello Stato, in una visione di democrazia rappresentativa e partecipativa. Questo perché? È evidente: a garanzia della giustizia e dell'imparzialità dell'azione di auto-governo e di tutti quei provvedimenti di nomina, di promozione, di scelta a funzioni direzionali che interessano la vita dei singoli avvocati e procuratori e dell'istituto nella sua complessità.

L'altro settore in cui il problema della collegialità si presenta è il settore dell'elaborazione delle linee tecniche di condotta dell'istituto. Qui direi che il problema più che porsi si impone (mi si passi il gioco di parole): si impone in vista non solo di quelle esigenze di imparzialità e di giustizia che abbiamo sottolineato -tutti sappiamo che l'Avvocatura dello Stato fa parte della pubblica amministrazione e uno dei doveri della pubblica amministrazione è quello di imparzialità- ma proprio in funzione di una precisa esigenza di efficienza e di funzionalità dell'istituto. Il lavoro giuridico che tutti quotidianamente svolgiamo direi che per sua natura presenta esigenze tipiche di elaborazione di esperienze diverse, e di considerazione di punti di vista molteplici: vi sono inoltre questioni che non si esauriscono nell'ambito di una sola disciplina del diritto, ma che richiedono l'apporto di competenze svariate e di esperienze di diversa provenienza.

Il lavoro giuridico, quindi, per se stesso postula la collegialità che in fondo vediamo era attuata praticamente in tutti i grandi studi professionali, particolarmente nei grandi studi internazionali in cui tutti sanno che c'è l'esperto costituzionale, l'esperto di diritto commerciale, l'esperto di diritto amministrativo, di diritto civile che di volta in volta vengono chiamati a portare il peso della loro specifica esperienza nei singoli campi in cui sono preposti.

Questo avviene dunque già nella libera professione, proprio in vista della funzione tecnica e professionale dell'operatore di diritto. Ma questo punto non può non assumere una rilevanza tanto maggiore quando si tratta di un organo per sua natura generale ed istituzionale come l'Avvocatura dello Stato.

Vorrei dire: qual è la caratteristica che costituisce almeno sotto un certo aspetto -il titolo preferenziale essenziale della difesa dell'Avvocatura dello Stato nel campo che le è proprio, rispetto ad altre forme di tutela? Io lo individuerei, più ancora che in altri aspetti che pure esistono, proprio nel fatto che si tratta di un organo generale e istituzionale che cioè estende per sua tipica funzione e che continua la sua attività alla totalità del territorio nazionale ed alla totalità dell'ordinamento giuridico.

L'Avvocatura dello Stato presenta, in virtù di queste sue caratteristiche essenziali, un potenziale, vorrei dire, di lavoro di "equipe" e di collaborazione che forse non è stato mai interamente sfruttato, e che sarebbe gravissimo che nel quadro di una ristrutturazione dell'istituto non trovasse una idonea esplicazione ed un sufficiente sviluppo. Non che questo lavoro di "equipe" non sia mai stato realizzato in modo assoluto: le consultazioni fra colleghi ci sono sempre state, e d'altra parte sono esistite di fatto varie forme di integrazione di questa collaborazione, sia pure casuali oppure in funzione di controllo; però le une e le altre sono state sempre affidate all'iniziativa, alla buona volontà di singole persone.

Ma questo non evidentemente un modo efficiente di utilizzare il potenziale di lavoro di "equipe" dell'Avvocatura, perché consente tutte le possibili discrasie e non funzionalità. Perché un lavoro di collaborazione possa svolgersi senza venir meno alle esigenze di efficienza di funzionalità dell'istituto, ma anzi rispondendo in modo specifico a queste esigenze, occorre che ad esso venga preposto un organo stabile, un'organo che sia collegiale proprio per consentire uno scambio di esperienze diverse, un apporto di diverse competenze, una provenienza da campi di studio differenziati che si incontrino, si medino -direi che l'idoneità più tipica dell'Avvocatura è proprio quella di mediare diverse esperienze- e trovino un punto di coagu-

lazione e di unità. Occorre inoltre che sia un organo istituzionalmente previsto e regolato perché ad esso si possano porre delle richieste precise, e da esso si possano esigere risposte pronte ed altrettanto precise.

Solo infatti quando ad un organo è attribuita istituzionalmente una funzione ad esso si può attribuire una corrispondente responsabilità per il suo svolgimento e, quindi, da questo organo si possono esigere delle risposte pronte e puntuali, che non consentano lungaggini burocratiche e disfunzioni.

Accanto, quindi, ad un organo collegiale per l'autogoverno si pone l'esigenza di uno o più organi -e questo è un punto che vedremo- collegiali di elaborazione tecnica delle linee decisionali tanto nella condotta dei contenziosi, quanto nel consultivo.

È chiaro che, ferma restando questa esigenza, quindi ferma restando l'opportunità di prevedere questi organi, vi sono dei rischi da evitare. Uno di questi rischi, sui quali bisogna assicurare tutti, è quello dell'eccessiva frammentazione dell'istituto, ed un altro è quello dell'assemblearismo. Occorre dunque prevedere mezzi che ne impediscano nel modo più assoluto la verifica.

Così, è evidente che vi sono nella vita professionale quotidiana di ogni avvocato dello Stato affari che si possono esaurire nell'ambito del lavoro individuale, o per la loro modesta entità o perché si tratta di affari per i quali vi è già una direttiva, un orientamento giurisprudenziale o dottrinale ben determinato, per cui non occorre riunire un'assemblea per discuterne la soluzione.

D'altra parte, gli organi in questione, se evidentemente dovranno essere democraticamente costituiti, dovranno essere anche dal punto di vista numerico, agili nel loro funzionamento e nella loro convocazione, ed incisivi nella loro azione. Inoltre bisognerà evitare che questi organi, che sono creati proprio in funzione della professionalità del lavoro degli avvocati dello Stato, questa professionalità finiscano poi col mortificare: cioè bisognerà evitare che essi si trasformino in organi di pressione collegiale, così come prima potevano essere centri di pressione individuale. Si tratta di problemi di tecnica legislativa la cui soluzione forse, in vista proprio della costituzione democraticamente intesa degli organi in parola, non presenta gravi problemi.

D'altra parte, sappiamo tutti che la vita dell'Avvocatura e il suo funzionamento si articola ad un livello centrale, che è quello dell'Avvocatura Generale, ed a livelli territoriali che sono quelli delle Avvocature distrettuali, fra le quali vorrei per ragioni di correttezza logica comprendere la stessa Avvocatura distrettuale di Roma, perché sappiamo che l'Avvocatura Generale ha funzioni anfibie di Avvocatura distrettuale per il distretto di Roma e di Avvocatura Generale in funzione di coordinamento di tutte le Avvocature.

Ora, la collegialità dovrà essere prevista a livello distrettuale, anche perché in vista di una possibile estensione della utilizzazione dell'Avvocatura agli enti Regionali, non sarebbe giusto che questi non potessero valersi dell'apporto collettivo, della collaborazione che essa comporta anche in sede locale. Dovrà inoltre essere prevista a livello centrale in funzione di coordinamento fra le azioni delle singole Avvocature distrettuali evidentemente dovrebbe limitare il suo intervento soltanto là dove un coordinamento sia effettivamente richiesto, cioè soltanto nei campi in cui si pongano problemi di massima, questioni di carattere generale che per la loro natura e rilevanza possano e debbano sfuggire alla decisione, sia pure collegiale, ma comunque unica e settoriale di un singolo distretto.

Questo meccanismo naturalmente deve incontrare un limite nella necessaria autonomia delle singole Avvocature distrettuali quando siano chiamate a curare gli interessi regionali. È

chiaro che qui bisogna scongiurare il rischio -che è già stato messo in evidenza- di un recupero sotto il pretesto di un coordinamento fittizio di una gestione centrale di interessi, che invece l'ordinamento costituzionale vuole decentrati e nella disponibilità degli enti regionali.

In conclusione ci troviamo di fronte al problema degli organi collegiali, in un campo in cui varie e molteplici e diversamente articolate sono le esigenze ed i problemi dei quali bisogna tener conto. Ma solo attraverso la soluzione bilanciata di tutti questi vari problemi nel rispetto, sia ben chiaro, delle direttive politico-amministrative che devono essere sempre dell'autorità politica -non dimentichiamo che l'Avvocatura è un organo essenzialmente tecnico o professionale- nel rispetto della professionalità dei singoli avvocati, nel rispetto delle autonomie nella misura più vasta possibile e cioè fin dove esse non incontrano un limite nelle necessità effettive di coordinamento, sarà possibile uscire dall'attuale situazione di stasi.

E fino a quando non sarà data una risposta coordinata e globale a tutte le esigenze che abbiamo cercato di sottolineare, non potremo sperare di fare dell'Avvocatura dello Stato quell'istituto in cui tutti desideriamo vivere e lavorare: cioè un istituto che rispetti le individualità dei singoli avvocati e nello stesso tempo sia uno strumento efficiente e funzionale per la tutela degli interessi pubblici, così come richiesto e postulato dalle esigenze di uno stato decentrato e di una pubblica amministrazione moderna e funzionale.

DANILO LAURENTI (*)

«Il superamento di alcuni luoghi comuni»

(Omissis)

Ora, poiché non credo si possa ritenere che proposte di iniziativa parlamentare nascono nel vuoto, ma si debba invece ritenere che nascono dall'esame, dalla discussione, dalla convinzione che si tratta di un problema maturato, penso che sia abbastanza utile (anche se noi come diretti interessati siamo stanchi di questo iter) ricordare che il dibattito c'è stato e molto approfondito.

Anzi, avendo partecipato agli studi fatti per la presentazione di uno di quei disegni di legge, devo dire di essere stato particolarmente lieto di sentire oggi dati come acquisiti dei punti che sin dal 1966, quando fu presentato il primo disegno di legge, di iniziativa del Sen. Bartolomei e altri, forse non erano così acquisiti come oggi. Ho sentito ad esempio il secondo relatore dare come acquisita la necessità di due organi collegiali: per la direzione del personale e la conduzione tecnica dell'istituto. È fortuna e piacere, vedere che queste idee lanciate allora hanno messo lungo tempo per arrivare, ma finalmente sono arrivate e sono patrimonio comune.

Sulle pregievoli relazioni ritengo di poter fare notazioni brevissime su due punti, per trattenermi un pò meno brevemente su un terzo. Questi tre punti sono del resto a mio parere collegati l'uno all'altro in maniera diretta ed indiretta e in modi anche diversi, ma coordinati.

La prima relazione ha insistito in maniera particolare sul problema della funzione dell'Avvocato dello Stato: e dico "la funzione dell'Avvocato dello Stato" a ragion veduta, cioè non soltanto la funzione dell'Avvocatura dello Stato. Ho notato che il primo relatore ha segnalato una tendenza, rilevata dalla lettura degli atti pubblicati per il centenario dell'Avvoca-

(*) Avvocato distrettuale dello Stato di Perugia.

tura, che porta a snaturare e a trasformare la funzione dell'Avvocato dello Stato da quella - esattamente definita dal relatore- di consigliere e di difensore, in una funzione di giudice dell'amministrazione. Aggiungo che questa tendenza si nota in maniera significativa anche leggendo le prefazioni alle relazioni quinquennali dell'avvocato generale dello Stato, al Presidente del Consiglio dei Ministri. Queste relazioni fino ad una certa data, erano fatte in forma di lettera: o meglio erano precedute da una lettera con la quale l'avvocato generale inviava la relazione al Presidente del Consiglio e da una cortese lettera di ringraziamento dello stesso Presidente. Da un certo anno in poi questa forma è cambiata: la pubblicazione è definita "relazione dell'avvocato generale al Presidente del Consiglio" solo perché c'è scritto, in caratteri molto piccoli, nel frontespizio. E si sa che si tratta della relazione solo se si ricorda l'art. 15 del testo unico del 1933 che la prescrive.

Questo non è un fatto casuale, è un fatto altamente significativo della tendenza di trasformare l'Avvocatura, l'avvocato dello Stato in giudice dell'amministrazione, esaltando in maniera distorta quel tanto di desiderio (umanamente comprensibile ma non giustificabile) dell'Avvocato dello Stato di affermare il suo potere nei confronti dell'amministrazione attiva. Sicché ogni tanto mi viene in mente l'immagine di Tartarino di Tarascona con il casco e il fucile: soltanto che sotto il piede non ha la canessa del leone ucciso, ma l'intendente di finanza del quale finalmente l'Avvocato dello Stato ha conquistato le spoglie.

Questa del resto è una cosa un po' curiosa perché è un atteggiamento che non cammina per linee note, ma si intrufola da tutte le parti sicché, per esempio, mi è capitato di sentirlo definire come atteggiamento estraneamente progressista.

Vorrei dire una piccola malignità, se mi è consentita, ed è questa. L'Avvocatura ha celebrato l'anno scorso il centenario e, secondo me, solo per una forma di provincialismo romano, non celebra quest'anno il bicentenario: perché l'Avvocatura Regia di Toscana fu fondata con motu proprio dal Granduca nel 1777, 27 maggio 1777. Ora, nel motu proprio c'era una bellissima frase che stranamente è stata ripetuta molte volte come fondamento storico del nostro voler essere "giudici" dell'amministrazione: grosso modo diceva questa frase che le cause del patrimonio, del fisco e delle regalie del Principe dovevano essere condotte in puro spirito di verità e in modo che la ragione del fisco non prevalesse mai sulle ragioni del privato. Allora è stato detto: che questa è la democratizzazione dell'Avvocatura. Forse si è dimenticato che Pietro Leopoldo era un gran principe, ma era un sovrano assoluto.

Il Granduca, poiché era una brava persona aveva accentuato l'"imparzialità" dell'Avvocatura di fronte agli interessi del Principe. Ma non si dimentichi che il discorso della cosiddetta "parte imparziale" -al quale è stato fatto un accenno nella prima relazione- emerge in realtà solo quando manca "la parte". È proprio l'assenza dello Stato come "parte" e la presenza del sovrano assoluto che accentua l'atteggiamento della "imparzialità"; ed è strano che per indicare una linea di progresso si debba far ricorso a concetti che si muovono nell'ambito della teoria della sovranità assoluta. Mi sembra, invece che la funzione dell'Avvocato dello Stato, sia individuabile solo se si collega al fatto che lo Stato, dal momento che si sottopone alla giurisdizione, è "parte" e che essa sia precisabile solo collegandola al principio costituzionale della legittimità dell'azione amministrativa.

Mi sembra che si tratti di un punto abbastanza importante da tenere presente nell'attività di studio, di approfondimento e poi nell'attività legislativa. Non credo che convenga a nessuno dare come corredo agli avvocati dello Stato la fotografia di Tartarino di Tarascona.

Il secondo, punto, collegato al primo, è il problema della struttura perché la funzione può essere definita nella migliore delle maniere, ma se ad esse non corrisponde una struttura

adeguata ci potranno essere solo belle proposizioni legislative che poi non riescono a realizzarsi nella pratica.

Per quello che riguarda la struttura, già nel 1966, il disegno di legge Bartolomei e altri constatava che le qualifiche dell'Avvocatura dello Stato sono due: quella di procuratore e quella di avvocato; ad esse si aggiunge la terza che è quella dell'avvocato generale.

Io sono personalmente rimasto della stessa opinione.

Al contrario, ancora oggi esistono in Avvocatura nove qualifiche: quattro tra i procuratori e cinque tra gli avvocati.

Non dimentichiamo che durante la guerra i magistrati avevano una bella divisa blu con tanti galloni e credo che l'avessero anche gli avvocati dello Stato. Questi erano i gradi; e debbo chiaramente lamentarmi del fatto che anche nel testo della riforma uscito dal Senato e giacente ora nella cappa in commissione ne è stato eliminato, su gli avvocati uno solo. Il che significa che si continua per la strada che indicava un collega intervenendo nel dibattito: dei gradi inutili ne eliminiamo uno per volta; e così nel duemila, se ci saranno ancora gli avvocati, e se ci saranno ancora gli avvocati dello Stato, saremo finalmente riusciti, se si continua di questo passo, a realizzare nell'Avvocatura, quello di cui si parla tanto per il settore dell'impiego pubblico in generale: le qualifiche funzionali; che forse in altri settori sono difficili da individuare, certo più che in Avvocatura, dove, malgrado tutto, se non vogliamo trasformarci in Tartarini di Tarrascona, dobbiamo fare gli avvocati.

Il discorso della struttura, ci riporta al discorso che, indicato ed accennato da tutti, è in realtà la cosa più nuova nel dibattito di oggi, cioè il problema della rappresentanza e della difesa delle Regioni. Diciamo che il problema si usa definirlo così, in termini indicativi e riassuntivi, ma l'Onorevole Conti che è stato protagonista in Umbria di una vicenda relativa proprio all'utilizzazione dell'Avvocatura dello Stato, che io ho avuto la possibilità di seguire, ci ha già dato una dimensione molto più articolata e molto più vasta del problema.

Dirò a proposito degli aspetti sui quali si è intrattenuto l'Onorevole Conti che c'è un'altra esperienza, non giunta per altro alla fine: la Regione Lombardia aveva preparato durante la sesta legislatura un disegno di legge ed aveva intenzione di presentarlo al Parlamento utilizzando il diritto di iniziativa legislativa dei consigli regionali. In un secondo momento venne preferito offrire l'elaborato come contributo al Ministro delle Regioni, nella speranza di una presentazione al Parlamento da parte del Governo, che poi non seguì. Tuttavia esistono una relazione e un articolato in cui il problema della difesa della regione affidata all'Avvocatura dello Stato è trattato con molta attenzione, con molta cura, con molta proprietà, con un aggancio che può servire per le esigenze che l'Onorevole Conti ha dianzi indicato. Ma ritengo di dovere subito aggiungere che ad esigenze di ambito così vasto con quello indicato l'Onorevole Conti, l'Avvocatura non è allo stato in grado di corrispondere, secondo la mia opinione.

Credo che questo sia atteggiamento di saggezza e non solo di umiltà; se il legislatore riterrà che l'attività dell'Avvocatura possa essere utilmente adoperata per l'assistenza e, la difesa di enti diversi dallo Stato, sarà anche opportuno che misuri le esigenze con le possibilità, per evitare che un'esigenza sentita rimanga poi non soddisfatta nella pratica e nella realtà per ragioni di impossibilità materiale.

Tornando all'esigenza prospettata dall'Onorevole Conti e alla bozza di disegno di legge proveniente dalla Regione Lombardia, dirò che in essa veniva indicata una strada a mio parere percorribile, tenendo conto che le funzioni amministrative trasferite dallo Stato alle Regioni possono essere poi delegate dalle Regioni stesse ad enti sub-regionali: comuni, provincie, comprensori, ecc. La soluzione legislativa suggerita era quella di prevedere che quando una

Regione abbia istituzionalmente avuto il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, essa possa, con le leggi di delega di funzioni amministrative regionali ad enti sub-regionali, prevedere il patrocinio e l'assistenza dell'Avvocatura per gli enti delegati.

Non è questa la soluzione dei problemi di cui parlava l'Onorevole Conti perché si tratta di una soluzione in ambito più ristretto. Ma ripeto che sarei molto cauto di fronte all'ipotesi di un'estensione troppo massiccia della sfera di attribuzioni dell'Avvocatura e campi di attività così vasti come quelli che le attuali tendenze legislative vanno delineando per gli enti sub-regionali, perché un'estensione in blocco così vasta potrebbe nella pratica impedire i risultati che invece si vorrebbero ottenere.

Chiudo qui per evitare di andare troppo oltre il tempo che mi ero prefisso. Faccio una notazione conclusiva. Noi dobbiamo [avere] il coraggio -perché questo è un confronto fra noi e gli altri- di rimanere avvocati dello Stato, di non andar a cercare glorie in campi che non sono nostri, di accettare la nostra funzione, quella che l'ordinamento ci attribuisce. E quando parlo di "ordinamento" non mi riferisco ovviamente al testo unico del '33; ma debbo anche aggiungere che forse sarebbe di buon gusto non citarlo troppo spesso, quel testo unico, per evitare di dover ricordare a noi, alle forze politiche, alle forze parlamentari che l'assoluta inadeguatezza dell'ordinamento attuale dell'Avvocatura è risultato acquisito fin dal 1966, data della presentazione dei primi disegni di legge di riforma; ma che per una serie di ragioni che in una sede diversa da questa potrebbero essere oggetto di polemica politica, il testo unico del '33 ce lo ritroviamo ancora sulle spalle.

A questo punto sarebbe forse opportuno lasciar perdere per un momento la polemica sul testo unico del 1933, per cominciare veramente a convincerci del nostro ruolo, della nostra funzione e per renderci conto che se nel 1966 un problema di difesa delle Regioni non è stato esplicitamente affrontato nei disegni di legge di riforma, ciò è accaduto per il timore, che in fondo nelle parole dell'Onorevole Conti è pure riecheggiato, di essere visti dalle rappresentanze politiche regionali come dei potenziali nemici. Anche per la nostra partecipazione ed attività, (credo che ci si possa riconoscere) questa situazione è cambiata. E se oggi l'Onorevole Conti citava come positiva la sua esperienza di Presidente della Giunta regionale umbra, se ci sono regioni come l'Abruzzo, la Lombardia, ed altre che hanno preso la strada già iniziata per usufruire del patrocinio e dell'assistenza dell'Avvocatura, ciò che cosa vuol dire? Vuol dire che se malgrado tutto -cioè malgrado le limitazioni, i pesi, la difficoltà dei movimenti- l'istituto è guardato con interesse positivo anche da chi aveva motivo forse di guardarlo con preoccupazione negativa; vuol dire che noi possiamo essere convinti di una nostra capacità funzionale da mettere al servizio degli altri. Ma attenzione: questo noi dobbiamo fare nei confronti degli altri con quel tanto di umiltà e di intelligenza necessarie per comprendere la nostra posizione per metterci fuori dal nostro ruolo, per collocarci, nella posizione giusta, che deriva dalla chiara individuazione dei ruoli e dei compiti sui quali la prima relazione si è soffermata: il rapporto col Presidente del Consiglio, il rapporto con l'Avvocato generale, la necessità di una partecipazione attiva degli avvocati all'individuazione e deliberazione delle linee di condotta tecnica dell'istituto, e di governo del personale, e la personale responsabilità dell'avvocato nella cura degli affari che gli sono affidati.

Questa è la posizione che in fondo, malgrado tutte le nostre limitazioni, ha portato verso di noi l'interesse anche degli altri, questo interesse verso di noi dobbiamo apprezzare nella giusta misura, sapendo bene però che anche noi come altri istituti corriamo dei rischi, perché ora possiamo anche lamentare che le nostre insufficienze sono colpa degli altri, e in particolare delle leggi e dei regolamenti.

Ma dopo, una volta che la legge di riforma sia fatta, le nostre insufficienze, se ci saranno, e purtroppo ci saranno certamente, saranno solo nostre. Allora non avremo alibi.

Questa è la mia posizione di avvocato dello Stato nei confronti del dibattito che si svolge e della riforma dell'istituto. Riforma della quale spero si possa valutare presto la approvazione. E quando dico "presto" voglio dire prima della celebrazione del terzo centenario, e anche prima del prossimo giubileo.

ENRICO VITALIANI (*)

«I punti “ancora saldi” dell’Avvocatura dello Stato»

Laurenti ha detto molte cose che condivido pienamente. Un discorso sull'Avvocatura dello Stato non è possibile senza stabilire un legame ed un confronto con la situazione della pubblica amministrazione nel nostro paese e, quindi, senza partire dalla constatazione e dalle ragioni della sua inefficienza, sulla quale il giudizio è comune ed incontrastato, ma sempre quando se ne parla da un punto di vista generale o, meglio ancora, generico, perché quando si scende nel particolare, i giudizi non sono più così univoci e, anzi divergono fra loro.

Sia ben chiaro che quando parlo di efficienza, non intendo efficientismo, ma, più in generale, e più semplicemente, capacità di un'amministrazione, di un istituto, di un'organizzazione di rispondere e di conseguire lo scopo per cui è costituito e per cui funziona.

La inefficienza della pubblica amministrazione nel nostro paese -in particolare la inefficienza del personale addetto alla pubblica amministrazione- è a mio avviso la conseguenza, il prodotto storico del processo di formazione dello Stato italiano, partendo dal Regno di Sardegna e che mantenendo un ordinamento costituzionale ed un'organizzazione amministrativa rigidamente accentrati ha via via annesso altri Stati ed altri territori e, quindi, altre società civili, altre comunità economico-sociali, diverse e perfino contrastanti fra loro, che sono entrate a farvi parte, conservando e difendendo strenuamente i loro interessi costituiti.

Del nuovo Stato, oltre tutto, il potere è stato sempre appannaggio di gruppi ristretti ed è stato esercitato nello interesse di questi gruppi; lo sviluppo economico ha avuto sempre carattere settoriale; l'iniziativa economica pubblica carattere clientelare, assistenziale, senza una azione generale di politica economica e sociale, e, quindi, senza l'obiettivo ed il risultato di una trasformazione globale e coerente dell'assetto economico e sociale di tutto il paese.

Lo sbocco di questa formazione storica e di questo tipo di azione politica e di sviluppo economico è quella situazione caratteristicamente italiana di coesistenza fra sviluppo ed arretratezza, fra rendita e profitto, fra grande industria ed intermediazione parassitaria.

La pubblica amministrazione dello Stato italiano è nata su questo terreno e la burocrazia nazionale è quella di un paese, che è stato sempre governato in questo modo.

E questi non sono accostamenti gratuiti, perché l'esempio storicamente più importante di utilizzazione della pubblica amministrazione per interesse di parte -e qui parliamo di un fatto di importanza capitale- è il ruolo svolto dai prefetti nella storia del nostro paese, nella storia amministrativa e politica del nostro paese e, in generale, nell'amministrazione dell'interno. E se anche noi in Italia non abbiamo studi in questo senso, c'è un interessantissimo stu-

(*) Avvocato dello Stato.

dio su questo problema del prof. Robert Freed dell'Università di Los Angeles, che è stato tradotto in italiano dal consigliere Mario Battaglini, che tutti conosciamo, ed è stato pubblicato dalla Casa Editrice Guiffré nel 1967 con il titolo "Il prefetto in Italia" e con una presentazione di Leopoldo Piccardi.

Un esempio più recente, più circoscritto, ma molto preoccupante, è quello, tuttora avvolto nel mistero, dei servizi di sicurezza, di cui parlano proprio oggi ancora una volta i giornali.

Una burocrazia cresciuta ed allevata su questo terreno, quasi mai utilizzata per l'attuazione di una politica nazionale, una politica svolta nell'interesse generale del paese, ma che di volta in volta, in base alla legge, ma anche al di fuori e contro legge, è stata strumento di parte e, nel migliore dei casi, di tutela di interessi settoriali e particolari, ma può essere efficientemente poi, inevitabilmente, e questo l'aspetto più grave dell'evoluzione della burocrazia, ad organizzarsi in un insieme di corpi separati e far valere e prevalere, fra i mille interessi particolari, anche i propri interessi di guadagno, di carriera, di potere.

C'è poi la fase formale di disgregazione del corpo burocratico nella ricerca individuale del guadagno e del successo, che nel migliore dei casi si concreta nell'esercizio e nella tutela - e questo è il punto su cui vorrei richiamare l'attenzione - da parte dei funzionari dello Stato e, in generale, dai funzionari pubblici di interessi antagonisti e quelli della pubblica amministrazione: e così abbiamo il funzionario delle finanze, che fa il consulente tributario, o il funzionario delle belle arti, che si occupa di antiquariato e fa commercio di cose d'arte. È questa è una pratica, bisogna precisarlo, che è diffusa allo stato endemico nella pubblica amministrazione italiana, favorita dagli orari unici che finiscono alle due, dalle tolleranze, che germogliano per la ormai abituale inesistenza di una direzione e di una responsabilità politica del funzionamento della pubblica amministrazione, ed anche dalle basse remunerazioni dei dipendenti dello Stato.

Quando si parla di pubblica amministrazione bisogna aver chiaro tutto questo.

Si può allora comprendere perché la maggioranza dei cittadini considera con ostilità e con timore l'autorità pubblica. Ma è certo che questo atteggiamento non facilita la soluzione del problema di un risanamento della pubblica amministrazione, anche perché si accompagna ad una riprovevole indulgenza nei confronti di quelle attività illecite, indicate in precedenza, e delle quali ogni cittadino cerca di trarre un proprio particolare vantaggio.

E in questa serie di reazioni a catena sta la ragione, per cui si riscontra nella pubblica opinione una così grande discordanza dei giudizi e, in generale, una grande incertezza quando dalle denunce generiche si passa poi, nel concreto e nel particolare, a porre il problema del risanamento e della riforma della pubblica amministrazione, che nessuno sa ed in che forma deve augurarsi proprio in vista dei propri interessi particolari.

Da tutto questo desidero trarre una prima, ma credo importante indicazione di metodo: quando ci si propone nel nostro paese di risanare e riformare la pubblica amministrazione, i discorsi di carattere generale e, soprattutto, le terapie plurivalenti e buone per tutte le situazioni sono assolutamente inutili. Si tratta invece di esaminare, caso per caso, istituto per istituto, quale sia la situazione concreta, quali i problemi da affrontare e quindi, quale sia la terapia specifica da applicare.

Questo metodo è valido anche per l'Avvocatura dello Stato ed a me pare che un esame particolareggiato della sua storia, della sua formazione, della sua situazione presente portino a concludere che nel panorama della pubblica amministrazione essa rappresenti un istituto accettabile e non gravemente compromesso.

Non è necessario che io ricordi qui, perché tutti conoscono queste cose, quando e come

sia nata l'Avvocatura dello Stato e, soprattutto, ricordi che l'esigenza di istituire un organo unico di patrocinio e di assistenza legale per tutte le amministrazioni dello Stato, le cui funzioni sono state poi estese a vantaggio di altri enti pubblici, sia sorta dalla famosa legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, con la quale venne affidata ai tribunali ordinari la cognizione delle cause, in cui si faceva questione di diritti civili e politici ancorché vi fosse comunque coinvolta la pubblica amministrazione.

La soluzione istituzionale, che fu data al problema posto da quella legge, mediante l'istituzione dell'Avvocatura dello Stato come organo unico e con competenza generale per il patrocinio e l'assistenza di tutte le amministrazioni, dalle quali, tuttavia, è autonoma sia da un punto di vista funzionale sia da un punto di vista gerarchico ed organizzativo, è stata sicuramente una soluzione particolarmente felice, perché, da una parte, ha realizzato l'unificazione della funzione di difesa e di assistenza legale, consentendo valutazioni complessive e non settoriali ed episodiche degli interessi in gioco; dall'altra, ha frapposto tra amministrazione titolare dell'interesse controverso e giudice un organo con carattere di terzietà, funzionalmente e gerarchicamente autonomo.

Questa soluzione realizza nell'ambito dell'amministrazione centrale dello Stato uno schema che nella moderna organizzazione aziendale si chiama di linea - staff, perché ad un'organizzazione di linea, che è quella dei ministeri, nella quale l'autorità e la responsabilità discendono dall'alto, attraverso livelli gerarchici ed operativi successivi, si è aggiunto come supporto, come staff appunto, come appoggio unità organizzativa con competenza tecnico-giuridica specializzata. Il sistema italiano, quindi, nonostante sia vecchio di cento anni, è in linea anche con le esigenze e le formule dell'organizzazione aziendale moderna e questo concetto di staff corrisponde nel lessico giuridico e costituzionale a quello di organo ausiliario, di cui si è parlato nella relazione di Lorenzoni.

Ci sono tre connotati che nell'attuale fisionomia dell'Avvocatura dello Stato si presentano, a mio avviso particolarmente qualificanti e tra loro indipendenti.

In primo luogo, la posizione di autonomia funzionale rispetto ai singoli organi di organizzazione attiva e, in particolare, alla loro direzione burocratica e la posizione di autonomia gerarchica rispetto alla stessa direzione politica delle singole amministrazioni. Infatti, l'Avvocatura dipende dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed i provvedimenti, che la riguardano, devono essere adottati dal Consiglio dei Ministri.

C'è poi un secondo punto: la natura tecnico-giuridica delle funzioni, che l'Avvocatura svolge e che sono appunto definite dalla legge "rappresentanza, patrocinio, assistenza in giudizio delle amministrazioni" (art. 1 del testo unico) nonché "tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato" (art. 13 del testo unico).

C'è infine - e questo è il terzo punto - la natura professionale dell'attività e della prestazione di lavoro degli avvocati dello Stato, anche se legati all'Istituto da un rapporto di natura gerarchica, ma diverso da quello degli altri pubblici funzionari. E questo è un altro preciso connotato del rapporto che bisogna sempre ricordare anche nelle rivendicazioni, che vengono proposte e portate avanti.

Tutti questi caratteri dell'Istituto sono legati fra loro da un delicato equilibrio, dal quale dipende la sua efficienza e la sua utilizzabilità.

Per esempio, proprio su questo punto è di particolare importanza il discorso, che abbiamo sentito ripetere qui e sul quale io sono perfettamente d'accordo con Laurenti: il problema se spetti all'Avvocatura o all'amministrazione di disporre del diritto controverso e di stabilire, quindi, se una lite debba essere intrapresa, proseguita, abbandonata. Problema che, secondo

me, non sarebbe mai dovuto sorgere; che è sorto per quelle note infelici affermazioni, contenute nella nota introduttiva della Relazione del 1965; che è stato, sempre a mio avviso, definitivamente risolto dal parere dell'adunanza generale del Consiglio di Stato con corretta motivazione (anche se su alcuni punti di quella motivazione poteva esserci dissenso), parere che ha avuto l'autorevole adesione di Carlo Arturo Iemolo.

Nonostante tutto questo, il discorso si riaffaccia sempre ed è appunto, come si diceva, una sorta di Tartarino di Tarascona, questo Avvocato dello Stato che desidera e tenta di dominare l'Intendente di Finanza o, peggio, il Ministro dei Lavori Pubblici, come è avvenuto. È inutile entrare nel merito giuridico della questione, che a me sembra chiaro, però è utile ricordare che l'effettiva autorità di un organo di assistenza legale, al pari di quella di un qualunque avvocato, non sta nei poteri, che riesce ad arrogarsi, ma nella capacità e nell'efficienza, con cui è in grado di orientare e di difendere l'amministrazione.

La rivendicazione di poteri, d'altra parte, rischia di alterare, sia il carattere tecnico-giuridico delle funzioni dell'Avvocatura dello Stato, con inevitabili ripercussioni sulla posizione di autonomia funzionale, perché a questo punto sorgerà inevitabilmente l'esigenza e il desiderio di controllare gerarchicamente o in altro modo l'Istituto. In altri termini, è questo il modo con cui si imbrocca una strada, che pone in discussione la collocazione e la stessa fisionomia dell'Istituto, che rappresentano, invece, il felice approdo di una lunga evoluzione istituzionale che consente ulteriori sviluppi ed utilizzazioni, anche in considerazione, e questo dobbiamo ricordarlo, della probità morale che caratterizza il corpo degli Avvocati dello Stato.

Gli Avvocati dello Stato, infatti sia perché provengono in gran parte dalla Magistratura, sia perché godono del trattamento economico dei magistrati, svolgono la loro attività di lavoro a tempo pieno; e questo è dunque un caso assolutamente unico nella amministrazione dello Stato. quindi, gli Avvocati dello Stato non esercitano, privatamente attività professionale di natura legale. Io ricordo solo un nostro collega, che adesso non è più fra noi, che faceva l'avvocato rotale, ma è stato un caso isolato.

Di fronte a quello che, come ho detto, succede nell'amministrazione, il caso dell'Avvocatura è unico. Ne deriva che per gli Avvocati dello Stato non vi sono quelle confusioni di ruoli e quei fraintendimenti sull'interesse da tutelare, da perseguire, che caratterizza i pubblici funzionari del nostro paese. La chiarezza su questo punto è anzi esasperata da una sorta di accentuata chiusura castale della categoria, da una interpretazione formalistica del diritto di stampo liberale e da una concezione molto puntigliosa ed oltranzista dell'attività difensiva, che sono sicuramente dei difetti dell'Avvocatura dello Stato, ma che non giocano sul piano dell'inefficienza né su quello di un disfacimento morale della categoria.

L'Avvocatura dello Stato per la sua posizione nell'ordinamento della pubblica amministrazione è classificabile -si è detto- come organo ausiliario di tutela giuridica. E questo è vero anche se l'art. 100 della Costituzione non ne parla, dal che consegue soltanto che è un organo privo di rilevanza costituzionale. Io credo, comunque, che come organo ausiliario sia stato inadeguatamente utilizzato e si sia inadeguatamente espresso, perché è quasi esclusivamente impiegato nell'attività di difesa in giudizio piuttosto che in quelle preventive di consulenza sugli atti legislativi ed amministrativi e, in generale, sull'attività dell'amministrazione.

Questo problema, tuttavia, non si può risolvere solo nell'interno dell'Istituto, perché è legato all'attuale frantumazione dell'attività legislativa del governo e al ruolo svolto dagli uffici legislativi che sono la proiezione dell'attuale sistema di lottizzazione dei ministeri fra partiti e correnti politiche; alla mancata riforma della Presidenza del Consiglio a quei compiti, che la Costituzione le assegna. È chiaro, comunque, che qualunque forza politica intenda af-

frontare ed avviare a soluzione queste situazioni, che possiamo qualificare grottesche e paradossali dell'amministrazione centrale dello Stato, può trovare nell'Avvocatura dello Stato, adeguatamente diretta e valorizzata, un punto di riferimento ed un punto di forza.

La posizione di autonomia funzionale e gerarchica dalla direzione burocratica delle singole amministrazioni consente di utilizzare l'Avvocatura dello Stato come elemento di collegamento tra direzione politica e direzione burocratica.

C'è poi l'utilizzazione dell'Avvocatura dello Stato per la difesa delle Regioni, di cui si è ampiamente dibattuto in questo seminario, e per la possibile difesa -si è detto- degli enti locali minori. Ma su quest'ultimo punto sono d'accordo con quanto ha detto Laurenti: il fardello che si vuole porre sulle nostre spalle deve essere sopportabile e non si può quindi pretendere di far diventare l'Avvocatura dello Stato l'avvocato di tutti, di tutte le pubbliche amministrazioni. Il problema posto dall'Onorevole Conti è certamente un problema importante, ma va risolto con la riforma ed il potenziamento delle Avvocature degli Enti Pubblici. Ed anche questa è una riforma rimasta in aria nel corso di numerose legislature.

In questo quadro di possibili migliori ed ulteriori utilizzazioni dell'Avvocatura dello Stato è necessario individuarne e correggerne i difetti, che sono poi quelli che già ho indicati: una chiusura castale, una concezione formalistica del diritto e conseguentemente un atteggiamento di puntigliosità nella difesa in giudizio piuttosto che una ricerca di soluzione dei problemi giuridici dell'azione amministrativa sul piano preventivo di adeguamento legislativo e di consulenza dell'amministrazione sia nell'attività amministrativa sia nell'attività di iniziativa legislativa.

Tra i veri guasti dell'Avvocatura dello Stato sono stati prodotti dal governo dell'Istituto e, in particolare, dal governo del personale, che ha gravemente pregiudicato proprio il carattere professionale del lavoro degli Avvocati dello Stato ed ha introdotto degli elementi di corruzione interna, che non sono assolutamente sopportabili. Anche i favoritismi e la disparità di trattamento, infatti, sono strumenti di corruzione.

Naturalmente è una corruzione diversa da quella di cui prima ho parlato, ma è pur sempre una forma di corruzione delle coscienze, attuata con il sopruso è la forzatura della libertà individuale e della dignità dei componenti dell'Istituto.

Voglio concludere con questo: noi possiamo fare delle belle leggi, ma poi occorre farle applicare e rispettare e, quindi, non c'è solo un problema legislativo, ma un problema di amministrazione, di governo dell'Istituto, che non si risolve evidentemente una volta per tutte con la bacchetta magica della promulgazione della legge, ma per il quale è necessario che ogni giorno ognuno dei componenti dell'Istituto combatta e porti il suo contributo personale.

LUIGI MAZZELLA (*)

«La diversa funzione tra il giudice e il consulente»

Prima che Laurenti prendesse la parola, avevo immaginato che nel suo intervento non sarebbe mancata una polemica, sia pure molto garbata, nei confronti della posizione espressa da Vitaliani, per lo meno riguardo alle vicende che nel passato hanno costellato la "storia" di questa difficile riforma dell'Avvocatura dello Stato. Ed invece non è stato così. Tra i due col-

(*) Avvocato dello Stato, poi Avvocato Generale, ministro e giudice costituzionale dal 2005 al 2014.

leggi, che mi hanno preceduto su questa tribuna, l'accordo è stato perfetto, totale. Questo, ovviamente, non può non fare piacere a chi, come me, ha sempre sostenuto, all'interno dell'Avvocatura, che il discorso sulle modifiche dell'ordinamento dell'Istituto dovesse essere "unitario" ed "unitariamente" portato avanti.

Adesso, dunque, ci siamo. Nelle ottime relazioni introduttive di questo convegno sono contenute tutte le linee per cui abbiamo lottato nel corso di un decennio, spesso ampliate e migliorate dall'apporto costruttivo di quanti ad esse hanno intensamente lavorato.

Soddisfazione e gioia, quindi, e nessun scandalo per il fatto che il colloquio con le forze politiche ha richiesto un così lungo tempo. Il collega Laurerenti che sottolineava la tardività del consenso da parte di una grande forza politica non deve dimenticare le difficoltà che si sono incontrate allo stesso interno dell'Istituto per l'ostilità o comunque per l'indifferenza di tanti colleghi, timorosi del "nuovo" e del "diverso". Oggi molti di questi colleghi, talora investiti di "responsabilità ufficiali", sono qui tra noi, non più "scandalizzati" dal fatto che si discute di istanze e proposte già contenute in documenti di partito, in articoli apparsi sulla stampa democratica, in interviste di rappresentanti dell'Associazione Democratica.

Questa testimonianza di un cambiamento così radicale da parte di tali colleghi unita alla consapevolezza che ormai tutte le forze politiche che contano sono sulla linea della "riforma" ci induce a sperare che quanto prima si chiuderà per l'Avvocatura dello Stato quella fase di declino da me stesso e da altri sottolineata in altre occasioni.

Non voglio, però, limitare il mio intervento ad un'espressione di gioia per il superamento di tante polemiche, interne ed esterne, e per la convergenza ampia e dichiarata risultante da questo convegno. C'è qualche aspetto specifico della relazione di Violante che mi sembra meritevole di un approfondimento. Mi riferisco, ad esempio, all'accenno fatto dal relatore all'azione di regolamento di confini tra Avvocatura e Consiglio di Stato. Non v'è dubbio alcuno che si tratti di un'"azione" importantissima, i cui riflessi "politici" non possono sfuggire a chi ha seguito da vicino gli effetti che un'ideologia imperante in certi Istituti può determinare nella vita di un paese.

Ma proprio perché si tratta di un problema "scottante", esso non può essere affrontato senza tener conto di tutti i suoi corollari, in prima linea i rapporti tra Consiglio di Stato e Tribunali Regionali Amministrativi. Dobbiamo interrogarci a lungo ed in modo approfondito su quello che vogliamo sia un "giudice" e quello che intendiamo per "consulente".

Dobbiamo ricordare a noi stessi ed agli altri che operano in altri settori quali "danni" possano derivare dalla "confusione" dei due ruoli. Dobbiamo chiederci quanta coerenza vi sia tra la norma che impone ai giudici amministrativi di 1° grado di essere sempre e soltanto "giudici" e quella che consente ai Consiglieri di Stato di essere giudici e consulenti, anzi come spesso accade prima "consulenti" e poi giudici nella stessa materia, negli stessi affari.

Mi sembra, quindi, un grande merito della relazione di Violante quello di avere posto il dito sulla piaga e di avere sottoposto all'attenzione del convegno questa necessaria azione di delimitazione delle competenze "consultive" tra i due organi.

Ritengo, però, che il tema necessiti di un'attenzione ad hoc per una soluzione più drastica e radicale di quella che potrebbe venir fuori da una legge di riordinamento di uno solo dei due Istituti.

Gli interventi che mi hanno preceduto hanno esaurito quasi tutti gli aspetti del problema e quindi non ho altro da aggiungere: è la sorte di chi parla tra gli ultimi. Vorrei soltanto in chiusura aggiungere il mio ringraziamento a quello che già il collega Ferri ha espresso a nome dell'Associazione Democratica degli Avvocati e dei Procuratori dello Stato. Questo convegno,

dandoci modo di registrare un consenso così unanime su punti che per noi sono da ritenere vitali, ci ha fatto compiere un grande passo avanti sulla strada della riforma.

FILIPPO MARZANO (*)

«L'Avvocato dello Stato "amicus curiae"»

Sarò telegrafico, svilupperò solo tre punti: il primo riguarda il ruolo dell'Avvocatura dello Stato, e cioè le prospettive di sviluppo dell'Avvocatura, il secondo, gli influssi e gli effetti che su queste prospettive di sviluppo possono esercitare le autonomie locali ed in particolare l'ente Regione, il terzo concerne l'ordinamento, con particolare riferimento alla gestione dell'Istituto, sia sotto l'aspetto della struttura che del trattamento economico.

Sul primo punto, io direi -e questo mi deriva un po' dall'esperienza professionale- che il ruolo dell'Avvocatura di Stato è un po' legato al tipo di processo, in quanto nel processo amministrativo l'Avvocatura svolge a mio avviso un ruolo diverso da quello che può evidentemente sviluppare nel processo civile ordinario. Se noi giudici vediamo nei colleghi dell'Avvocatura di Stato dei collaboratori e ci sentiamo ad essi molto legati, non può negarsi che questo rapporto di fatto esistente è strettamente legato, a prescindere dai rapporti personali proprio al tipo di processo che, come è ben noto, sia che si ritenga che abbia per oggetto secondo gli uni l'atto, o secondo altri il rapporto o più specificamente il sindacato del corretto esercizio del potere, contribuisce comunque in maniera notevole a far svolgere all'avvocato dello Stato un ruolo particolare e forse anche anomalo rispetto a quello che tradizionalmente compete all'avvocato, come difensore della parte.

Questo aspetto mi ha indotto a riflettere se non sia il caso di introdurre anche in Italia un istituto già esistente nella Germania federale, dove nei processi amministrativi partecipa sempre un rappresentante del pubblico interesse, il quale in sostanza svolge una funzione sotto parecchi punti di vista analoga a quella che svolge il pubblico ministero nel processo penale italiano.

Questo precedente di diritto comparato forse delinea con esattezza il ruolo che deve svolgere nel processo amministrativo l'avvocato dello Stato. Del resto la necessità di introdurre anche nel processo amministrativo italiano un rappresentante del pubblico interesse - ed io credo che a nessuno meglio che all'Avvocatura dello Stato si possa attribuire questo compito- deriva, anche da un'esigenza che è fortemente sentita allo stato dell'attuale legislazione positiva nella quale abbiamo una quasi assoluta carenza di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. Al riguardo ritengo che piuttosto che abbandonare la tutela giurisdizionale di questi interessi collettivi a delle formazioni libere che potrebbero sotto certi punti di vista essere espressione solo di interessi settoriali, occorre riflettere proprio in vista di una più efficace tutela giurisdizionale di tali interessi che non sia il caso di affidare all'Avvocatura dello Stato, una volta assodato il ruolo di rappresentante di pubblico interesse, la titolarità dell'azione giurisdizionale nel campo in questione.

Il secondo problema è quello del rapporto con le Regioni. Per quanto riguarda questo rapporto con le Regioni io non solo vedo favorevolmente uno sviluppo delle attribuzioni e dell'Avvocatura dello Stato, ma credo anche che ciò possa essere molto utile in questa nuova

(*) Giudice del TAR, poi consigliere di Stato e Presidente di Sezione.

fase della nostra vita nazionale, sempre che ci si intenda bene che le Regioni sono espressione di un decentramento democratico, e cioè di uno spostamento dei centri decisionali politici dal centro verso la periferia, in quanto è evidente che solo in questa logica la Regione può essere considerata come parte integrante dello Stato, e con esclusione di qualsiasi contrapposizione.

Sotto tale ottica, credo anzi che l'Avvocatura dello Stato, possa svolgere una utilissima funzione di raccordo fra le Regioni e lo Stato. Poiché inoltre la riforma regionale è uno dei punti più qualificanti del nostro ordinamento costituzionale, io credo che bisogna fare una critica al nostro Parlamento il quale ha affidato, mediante leggi di delega, l'attuazione di tale riforma, al potere esecutivo, spogliandosi così delle proprie funzioni primarie.

Già abbiamo avuto dei decreti delegati che hanno fatto nascere un vespaio di polemiche per la loro insufficienza sotto tanti punti di vista e per quanto ci si stia battendo, io ho paura che anche con i decreti delegati in attuazione della 382 sorgeranno questioni a non finire. È un problema, quindi, di metodo, in quanto si tratta di riforme che per la loro particolare importanza, non possono essere rimesse all'esecutivo ma devono comportare un impegno veramente massiccio del Parlamento. È evidente infatti che non si tratta di dire: "fino a questo punto faccio io, da quel punto in poi fai te", logica alla quale purtroppo si è sempre ispirata la decretazione finora emanata in maniera regionale; ma si tratta di stabilire una volta per tutte in maniera chiara, ciò che spetta alle Regioni e ciò che spetta allo Stato, proprio perché solo in tale maniera è possibile evitare in radice la possibilità di conflitti o di contrasti.

Il terzo punto è quello dell'ordinamento. Io credo che ormai su tale punto, sulla base degli interventi svolti, si sia verificata un'ampia convergenza, di opinioni nel senso che l'attuale struttura verticistica dell'Avvocatura dello Stato debba essere superata e che si debba arrivare verso un tipo di gestione collegiale, naturalmente poi sulla scia delle prospettive di sviluppo connesse all'attuazione dell'ordinamento regionale, appare di stretta consequenzialità congruo rafforzamento dell'Istituto soprattutto a livello di avvocature distrettuali.

L'ultimo punto è quello del trattamento economico. Io direi che è un problema importante, e comunque da non prendere alla leggera, in quanto ritengo che per tali istituti tradizionali come l'Avvocatura dello Stato, come pure per tutte le giurisdizioni speciali, la questione del trattamento economico ha carattere vitale, proprio perché è un elemento di sopravvivenza degli istituti stessi. È chiaro, infatti, che questi istituti, ai quali si accede solo con concorsi di II grado, sino a quando conserveranno una certa appetibilità economica riusciranno a sopravvivere e riusciranno a mantenere anche elevato il livello professionale dei propri membri, altrimenti finiranno inevitabilmente con lo scadere e quindi con lo scomparire. Ne consegue pertanto che se si riconosce, come appunto si è verificato in questa sede, l'utilità dell'Avvocatura dello Stato, deve conseguentemente darsi rilievo a tutti quegli elementi che attualmente danno vita al sistema. Per quanto riguarda il trattamento economico in genere degli Avvocati dello Stato e dei magistrati delle giurisdizioni speciali, penso che bisognerebbe finirla con quella tendenza legislativa diretta a confondere progressione di carriera e progressione del trattamento economico. In quanto per quelle che sono in sostanza delle semplici rivendicazioni economiche si sono quasi sempre usati degli strumenti spropositati, ed a tale equivoco non si è sottratta neppure la legge n° 831 del '73, riguardante i magistrati ordinari.

Per dare cioè dei semplici benefici economici in conformità a quei principi costituzionali in base ai quali il trattamento economico dei magistrati, sia ordinari che speciali o dei membri dell'Avvocatura dello Stato, deve essere ispirato a criteri atti ad assicurare una assoluta tranquillità economica proprio per meglio garantire l'indipendenza di tutto personale, si è sempre fatto uso di strumenti diciamo abnormi o comunque spropositati, e cioè inventando carriere.

Il problema per me è molto più semplice, in quanto una volta stabilito il trattamento economico iniziale, il quale deve essere evidentemente appetibile, altrimenti come già si è detto, questi istituti sono destinati a morire, e bisogna ridurre veramente al minimo le qualifiche lasciando solo quelle che hanno una effettiva rispondenza funzionale. Nell'ambito di tutte queste qualifiche bisogna poi stabilire solo una progressione economica fatta per classi. In questa prospettiva, d'altra parte, si muove tutta la politica del pubblico impiego nell'ambito del quale troviamo all'avanguardia l'impiego locale il quale è stato il primo ad introdurre, sia pure con alcune contraddizioni, il criterio della qualifica funzionale, nonché quello della progressione economica per classi di stipendio, affermando il principio che dall'inizio al termine della carriera la retribuzione deve aumentare di una certa percentuale, la quale nell'attuale misura massima dell'85% risulta di gran lunga inferiore a quella prevista per altri fattori sia privati che pubblici.

Per quanto riguarda i magistrati e gli Avvocati dello Stato debbo dire che l'attuale trattamento anche a volerlo guardare solo sotto il punto di vista della progressione economica per classi, la percentuale di aumento che va dalla qualifica di sostituto avvocato di Stato a quella corrispondente a Presidente di Sezione della Cassazione, che rappresenta il vertice massimo, è del 61%; addirittura inferiore alla percentuale ormai invalsa negli altri settori del pubblico impiego.

Per quanto riguarda le propine, io ritengo che questi emolumenti vadano conservati. Indubbiamente detti incentivi economici hanno sempre esercitato una notevole funzione di stimolo sull'attività degli Avvocati di Stato, se a ciò si aggiunge poi un nuovo tipo di gestione collegiale dell'Istituto, si potranno anche evitare tutte quelle forme di favoritismi o altro, alle quali ha precedentemente accennato l'amico Vitaliani.

PLINIO SACCHETTO (*)

«Imparzialità ed efficienza nell'attività consultiva»

Cercherò di, non prolungare inutilmente questo dibattito, che è stato così ricco ed in cui anche il tema a cui volevo soffermarmi particolarmente, quello dell'attività consultiva dell'Avvocatura è stato già largamente toccato.

È chiaro che la funzione consultiva va inquadrata nel problema in generale della pubblica amministrazione, in quanto serve come momento non solo di verifica formale ma di coordinamento operativo fra organi e di propulsione dell'attività decisionale, e quindi la sua valorizzazione può essere, in una situazione generale come questa, un primo punto di partenza per una inversione di segno. Naturalmente anche all'interno dell'Avvocatura non mancano i problemi e le carenze; ma, ne ha dato atto il collega Vitaliani che non è sospetto di eccessive morbidezze nei giudizi autocritici, sostanzialmente l'Avvocatura è uno strumento valido e gli avvocati dello Stato sono persone competenti e probe; se, quindi, disfunzioni e forme di attenuazione di un impegno lucido e coerente possono esservi state, io credo con tranquilla coscienza di poter dire che non abbiamo intaccato quello che è il nerbo e la potenzialità dell'Avvocatura.

Questa è la premessa, per verificare anche la disponibilità dell'Avvocatura all'esercizio di una funzione così delicata come quella consultiva.

(*) Avvocato dello Stato, Avvocato distrettuale di Venezia e Avvocato Generale dal 1999 al 2001.

A livello tecnico, l'importanza assunta oggi dall'attività consultiva è strettamente collegata con la complessità degli apparati organizzatori che lo Stato moderno -assumendo nella sfera del "pubblico" sempre più vasti ed essenziali settori di interessi- è andato istituendo. Ma il problema assume tanto maggiore rilevanza a livello politico in uno stato caratterizzato, come il nostro, dal pluralismo istituzionale ed in cui, pertanto, tutti i meccanismi dell'attività pubblica debbono essere articolati in modo da corrispondere a tale esigenza, per ragioni giuridico costituzionali prima ancora che tecnico-amministrative. Se, per tal modo, viene superata (o va impostata in diversi e più larghi termini) l'antica querelle di origine weberiana sulla c.d. neutralità della P.A. (vedasi sulla relativa problematica Caralassarre, l'amministrazione e il potere politico), è evidente che anche l'attività consultiva- pur essendo di per sé tipicamente strumentale e conoscitiva (Giannini) - va collocata in un più ampio contesto.

Mentre, quindi, ormai sul piano strumentale di consulenza tecnica si parla in un senso molto più ampio, non solo per le scienze naturali, ma anche per quelle giuridiche (tanto è vero che, lo dico per inciso, quando nella legge delega 382 del '75 sul trasferimento ulteriore di funzioni alle Regioni si prevede la possibilità di utilizzazione da parte delle Regioni di uffici tecnici, secondo questa più larga accezione recepita dalla dottrina moderna ben vi potrebbero rientrare anche quelli legali), lo sviluppo degli organi consultivi diviene essenziale non solo per mettere appunto congegni e strumenti di amministrazione e per studiarne il raccordo sotto un profilo meramente efficientistico, ma per renderli adeguati ad un sistema costituzionale che ha il suo fulcro nella democrazia ed i suoi elementi portanti nelle strutture pluralistiche.

La funzione dell'attività consultiva in questa nuova ottica corrisponde cioè non soltanto ad una esigenza di efficienza, ma prima ancora di garanzia (non solo per singoli, ma per la collettività in generale) e di imparzialità dell'azione pubblica. Che l'instaurazione dell'autonomia in base all'art. 5 sia un elemento essenziale per la realizzazione di una reale imparzialità è stato già più volte posto in rilievo: da ultimo il Berti, in una sua monografia nel Commentario alla Costituzione del Branca, ha sottolineato come solo una amministrazione fondata sull'autonomia e sul decentramento, non determinata a priori da rigide disposizioni legislative, tradotte autoritariamente dalla burocrazia gerarchizzata, può essere imparziale o comunque tendere all'imparzialità e all'obiettività in quanto esprime quanto meno mediamente un numero sufficiente di interessi collettivi effettivi.

Ora, se è chiaro che il principio della democraticità pluralistica coinvolge tutti i settori della vita pubblica e si riflette sulla stessa configurazione dell'interesse pubblico, quando si parla di imparzialità, specificatamente nell'attività consultiva, non si tratta solo di evitare discriminazioni arbitrarie tra i destinatari dell'azione amministrativa, ma di inquadrare i problemi nella totalità dell'ordinamento costituzionale e dell'indirizzo politico generale che lo realizza, il che evidenzia ovviamente i limiti della così detta neutralità dell'amministrazione.

È in questo quadro pertanto che va collocata sia l'attività consultiva di interpretazione delle norme e degli istituti in senso proprio come quella preordinata a fini più direttamente operativi, e che si realizza nella predisposizione degli strumenti, dei raccordi, dei metodi applicativi resi necessari dalla realizzazione di nuove strutture e dalla messa in efficienza e dal coordinamento delle precedenti.

La delicatezza e la complessità dei problemi ha reso manifesta da tempo la necessità, più volte sottolineata, di un lavoro di "équipe" che assicuri al massimo -sin dal primo momento progettuale ed elaborativo- sia l'efficienza che l'imparzialità, nel senso illustrato, dell'azione amministrativa: un lavoro di équipe, quindi, in cui accanto all'ausilio della preparazione giuridica teorica siano presenti gli apporti della conoscenza diretta dei meccanismi operativi nella

loro fisiologia e nella loro patologia, e l'aderenza immediata e l'altrettanto immediata possibilità di reazione e di soluzione rispetto ai singoli concreti problemi, apporti in cui l'esperienza professionale da una prospettiva non limitata ma organica sembra difficilmente sostituibile.

Ed è sotto questo profilo soprattutto che si qualifica la consulenza dell'Avvocatura, che, garantendo una visione organica e coordinata degli interessi pubblici e dei relativi strumenti, ed evitando frammentarie e contraddittorie iniziative ispirate da contingenti situazioni, può costituire elemento di chiarezza e, quindi, di garanzia dello spirito democratico dell'ordinamento.

Ciò tanto più che l'Avvocatura, avendo fondamentalmente mantenuto larga indipendenza nelle varie amministrazioni ed avendo sempre contribuito al coordinamento della loro azione, potrà essere valorizzata non solo per un'attività consultiva in senso stretto, ma per fini largamente propulsivi, come supporto della necessaria ristrutturazione dell'apparato amministrativo secondo il nuovo modello dello Stato regionale.

Quella è stata l'impostazione tendenziale dell'Avvocatura di inquadrare i problemi, salvo casi patologici o limitati, in un piano più ampio di visione dell'ordinamento costituzionale può trovare proprio il suo banco di prova e di verifica di fronte al problema del raccordo tra i poteri dello Stato in senso stretto e delle Regioni e, quindi, in primo luogo nella funzione consultiva e promozionale. È tanto vero ciò che il sistema già instaurato nell'assistenza alle Regioni a statuto speciale, che vanta una trentennale esperienza, ha avuto risultati nettamente positivi.

L'Avvocatura può, perciò, porsi come struttura tecnica essenziale in posizione strumentale rispetto alle decisioni del potere politico, centrale o regionale, capace di gestire norme emanate dai legislatori nella prospettiva del pubblico interesse generale.

E queste possibilità potrebbero sin d'ora essere utilizzate, per la funzione consultiva, anche per i comuni, le cui esigenze non erano sfuggite nei precedenti incontri e tanto più ora saranno accentuate dalla loro prevista funzione centrale sul piano delle autonomie; mentre per una analoga utilizzazione della funzione contenziosa, su cui ha pure richiamato l'attenzione dell'Onorevole Conti, sono tanto più pressanti la ristrutturazione dell'Avvocatura e la ricerca di mezzi adeguati per il suo funzionamento; problemi che solo il legislatore può risolvere.

Comunque, un'assistenza istituzionalizzata, che superi l'ottica centralistica ed investa direttamente i problemi dell'autonomia, può essere preziosa per l'assistenza alle Regioni nei primi passi fondamentali del previsto trasferimento ad esse di altre essenziali funzioni e potrebbe ripercuotersi positivamente anche sugli enti locali, perché l'Avvocatura in sede regionale sarebbe, secondo quanto si è detto e si dovrebbe prevedere legislativamente, autonoma politicamente dal potere centrale ed autonoma professionalmente e tecnicamente dal potere regionale, che del suo apporto per altro resterebbe sempre arbitro in sede politica.

Nell'esaminare il problema del consultivo non si può naturalmente, lo ha già accennato il collega Mazzella, ignorare che vi è un organo di antica ed affermata tradizione come il Consiglio di Stato, cui è riconosciuta dalla stessa Costituzione un'attività consultiva generale e che esigenze di organicità, chiarezza ed efficienza suggeriscono di puntualizzare le rispettive sfere.

Una discriminazione teorica è difficile; semmai sono le origini, le posizioni storiche e le posizioni reali assunte oggi dall'organo a indicarne le possibilità future e del resto l'art. 100 lascia aperta una possibilità di riesame come quella indicata dal collega Mazzella.

Indubbiamente, e non posso che limitarmi a qualche breve indicazione, un primo elemento significativo, che non può che riflettersi sulla portata della sua funzione consultiva, è la funzione del Consiglio di Stato, diventata preminente. Ma anche analizzando le rispettive previsioni legislative delle funzioni consultive del Consiglio di Stato e la prassi che almeno tendenzialmente le ha attuate, gli elementi essenziali caratterizzanti ne emergono con una certa chiarezza.

È essenziale per il Consiglio di Stato la funzione di assistenza del governo (che un tempo nasceva da una richiesta di un avallo della volontà del Principe) per determinati atti normativi o di portata generale specificatamente indicati, mentre la consulenza generale non si può dire che essa mai abbia assunto caratteri organici.

Proprio il carattere formale e solenne della consulenza del Consiglio dello Stato ad iniziativa dei vertici ministeriali, previsto dalla legge essenzialmente come momento tipico e predeterminato in un più ampio iter procedimentale, ne identifica e delimita l'ordinaria possibilità di utilizzazione.

D'altra parte, se in base alla stessa analisi della legge queste funzioni trovano il loro momento focale nella consulenza sui poteri organizzati e quindi, al limite, sui poteri di alta amministrazione, la cui demarcazione dei poteri politici non è poi oggi d'altronde così pacifica, restano larghi spazi su cui la funzione consultiva del Consiglio di Stato non si esercita se non marginalmente ed è il campo dei rapporti intersoggettivi. Vi è, ad esempio, un campo tipico come quello tributario in cui il ruolo dell'Avvocatura è sempre rimasto, a livello istituzionale ed organico privilegiato anche in linea di principio, ed è da chiedersi se abbia ancora ragione d'essere un duplice controllo sulle transazioni, in cui i presupposti si affondano in una valutazione che richiede una particolare visione globale dei problemi reali. Mentre sembra incontestabile, anche collocando la consulenza dell'Avvocatura in rapporto con la sua funzione contenziosa, che sia un suo tipico campo di operatività consultiva quello in materia di giudizi di costituzionalità.

Così, l'attività consultiva dell'Avvocatura potrà trovare un sempre più largo campo di utilizzazione -conformè alla sua specifica caratterizzazione professionale- nei settori in cui gli aspetti autoritativi dell'attività pubblica si alternino ed assumano rilievo quelli della contrattazione, rendendosi necessaria un'assistenza immediata ed assidua alla P.A. nella fase dei contatti preliminari con le categorie ed i privati.

Quindi, se i problemi di una più puntuale determinazione dei rispettivi settori di competenza consultiva può considerarsi aperto da lungo tempo, esso si pone in termini più ampi di fronte alla segnalata estensione del "pubblico" ed all'articolazione degli apparati di gestione pubblica del sistema pluralistico. E la serie dei problemi immediati di interpretazione di norme nuove, della loro applicazione concreta, della delimitazione di competenze, della messa a punto di strumenti di raccordo e di meccanismi operativi è diventata imponente di fronte al trasferimento alle Regioni di numerose materie, già avvenuto ed in corso di ulteriore verifica.

In questa ottica l'assistenza dell'Avvocatura diventerebbe essenziale a livello di Regioni, sia che essa ne assuma o non ne assuma l'assistenza diretta, trattandosi di svolgere un'azione organica e permanente a livello diffuso, basata su un'esperienza immediata di problemi concreti, collaudata in modo insostituibile dalla pratica professionale, che offre, come abbiamo detto, attraverso la loro stessa patologia la conoscenza più completa dei meccanismi amministrati e, quindi la possibilità di colmare le loro disfunzioni.

Non a caso, del resto, la dottrina più avvertita, (Giannini) aveva già notato come accanto ai pareri formali veri e propri -che si collocano in rigidi procedimenti di tipo complesso- l'amministrazione dello Stato moderno rende indispensabile anche un tipo di attività consultiva più sciolto e snello, al limite anche orale (il che non significa ovviamente né che di esso non debba restare traccia né che venga meno la sua funzione di garanzia).

Altrettanto dicasi per l'enucleazione nell'ambito dell'attività consultiva, di quello di studio e di elaborazione di progetti, attività che infine può spesso sfociare (ed è bene sfoci) in concrete proposte idonee a colmare carenze, ritardi, fraintendimenti dell'amministrazione di fronte a tanti nuovi e complessi problemi. Dubito, quindi, anche con la piena coscienza dei limiti che in una

fase almeno iniziale di attività potrebbero porsi, che una funzione del genere, pronta, duttile e realistica, ma innestata su una visione globale dei problemi dell'ordinamento generale, potrebbe essere assolta più efficacemente che da un'Avvocatura dello Stato adeguatamente ristrutturata.

Per concludere, mi sembra confermato quanto rilevato dalle relazioni introduttive: l'Avvocatura ha conservato un grosso potenziale di esperienza e di efficienza tecnica (ed anzi va sottolineato, rispetto ad altri organi, che la sua composizione avviene su base totalmente tecnica) che, per altro, potrà realizzarsi di fronte a tali problemi tanto più efficacemente con una attività di équipe ormai indispensabile per qualsiasi seria attività conoscitiva e con una maggiore autonomia delle avvocature distrettuali, anche in vista dell'eventuale assistenza alle Regioni.

Due punti che costituiscono i perni dell'auspicata reintegrazione e ristrutturazione dell'Avvocatura.

ANTONIO FRENI (*)

«Il rapporto tra l'avvocato e la politica»

Chi parla per ultimo versa sempre in qualche difficoltà, perché, in genere, trova che quelli molto più bravi che lo hanno preceduto, hanno esaurito gli argomenti; in particolare difficoltà versa poi chi come me, avendo partecipato ai lavori preparatori di questo convegno, trova già largo riscontro alle sue opinioni nelle relazioni introduttive, sulle quali si è articolato il dibattito, con apporti di sostanziale consenso.

Perciò in questo breve intervento, che per essere l'ultimo non merita di essere svolto su di un tema specifico, vorrei limitarmi a sottolineare il rilevante interesse che in questo dibattito ha avuto il tema di un auspicabile rapporto Avvocatura-Regioni, che esprime la tendenza ad una diversa concezione dei rapporti tra Stato e Regioni ed anche del ruolo dell'Avvocatura.

Al termine del nostro primo incontro, nel quale avemmo un approccio preliminare con i temi distinti, ma dei quali già intravedevamo la connessione, della riforma dell'Avvocatura e dell'eventuale attribuzione ad essa del patrocinio delle Regioni, se non ricordo male, tra il serio e il faceto, dissi a Violante, che coordinava i nostri lavori "non vorrei avere l'aria dell'ospite invitato a pranzo, nell'accomiatarsi cerca di portarsi via le posate d'argento, ma sono convinto che, se ci sarà dato il patrocinio delle Regioni, la riforma dell'Avvocatura avrà nei fatti un avvio che la legge non potrà tardare a sanzionare", anche se ovviamente è preferibile che la legge, che aspettiamo da dieci anni, non tardi comunque.

Infatti, non c'è possibilità che l'Avvocatura "così come è costituita" assolva a questo nuovo ruolo, non già perché non ne abbia le capacità tecnico-professionali, che, anzi, possiamo dircelo senza false modestie, ci sono generalmente ed anche autorevolmente riconosciute, quanto perché essa è costituita e strutturata a misura di uno Stato vecchio, di stampo burocratico, caratterizzato da una distinzione, spesso malintesa, tra politica e amministrazione, del resto tratteggiata di una concezione monarchica dello Stato, nel quale, anche quando il potere politico si ricollega al popolo, la burocrazia, come la giustizia, fa capo alla "corona", la prima in posizione apparentemente meno vicina ma sostanzialmente più prossima della seconda.

(*) Avvocato dello Stato e poi Vice Avvocato Generale.

Questo spiega, secondo me, che nel risvolto della medaglia, che la Zecca, la quale non riesce a coniare gli spiccioli per i cittadini, ha potuto emettere in oro, argento e bronzo per celebrare il centenario dell'Avvocatura (quello che pochi intimi hanno festeggiato l'anno scorso, non il bicentenario, cui alludeva Laurenti), non si sia trovato di meglio per far ricordare al festeggiato che di rispolverare una vecchia frase di Costa, che è stato avvocato generale tra il 1885 e il 1897, secondo cui "l'Avvocatura così come è costituita esercita una vera missione è funzione di giustizia".

Questa frase è sì una sintesi di quella visione giustizialista dell'Avvocatura, alla quale hanno già accennato criticamente Violante e altri intervenuti, ma nell'ottica di una differenziazione degli apparati burocratici, in una chiave di preminenza rispetto a questi apparati e di concorrenza con il giudice, che sostanzialmente finisce nella "separatezza" e nel non sempre splendido isolamento di cui l'Avvocatura ha poi sovente sofferto.

In una situazione di questo genere si spiega come mai ci sia stato (Mazzella e Laurenti hanno detto, con accento un po' critico, un tardivo interesse), io direi un interesse che ha stentato a trovare ingresso da parte di certe forze. Pur avendo con Laurenti e Mazzella condiviso da dieci anni tutte le battaglie per la riforma dell'Avvocatura nei sensi che oggi trovano largo consenso ma che in passato non ci hanno risparmiato, specie all'interno dello staff dirigente dell'Avvocatura, critiche ed irrisioni, non me la sentirei però di fare ad altri accuse o critiche per non aver subito condiviso quelle battaglie. C'è infatti una ragione per cui certi nodi arrivano al pettine in un dato momento.

Stamane ho ascoltato con grande interesse le relazioni e tutti gli interventi, che mi sono sembrati estremamente pregievoli, ma ho ascoltato con particolarissimo interesse l'intervento dell'onorevole Conti il quale portava una sua esperienza di amministratore regionale. Mi sono rafforzato nell'idea che non è per caso che questo interesse per l'Avvocatura e quindi, una volta approfondita la conoscenza dell'Avvocatura per una riforma di essa, avvenga nel momento in cui si pensa di attribuire a questo istituto il patrocinio delle Regioni.

Perché questo? Perché le Regioni a statuto ordinario hanno modelli che sono diversi dai modelli ai quali noi eravamo abituati, hanno modelli diversi da quelli dello Stato centralizzato; hanno modelli diversi, e questo lo ha sottolineato bene l'onorevole Conti, da quelli delle Regioni a statuto speciale.

L'Avvocatura così come è costituita poteva servire agli interessi dello Stato centralizzato e burocratizzato e delle Regioni a statuto speciale, anche se in questa misura meno accentuata, in fondo l'Avvocatura è congeniale all'amministrazione alla quale è raccordata, concepita come "burocrazia": entità distinta dal potere politico e che già rappresenta per se stessa un polo politico autonomo.

Non è senza significato, per esempio, che di un Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale generalmente si riconoscono elevate capacità, ci dicesse, con malcelato compiacimento che si occupava solo di politica, mentre lasciava stare l'amministrazione al suo capo di Gabinetto, personaggio di notevole esperienza e competenza, ma non politicamente rappresentativo.

In un assetto del genere l'Avvocatura non ha alcun rapporto col potere politico, il rapporto è fra organismi burocratici. A questo punto si può capire come tutte le istanze per la riforma dell'Avvocatura, anche le nostre, legittime e non necessariamente corporative perché provenienti da noi, giacché noi prima di essere avvocati dello Stato siamo cittadini della Repubblica, partecipiamo alla vita politica, militando nei partiti, partecipiamo ai sindacati, militando nelle organizzazioni confederali, o in esse riconoscendoci (come fa l'Associazione

democratica degli Avvocati e Procuratori dello Stato) e quindi siamo portatori di valutazioni politiche anche se maturate nell'esperienza della realtà che professionalmente viviamo; dicevo, si può capire come queste istanze hanno avuto bisogno di tempo per maturare.

È stato necessario che il problema dell'Avvocatura fosse visto nell'ottica di modelli organizzativi diversi da quelli ai quali eravamo abituati e che noi in un certo senso avevamo prefigurati, ma che ancora non esistevano come realtà concrete, operanti.

In fondo, per dirla in modo semplificato, finché il problema si poneva in termini di rapporti tra burocrazie e di preminenza dell'una o dell'altra (bella l'immagine fatta da Laurenti di Tartarino, ma potrebbe essere più calzante quella della statua di Sant'Agostino, che schiaccia l'eresia, ubicata all'ingresso del convento nel quale ha sede l'Avvocatura) ebbene, in siffatta fase, alla fin fine, non ha molta importanza stabilire se debba essere l'Avvocato dello Stato a schiacciare l'intendente o viceversa. Sono problemi di scarso interesse anche dal punto di vista politico.

Quand'è che il problema si pone in termini effettivi? Si pone con le Regioni a statuto ordinario per le ragioni che molto bene ci ha illustrato Piero Ferri; sinteticamente perché esse hanno modelli organizzativi in cui la presenza di chi ha la rappresentanza politica della collettività e addirittura di organismi di democrazia partecipativa è più accentuata.

D'altra parte quanto è più vicino l'organo che amministra al cittadino e quanto più il cittadino partecipa all'amministrazione tanto più questo si sente.

Probabilmente una cosa del genere emergerà anche per lo Stato centralizzato, nel limite in cui anch'esso adotti altri modelli. Io non so, perché nell'Avvocatura ciascuno di noi è monade nel seno della monade onnicomprensiva dell'Avvocato generale e dei suoi più stretti collaboratori, ad esempio, se ed in che modo siano gestiti i rapporti con gli organi rappresentativi creati nell'ordinamento scolastico dai decreti Malfatti e dei quali si potrà dire tutto quello che si vuole ma è certo che realizzano una vasta partecipazione dei cittadini.

Sarei curioso di sapere se l'Avvocatura sia mai stata investita da una richiesta di parere da parte di questi organismi rappresentativi, se l'abbia dato e in che modo, con quali contatti con i componenti di questi organi, ovvero l'abbia rifiutato magari trincerandosi dietro il dito di dire: tu non me lo dovevi chiedere direttamente, ma me lo dovevi far chiedere dal Provveditore degli Studi o da altro organo burocratico.

Naturalmente quando cambiano i modelli organizzativi cambia anche il tipo di rapporto e la considerazione dell'Avvocatura dello Stato e credo che anche qui non sia senza significato che Violante abbia dedicato una parte della sua relazione, la parte finale, all'aspetto del nodo del rapporto fra l'Avvocatura dello Stato ed il potere politico; problema che ovviamente il rapporto con le Regioni rende più comprensibile. Il problema del rapporto con le Regioni diviene così in un certo senso la cartina di tornasole dei nodi di una seria riforma dell'Avvocatura.

Un altro di questi nodi serio e non corporativo è quello dell'autonomia delle avvocatature distrettuali. Finché non si è posto il problema di avere un diverso rapporto con un altro "cliente" che, non è più lo Stato, ma sono le Regioni, in fondo quello di dare o no autonomia alle avvocatature distrettuali poteva sembrare nella migliore delle ipotesi, un problema di bottega se non addirittura uno dei quei tradizionali giochi di potere interni nel quadro di quelle lotte e di quegli accordi delle burocrazie, che la classe politica farebbe bene a stroncare ma che di fatto preferisce lasciare gestire sino alla consumazione alla incorporazione. Ma il problema diventa invece politico e quindi vero e comprensibile nel momento in cui l'autonomia delle avvocatature distrettuali si collega ad un fatto serio che esiste nella realtà del paese, cioè al problema della difesa delle Regioni. In questo contesto ha un senso, al di fuori non l'avrebbe avuto.

Lo stesso è per il problema del rapporto fra l'Avvocatura e il potere politico. Questo problema in passato e finché il potere politico è stato "omogeneo" può aver avuto momenti di tensione, ma normalmente non si è avvertito perché l'Avvocatura, anche per la nomina dell'avvocato generale da parte del Presidente del Consiglio, alla fin fine era congeniale a quel tipo di potere politico che ho definito "omogeneo", intendendo riferirmi all'omogeneità delle ideologie e degli interessi da esso rappresentati.

Insomma nello Stato liberale o nello Stato fascista che ragione mai al mondo ci sarebbe stata che sorgesse un conflitto fra l'avvocato generale e il Presidente del Consiglio nel quale si riassumeva l'omogeneità del potere politico?

A parte che sarebbe stato un suicida quell'avvocato generale che avesse fatto sorgere un conflitto di questo genere perché sarebbe stato allontanato nello spazio di pochi giorni, il conflitto sarebbe solo stato espressione di una incompatibilità soggettiva e non di una sostanziale disomogeneità, sicché non si sarebbe potuto risolvere se non con l'allontanamento del più debole.

Un problema di questo genere si pone invece quando la rappresentatività politica si fa sempre più vasta e disomogenea, perché allora bisogna evitare, qui ha ragione Violante, che alla fine l'avvocato generale faccia, sotto lo schermo di un fantomatico tecnicismo neutrale, una sua politica che sia la politica di una delle parti che cogestiscono il potere politico, mentre l'Avvocatura deve essere al servizio del potere politico nella sua globalità e secondo un corretto rapporto istituzionale. E qui dobbiamo dirci francamente che un grave errore è stato compiuto allorché, essendoci governi che avrebbero dovuto assicurare una più larga partecipazione, e non solo essi, non hanno capito la necessità in quel momento di porre l'accento su questo problema e di battersi per una riforma seria dell'Avvocatura.

A questo proposito a me pare di poter condividere molte delle cose che ha detto egregiamente Vitaliani. Molti problemi nascono quando l'avvocato dello Stato dimentica di essere un avvocato e crede di essere un giudice o un superiore, perché in entrambi i casi non si giustappone ma si contrappone all'amministrazione, e quindi ne è visto con fiducia, con timore. Nessun avvocato può essere visto con timore dal suo cliente; nessun cliente può andare da un avvocato e pensare di essere giudicato o comandato da questo. La funzione dell'avvocato è quella di consigliare. Ha ragione Vitaliani: un buon avvocato si distingue per la fiducia che in lui ripone il cliente e che l'avvocato si è saputo conquistare per le sue qualità morali e per la sua capacità professionale. Le ipotesi di conflitto saranno marginali, se c'è questa fiducia e tanto più si ridurranno nel limite in cui si eviterà che il parere (naturalmente non quello di "routine") nell'Avvocatura sia il parere di uno solo e si preferirà invece il parere che nasca da un dibattito collegiale. Un dibattito tecnico, ma siccome il dibattito tecnico allo stato puro non esiste, questo tipo di dibattito è anche un modo attraverso il quale emergono gli interessi che sono alla sostanza del rapporto, del problema che si deve considerare, perché ciascuno di noi ha una formazione culturale, ha una formazione politica che naturalmente influisce anche sui suoi ragionamenti tecnici.

Questa partecipazione assicura non solo una migliore qualità del prodotto, ma anche una più ponderata valutazione. Trovo quindi, che questa sarebbe già una garanzia che depotenzierebbe le eventualità di conflitto. Non c'è dubbio comunque che l'Avvocatura non può essere depositaria di scelte politiche perché l'Avvocatura e gli avvocati dello Stato non sono organi rappresentativi. Conseguentemente la scelta politica, anche per chiarezza, per evitare ambiguità, deve spettare al potere politico che ne risponde al Parlamento. I modi tecnici per attuare quelle scelte politiche debbono essere invece riservati all'autonomia funzionale, alla capacità professionale dell'avvocato dello Stato, perché se così non fosse si correrebbe poi

l'altro rischio di deresponsabilizzare l'avvocato dello Stato e non solo giuridicamente ma e soprattutto moralmente, che secondo me è la peggiore deresponsabilizzazione.

Non so se si possa accettare per le ipotesi residuali di conflitto, il sistema proposto da Violante.

Certo la soluzione attualmente prevista dall'art. 5 del T.U. è indubbiamente anomala e può prestarsi ad altre forme di evasione da un corretto rapporto con l'Avvocatura, ed ha tutta l'aria di un modo di accomodamento all'italiana di certe situazioni. Se tensioni ci sono le tensioni debbono esplodere a farsi correttamente risolvere. Il sistema proposto da Violante che assomiglia a quello della registrazione con riserva e cioè che in caso di disaccordo l'avvocato dello Stato esegue, ma l'autorità politica riferisce in Parlamento o l'autorità regionale riferisce all'organo regionale rappresentativo, così, d'acchito, perché l'ho ascoltato qui per la prima volta, mi lascia perplesso. Infatti dubito fortemente che un avvocato che non sia convinto possa portare avanti una tesi che ritiene insostenibile e non sarebbe dignitoso. Però trovo che anche questo sia marginale perché dobbiamo guardarci seriamente e dirci le cose come stanno; io non credo che capiti sovente che qualcuno voglia fare una cosa che sia assolutamente impossibile fare. Normalmente il parere dell'avvocato è un parere che dice: "con 70 probabilità su 100 seguendo questa strada si ottiene questo risultato". Giocando sull'altro non trascurabile 30% può anche seguirsi un'altra strada, del cui rischio il Governo deve rispondere.

In tal caso il problema non si pone in termini drammatici, lo diverrebbe se il parere fosse nel senso che quel risultato non può raggiungersi. Non so a questo punto come possa risolversi questo conflitto. Se ci fosse una collegialità all'interno della Avvocatura che garantisca che l'avvocato generale non si avvalga dei suoi poteri per suoi fini politici, per fare il ministro ombra del contenzioso, credo che si potrebbe anche immaginare in questo caso che il conflitto sia tecnico e non politico. Se un ponte non si può costruire, non si può costruire e farebbe bene a chi di dovere a prenderne atto. Il discorso allora è solo questo sulla "fiducia" del cliente nell'avvocato la collegialità dell'avvocato può accrescere questa fiducia sia dal punto di vista professionale sia dal punto di vista politico.

C O N C L U S I O N I

ROBERTO MAFFIOLETTI (*)

Ringrazio anzitutto gli intervenuti che hanno dato modo a questa riunione di svolgersi in modo costruttivo, sia perché ha evitato, a me se volete una conclusione vera e propria, anche se questo seminario non aveva uno scopo consultivo, ma era un momento di approfondimento, sia perché dal punto di vista del dibattito molte cose sono già state definite in modo unitario. La discussione si è ricollegata in modo proficuo a relazioni stimolanti ed apprezzate che hanno introdotto questo dibattito, proponendo dei punti che complessivamente sono stati ripresi, ampliati e sui quali vi è stato un contributo serio che costituirà un elemento prezioso per un lavoro di definizione, che sarà la vera sede conclusiva della discussione.

Con questi limiti, quindi, mi permetto di svolgere solo alcune osservazioni che sono

(*) Avvocato, senatore PCI dalla VI alla X legislatura.

prevalentemente di carattere generale. La prima è certamente quella che noi discutiamo in una fase in cui alle trasformazioni sociali in atto nel nostro paese da alcuni anni si stanno accompagnando fasi di trapasso e di trasformazione sul piano istituzionale.

È questo un processo complesso, che si svolge non pacificamente, ma pieno di contraddizioni e di problemi, ma è un processo di profondo cambiamento che attiene alla stessa vita costituzionale dello Stato, alla vita pubblica in generale. Siamo nel pieno svolgimento di un processo di redistribuzione delle funzioni e delle competenze: dallo Stato alle Regioni, dallo Stato agli enti locali, in un processo in cui è il ripensamento della sopravvivenza della provincia, della nascita di nuove istituzioni locali a carattere comprensoriale, dalla nascita di nuovi istituti e forme di partecipazione in settori vitali della pubblica amministrazione, soprattutto per quanto attiene ai servizi sociali; quindi, sta cambiando molto dell'ordinamento ed in questa fase discutiamo dell'Avvocatura dello Stato.

È giusto che sia così, che prevalga una logica che dall'esterno porti all'interno i problemi e non sia invece il contrario, quando le logiche prefabbricate o chiuse nell'ambito degli organismi non riescono a prevalere proprio perché hanno questa angustia e non si collegano a problemi generali del paese.

Noi abbiamo in questa fase, quindi, non solo questi processi di cambiamento istituzionale, ma anche l'estensione progressiva del carattere pubblico della legislazione, dei caratteri pubblicistici della legislazione; un processo che vede anche, assieme ad un policentrismo istituzionale, un cambiamento tendenziale dell'atto amministrativo che tende sempre più ad essere un atto complesso, direi dello stesso comando legislativo che prima era rivolto in forma meccanica ad una burocrazia che lo eseguiva in modo puntuale o puntiglioso, se volete, che oggi diventa un comando legislativo più complesso che si rivolge a più organi, che richiede un'attività collaborativa, più professionale, da parte del pubblico funzionario, che richiede quindi nella tutela una attività più partecipata dello stesso difensore nel campo della interpretazione del diritto e della tutela giudiziaria.

Si accresce con questo una professionalità pubblica nuova per certi versi, che richiede di fare una cultura rinnovata nel campo di una compenetrazione crescente del diritto amministrativo col diritto costituzionale; ciò nel momento in cui sorge un diritto regionale ed occorre un processo di unificazione del diritto pubblico, che porti ad una moderna scienza dell'amministrazione che formi in modo unitario, in modo culturalmente nuovo i giuristi, gli operatori del diritto.

Testimonianza di questo processo appena delineato, oggi tendenziale, sono l'estensione crescente dell'importanza dei tribunali regionali amministrativi, il cambio di qualità cui sono sottoposti gli stessi modelli di organizzazione della pubblica amministrazione e il fatto che in relazione al passaggio di poteri alle Regioni dallo Stato si prefigura la soppressione di gran parte delle direzioni generali e delle divisioni di molti ministeri; ciò spinge oggettivamente verso una ridefinizione generale delle funzioni pubbliche, perché questo si accompagna ad un processo di trasferimento e non solo per quanto riguarda la quantità e l'allocazione dei poteri, ma anche per quanto riguarda la qualità e il contenuto di questi poteri; perché è impossibile pensare, ad esempio, ad un riordinamento della pubblica amministrazione centrale solo come riaccorpamento degli spezzoni amministrativi che residuassero dei trasferimenti i nuovi poteri delle Regioni.

È chiaro che le frammentazioni sussistenti e residue della amministrazione centrale per essere riordinate debbano essere ripensate in modo organico e, quindi, occorre una ridefinizione della stessa funzione, del concetto stesso di dicastero, un tempo collegato all'attività del ministro in senso proprio, spesso non collegato ad una materia organica, ma ad un'alluvionale formazione di competenze costruite da legislazioni stratificate nel tempo, uffici del ministro come si

diceva al tempo di Cavour. Ora invece il concetto di dipartimento o almeno di unità amministrativa che sia preposta al compimento di un'attività amministrativa complessa e, quindi, capace di rendere un atto amministrativo completo, evitando i passaggi formali da un dicastero all'altro, già questo ci fa pensare ad un'azione della pubblica amministrazione di qualità diversa, che tenda in un certo senso a trasformare l'atto amministrativo in atto programmatico.

Tutto questo pone problemi di adeguamento professionale, di qualità nuova della professione del pubblico funzionario e di qualità nuova e di disponibilità nuova dell'avvocato dello Stato su questo terreno. Se ci fosse una cultura passiva, sorda, che si rinchiudesse nelle vecchie formule e non cogliesse il nuovo e non accompagnasse a questi processi il contributo di mobilitazione culturale anche degli operatori del diritto questa riforma, che è una riforma anche del modo di essere dello Stato, non andrebbe a compimento.

Noi discutiamo quindi, di queste cose, con questo respiro e con questo taglio, convinti che possiamo dare un contributo in questa direzione nella misura in cui sia la complessità delle leggi, sia la complessità degli atti amministrativi, sia l'urto delle cose che sottopone ad innovazioni continue gli stessi modelli dell'amministrazione sia centrale che periferica ci pongono problemi di valutazione giusta, equilibrata e seria dell'attività di tutela.

In questo quadro istituzionale, quindi, noi discutiamo della Avvocatura dello Stato e non potevamo discuterne quando vi furono iniziative parlamentari che invece nascevano, diciamo, sotto la spinta prevalente di esigenze interne; esigenze interne anche apprezzabili e giustificate, ma che si collocavano in un quadro diverso dal presente, in cui le forze di resistenza al nuovo e le forze che volevano conservare il vecchio quadro istituzionale erano in campo, sia apertamente che in modo coperto, nel difendere la vecchia struttura dell'apparato centrale. Era la fase in cui erano aperte le resistenze al decentramento regionale, erano aperte e spesso prepotenti le resistenze ad applicare la Costituzione per quanto riguarda i poteri regionali, ma anche erano sviluppate le politiche per una regolamentazione premiale di alti gradi e di alte sfere della pubblica amministrazione in una logica di conservazione.

Tutto questo non è passato e non è sfumato come nebbia al sole, ma certo si apre un processo di qualità diversa e questo è possibile soprattutto per il fatto che l'ordinamento regionale è oggettivamente l'asse trainante di un discorso di rinnovamento dello Stato ed è un discorso che non riguarda una vertenza, quindi, tra lo Stato e le Regioni in una visione conflittuale della questione, ma riguarda il modo di essere dello Stato, vi sono dunque le condizioni per rinnovare lo Stato e se, volete per unificare lo Stato su basi nuove, e v'è l'occasione di costruire un nuovo senso dello Stato di cui c'è bisogno in questo paese, un senso dello Stato che si costruisca su un processo di unificazione reale e che sostituisca al vecchio centralismo burocratico uno Stato capace di attuare la sintesi democratica, la sintesi politica e legislativa degli indirizzi. Uno Stato, quindi, che ha bisogno di una pubblica amministrazione rinnovata e in questo quadro capace di difendere i propri interessi sia nella sfera della sua potestà di imperio che nella sfera dei rapporti privati con i cittadini su un terreno adeguato e diverso.

È chiaro che uno Stato così concepito non è lo Stato apparato centrale, è un stato inteso come ordinamento che comprende le Regioni e, quindi, che ha bisogno di un'Avvocatura che sia in grado di svolgere questa azione di collegamento con lo Stato ordinamento. Questo presuppone un adeguamento dell'istituto che punti soprattutto su una funzionalità della sua struttura interna, sulla collegialità del suo modo di lavorare, sulla rottura della struttura monocratica imperniata sulla figura anacronistica rispetto a questi compiti, a questa strumentazione di un ordinamento che sia modellato su questo decentramento che lo Stato deve sempre più assumere.

Questo vuol dire far perdere qualsiasi suggestione all'ipotesi del ruolo giustiziale del-

l'Avvocatura, anzi comporta, in maniera equilibrata, un recupero della professionalità sul terreno giusto, sul terreno di questa professionalità pubblica che si richiede in genere a tutti coloro che collaborano all'attuazione delle leggi, in questa dimensione nuova alla quale ho accennato ed a una definizione, quindi, della sfera di azione dell'Avvocatura che riguardi sul piano della qualità anche la funzione consultiva.

È chiaro che qui si aprono problemi relativi ad una definizione dei poteri relativi al Consiglio di Stato, ma questa è una salutare occasione perché tutti i processi se sono collegati oggettivamente hanno una loro funzione naturale, tutto ciò che è meccanico, che attiene voglio dire ai rapporti diplomatici o dialettici interorganici, spesso corporativi, di quel dualismo corporativo che spesso si genera tra diversi poteri e funzioni dello Stato, è elemento patologico nella vita dell'ordinamento. Quando invece ci si può ricollegare ad una razionalità generale dell'ordinamento questo è elemento salutare, che non comporta interventi strumentali o punitivi o corporativi.

Sul terreno delle funzioni consultive del Consiglio di Stato vi è molto da definire, vi è molto da moralizzare, soprattutto per separare finalmente questo ruolo dei consultori del governo da quello dei giudici che è un elemento di inquinamento grave della nostra vita pubblica che deve essere in qualche modo affrontato.

Abbiamo, quindi, questa esigenza di definire una funzione consultiva che ha un suo ambito di definizione, lo ha non solo per quanto riguarda le liti, la bontà delle liti, lo ha per l'importanza che assume sempre più la materia dei conflitti, i problemi di giurisdizione in un ordinamento pluralistico come il nostro, senza contare i problemi connessi ai giudizi di costituzionalità. In molte questioni laddove al di là del formalismo e vincendo un uso strumentale del parere del consiglio di Stato, spesso adottato per mascherare una decisione politica, si può utilizzare proficuamente il ruolo consultivo dell'Avvocatura senza stravolgere i punti essenziali dell'ordinamento nostro, che rimangono delineati dalla Costituzione del resto, si può introdurre nella funzione dell'Avvocatura dello Stato quegli elementi di modernità e di dinamismo che ne debbono fare un elemento di razionalizzazione ulteriore della vita pubblica.

È chiaro che questa professionalità nuova che noi ricerchiamo si deve svolgere in quell'ambito di indirizzo e di controllo che deve svolgere non solo la Presidenza del Consiglio, ma anche le presidenze delle Regioni in questo caso e che questo pone come delicato ed interessante quel rapporto tra autonomia di definizione delle questioni giudiziarie ed indirizzo politico del governo. Qui abbiamo già ascoltato cose interessanti sia nella relazione di Violante che nella relazione di Lorenzoni ed anche nel corso del dibattito e credo che noi abbiamo già gli elementi per definire questo equilibrio e per definire una sfera di autonomia tecnico-professionale che non si riduce alla mera applicazione, ma conforta l'esercizio dell'attività amministrativa con un apporto che già nella sfera professionale tiene conto dei fini statuali e che richiede, per potersi esplicare a pieno, che sia superata la struttura gerarchizzata, che ribadisce un momento di sottordinazione incompatibile con questo ruolo rinnovato dell'Avvocatura al servizio dello Stato e delle Regioni.

Credo che questi sono gli elementi fondamentali di un discorso che tende a valorizzare certo le avvocature distrettuali e pone però agli avvocati dello Stato nuove responsabilità, non fa calare dall'alto un ordinamento che il Parlamento concede loro. Non si tratta, quindi, di premiare un servizio già egregio reso dagli avvocati dello Stato, perché essi nella loro attività professionale hanno già guadagnato il rispetto dei giudici e di loro colleghi del foro privato, ma è un problema che interessa lo Stato, deve interessare le istituzioni della Repubblica. Avere uno strumento più efficiente, più adeguato, della difesa giudiziaria degli interessi pubblici deve corrispondere ad un interesse generale e richiedere, quindi, un impegno attivo anche sul piano dell'apporto delle categorie interessate.

Le avvocature distrettuali possono essere valorizzate dal punto di vista strutturale con un disegno che richiede anche qui un rapporto vivo ed una mobilitazione professionale, qualcosa di più che non sia una semplice adesione burocratica ad un nuovo compito che si aggiunge agli altri. Una prova direi per gli avvocati dello Stato, una prova importante che noi che abbiamo voluto far uscire la tematica dell'Avvocatura dello Stato da una logica chiusa, che prevaleva almeno nei disegni di legge presentati al Senato nell'altra legislatura, sottraendo la disciplina legislativa dell'Avvocatura dello Stato a quella concatenazione meccanica dei trattamenti economici che è un portato della legislazione attuale, la nuova legge sull'Avvocatura dello Stato non potrà essere una specie della legge-pilota, che serve a trascinare meccanicamente altri trattamenti; occorre invece spogiarla di questi elementi e riportarla quindi ad un discorso di servizio dell'interesse dello Stato-ordinamento, nell'interesse della riforma della pubblica amministrazione, nell'interesse delle Regioni, per moralizzare la vita pubblica, per introdurre in tutta la vita pubblica, nello stato centrale e in sede regionale un rigore che sia anche dato dalla qualità. È questa la principale riforma che noi dobbiamo introdurre perché ciascuno faccia il suo dovere appieno, sia utilizzato in modo giusto a livello delle proprie capacità, senza discriminazioni e favoritismi.

Se avesse fatto questo il Presidente dell'I.R.I. nel dare il parere al governo sul centro siderurgico di Gioia Tauro forse avrebbe fatto meglio il proprio dovere; si è nascosto invece dietro un'accondiscendenza ai desideri del pubblico potere, non ha svolto la sua funzione nel momento che ha dato un consiglio sbagliato al governo; nessuno può concedere o deve concedere sul terreno della propria professionalità, del proprio rigore culturale qualcosa che sia un omaggio al potere, ma deve svolgere il proprio ruolo nell'ambito delle leggi e dell'ordinamento.

Noi concorriamo così a riformare ed a rinnovare, per accogliere qui quell'osservazione che non è solo polemica, ma ha il suo valore, che le leggi vanno fatte ma occorre che siano padroneggiate da una coscienza civile nuova, soprattutto con uno sforzo solidale delle forze democratiche perché un solo partito non può rinnovare la pubblica amministrazione né il paese.

Ecco perché credo che il contributo di questo dibattito va consegnato non tanto all'iniziativa dei singoli parlamentari o di un solo partito, ma ad un raffronto costruttivo fra forze democratiche perché sia un materiale prezioso che giunga ad un'iniziativa legislativa in modo abbastanza sollecito, per riformare la struttura dell'Avvocatura dello Stato ponendola veramente al servizio dell'ordinamento repubblicano nel modo più adeguato ai tempi nostri.

C O M U N I C A Z I O N I

FRANCO BATISTONI FERRARA (*)

«La primazia di una decisione politica "trasparente e responsabile"»

Uno dei problemi fondamentali della riforma è costituito dalla previsione di un rapporto corretto tra Avvocatura dello Stato e potere politico.

L'avvocatura è organo "tecnico-giuridico" e, come tale, non può essere investito di potere

(*) Avvocato del libero foro.

decisionale "politico", potere che non si connetterebbe né ad un'investitura popolare, né ad una correlativa responsabilità.

L'attività contenziosa dello Stato dà luogo tuttavia all'attuazione di indirizzi politici, sia con riferimento a gruppi di questioni omogenee, sia con riferimento a singole autorità giurisdizionali. Gli esempi si potrebbero moltiplicare: basti tuttavia tenere presente l'atteggiamento da assumere davanti alla Corte Costituzionale; nei giudizi relativi alla legittimità costituzionale delle leggi, ove, in un passato anche recente, non sono mancati esempi discutibili, di difesa ad oltranza di leggi in contrasto con la Costituzione, ovvero l'atteggiamento da assumere rispetto alla tutela di interessi "diffusi" che, in qualche modo, si connettano o facciano capo ad interessi affidati ad una amministrazione dello Stato (per es., costituzione di parte civile in procedimenti penali per fatti di inquinamento o per frodi valutarie).

Anche l'attività "consultiva" dell'Avvocatura, apparentemente "neutrale", può in realtà esprimere una valenza "politica" in quanto, sia pure come espressione di fenomeno patologico, può consentire di travestire decisioni politiche da giudizi tecnico-giuridici.

Ciò accade in quanto sia possibile, al governo, influire di fatto sulla formulazione di determinati "pareri" in modo da preconstituire il contenuto e da poterli utilizzare come supporto tecnico-giuridico della propria decisione. In casi di questo genere (e ne sono accaduti), l'organo investito della responsabilità politica "copre" la propria decisione con il parere "guidato" dell'organo tecnico-giuridico.

Questo problema trascende l'Avvocatura dello Stato, in quanto riflette anche altri organi consultivi, quali, ad es. il Consiglio di Stato, ove l'influenza del potere politico sull'organo tecnico si attua attraverso l'utilizzazione di un grande numero di Consiglieri di Stato presso i Ministeri e quindi con un'anomala commistione di momenti "consultivi" e decisionali. Ulteriore problema si esprime nella possibilità, per il governo, di rivolgersi, alternativamente, all'Avvocatura o al Consiglio di Stato per conseguire un parere, scegliendo per così dire, l'organo dal quale può attendersi una risposta conforme all'indirizzo che intende seguire.

Prescindendo da quanto ora si è detto e, limitandosi a quanto riguarda direttamente l'Avvocatura, si può dire con certezza che è necessario, da un lato, fissare chiaramente la competenza decisionale delle amministrazioni attive e la responsabilità politica del governo nell'indirizzo e nella gestione della politica del contenzioso e, un altro lato, assicurare all'Avvocatura una piena indipendenza tecnica, escludendo, o rendendo estremamente difficile, che l'autorità politica possa influire sulla formulazione dei giudizi tecnico-giuridici dell'organo legale.

Questi scopi possono essere ottenuti stabilendo l'obbligo dell'Avvocatura di conformarsi alla decisione e alle direttive dell'autorità politica e, per converso, democratizzando la struttura interna dell'Avvocatura, prevedendone la gestione collegiale.

L'ordinamento attuale, caratterizzato da un'imprecisa delimitazione di competenze e da un'organizzazione autoritaria e verticistica dell'organo legale, non risponde infatti a tali scopi. L'avvocato generale sembra investito di poteri decisionali nei confronti delle amministrazioni ed accentra tutti i poteri concernenti la condotta degli affari contenziosi e consultivi. Ne discende che, da un lato, il potere politico può influire sul contenuto "tecnico" dell'attività dell'Avvocatura attraverso l'avvocato generale e coprire così la propria responsabilità e, da un altro lato, l'avvocato generale può realizzare una sua "politica del contenzioso" senza rispondere al governo e senza che il governo ne risponda al Parlamento.

Una struttura collegiale elettiva, espressione democratica della partecipazione di tutti gli avvocati e Procuratori dello Stato, dovrebbe essere idonea ad assicurare l'indipendenza tecnica dell'organo legale, impedendo che esso venga usato in funzione di copertura della re-

sponsabilità politica del governo. A questa "indipendenza tecnica" deve corrispondere però l'obbligo di attuare le direttive e le decisioni del potere politico responsabile di fronte al Parlamento ed al popolo.

Questa subordinazione, che impedisce all'Avvocatura di atteggiarsi come "corpo separato", si esprime nell'art. 17 bis delle proposte di emendamento al testo della riforma approvata dal Senato. Di fronte a decisioni in contrasto con il suo parere "tecnico", l'Avvocatura non ha altro potere che quello di pretendere la "formalizzazione" come decisioni politiche, che a sua volta, comporta che il Parlamento ne venga informato: deve poi eseguire le decisioni politiche del governo, che è l'organo investito dalle relative responsabilità.

È abbastanza ovvio che questo meccanismo di "delimitazione delle competenze" eserciterà efficacia soltanto per il fatto di essere concretamente previsto, anche se non entrerà in funzione se non in casi eccezionali. Solo in casi eccezionali, infatti, è verosimile che l'Avvocatura richiederà la "formalizzazione" della decisione politica del governo e, in casi ancora più eccezionali la decisione "politica" potrà essere assunta definitivamente in contrasto con il parere "tecnico" dell'organo legale.

Di fatto, la natura di amministrazione legata al principio costituzionale di legalità metterà l'Avvocatura in grado di esercitare, pur nella situazione di subordinazione al potere politico, un'importante funzione giustiziale inerente all'azione amministrativa.

Problema diverso, ed a livello diverso, è quello riguardante la facoltà del singolo avvocato di farsi sostituire nella trattazione di un affare quando il comitato consultivo non condivide la sua opinione. Qui ciò che viene in considerazione è la natura "professionale" dell'attività ed anche un criterio di buona organizzazione del lavoro dell'ufficio: è opportuno che un affare venga trattato da persona convinta della fondatezza della tesi che deve sostenere piuttosto che da una persona convinta di reagire e resistere in giudizio "a torto".

Un collegamento tra i due problemi potrebbe verificarsi nel caso, in verità teorico, di decisione "politica" in contrasto e con il parere "collegiale" dell'Avvocatura e di mancanza anche di un solo avvocato che condivida tale decisione.

Ma, in tal caso, nessun avvocato o Procuratore dello Stato potrebbe pretendere di essere sostituito nella trattazione dello affare. La decisione politica si impone all'ufficio nel suo complesso, e, pertanto, a ciascun avvocato che ne fa parte e che, di conseguenza, è obbligato ad eseguirla ponendo al servizio di essa tutta la sua capacità professionale.

PIERO PIACENTINI (*)

«La temporaneità degli incarichi direttivi»

In relazione alle proposte ed ai suggerimenti ascoltati, mi sembra opportuno sottolineare due aspetti della questione trattata.

1) Trasferimento alla Avvocatura delle funzioni di consulenza già esercitate dal Consiglio di Stato.

Mi sembra soluzione corrispondente a principi logici più che giuridici. Se l'Avvocatura è l'organo istituzionalmente preposto alla difesa delle amministrazioni dello Stato, e se il Con-

(*) Avvocato di ente pubblico e poi magistrato.

siglio di Stato è anche (e soprattutto) giudice delle controversie in cui sia parte un'amministrazione statale, un principio di logica, prima che giuridico, vuole che il parere sul come comportarsi per evitare possibili conseguenze giudiziarie venga chiesto all'avvocato e non al giudice che poi potrebbe essere chiamato a decidere sulla questione.

Si potrebbe obiettare che l'attuale struttura del Consiglio di Stato è predisposta appunto per evitare ogni complicazione su tale punto, ma è facile rispondere che, comunque, per quanto possono essere diverse le persone che compongono la sezione chiamata a rendere il parere da quelle chiamate a giudicare l'eventuale controversia successiva, il parere viene reso formalmente dal medesimo organo ed è questa circostanza che influisce non poco sull'atteggiamento del giudice.

Ed è appena il caso di notare come tale influenza possa essere tanto più penetrante in un sistema articolato -caso come quello attuale- in un doppio grado di giurisdizione nel quale peraltro il giudice di primo grado è sottoposto in maniera piuttosto pesante ad un controllo totale (non solo per quanto riguarda la decisione, ma per tutto quanto concerne la sua carriera) da parte del giudice superiore, che -per di più- vanta un'anzianità di istituto e consolidata fama di saggezza.

Si viene così a creare una dipendenza psicologica -una sorta di timor reverentialis- del magistrato di primo grado nei confronti della pronuncia, sia pure resa come parere, dal giudice di grado superiore, il che non facilita certo l'adozione di una decisione contrastante.

Un discorso a parte meritano però quelle particolari funzioni di consulenza che si concretano nella titolarità di uffici come quello legislativo, del gabinetto, o della segreteria particolare di vari Ministeri.

Si tratta di casi che se da una parte fanno effettivamente dubitare della imparzialità di un giudice che, collaboratore ad altissimo livello dell'amministrazione, si trovi poi a dover giudicare di provvedimenti sui quali non tanto ha espresso parere, quanto ha partecipato alla loro elaborazione (e il dubbio non è certamente fugato dalle considerazioni espressive nella recente sentenza delle Sezioni Unite sul punto) dall'altro non mi sembra opportuno risolvere con un taglio netto.

Le funzioni sopra descritte si ricollegano (o dovrebbero ricollegarsi) ad un rapporto fiduciario tra il vertice politico dell'amministrazione e il soggetto chiamato a ricoprirle. E non sembra quindi opportuno limitare la possibilità di scelta da parte del politico circa le persone da proporre a tali incarichi.

Che sia necessario disciplinarli è un fatto, ma precludere completamente la possibilità a magistrati di ricoprire tali incarichi (come si va dicendo da più parti) mi sembra azione paragonabile a quella del medico che di fronte ad un'infezione sia pure diffusa suggerisca di amputare direttamente l'arto senza nemmeno pensare di ricorrere agli antibiotici. E la cura in questo caso potrebbe consistere oltre che nel necessario -anzi indispensabile- controllo generalizzato dal basso, nella collocazione fuori ruolo e nella sospensione dello stipendio e della progressione in carriera per coloro che, chiamati a tali funzioni, ritengono preferibile, per la loro coscienza, svolgere la detta opera di consulenza piuttosto che le funzioni di magistrato. A tali misure si potrebbe aggiungere quella di prevedere l'aver svolto tali funzioni come causa (temporanea o definitiva) di incompatibilità e di ricasazione in tutte le controversie in cui sia parte l'amministrazione presso la quale tale attività sia stata esercitata.

2) Consulenza e difesa delle Amministrazioni Regionali.

Anche questo punto mi trova pienamente d'accordo. Come avvocato di ente pubblico prima e come magistrato poi ho avuto modo di apprezzare particolarmente (salvo rare eccezioni) l'attività professionale svolta dagli avvocati dello Stato. La lunga tradizione dell'Istituto e la vastità delle materie che essi sono chiamati a trattare, li pone infatti all'altezza dei migliori

professionisti. L'apporto di tale esperienza e di tale preparazione alla attività di enti come le Regioni, alla novità delle quali si accompagna un'importanza mai raggiunta da altri enti locali, non può che essere di una estrema utilità.

A questo deve aggiungersi che la difesa istituzionale affidata ad un organo stabile e pre-costituito come l'Avvocatura dello Stato eviterebbe affidamenti di incarichi difensionali a professionisti privati scelti non per meriti professionali, ma per ragioni di lottizzazione politica.

Tale situazione presenta però un aspetto negativo.

Si diceva (e si dice tuttora) che il vero capo dell'amministrazione comunale non fosse il Sindaco, ma il Segretario Comunale perché "i politici passano, i Segretari Comunali restano". E d'altra parte il Segretario Comunale essendo organo tecnico aveva la possibilità di bloccare qualsiasi deliberazione che non fosse di suo gradimento mediante il richiamo a norme, regolamenti, interpretazioni e prassi per lo più ignote agli amministratori, mascherando spesso l'opportunità sotto il profilo della legittimità.

Non vorrei quindi che l'alta preparazione giuridica dell'Avvocatura in genere e delle Avvocature distrettuali in particolare finisca con l'imporre una strada obbligata all'attività degli enti regionali impedendone ogni comportamento *praeter legem* (non ovviamente quello *contra legem*) specie se determinato da una diversa impostazione politica dell'organo decidente, che pure potrebbe essere necessario per impostare su nuovi binari tutta la vita amministrativa dell'ente.

E, in relazione a tale aspetto del problema, particolare rilevanza assume quello della nomina dell'avvocato distrettuale. Se le avvocature locali devono assumere la difesa dell'ente regione, appare impensabile che la nomina del relativo capo venga fatta da Roma. Tra l'altro così facendo si potrebbe creare una voluta situazione di conflittualità tra organo politico e organo tecnico.

Questo problema per altro potrebbe trovare soluzione nell'ambito di una soluzione più generale valida per l'intero corpo dell'Avvocatura il cui ordinamento dovrebbe presentare il minimo di gerarchia ed il massimo di autonomia professionale per ogni singolo membro di essa: in tal caso la figura dell'avvocato distrettuale (organo gerarchico) potrebbe agevolmente essere sostituito dal coordinatore il cui incarico sarebbe limitato temporalmente la cui nomina potrebbe essere demandata ad una intesa tra i competenti organi regionali e gli organi centrali dell'Avvocatura.

CONTENZIOSO NAZIONALE

La Corte costituzionale e l'IRESA (Imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili civili) come tributo di scopo ambientale

NOTA A CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 13 FEBBRAIO 2015 N. 13

*Paolo Marchini**

La sentenza della Corte costituzionale in commento mette alla prova una delle prime attuazioni del federalismo fiscale regionale costituita dal tributo istituito proprio sulle emissioni sonore degli aeromobili (I.R.E.S.A.).

Il debutto dell'i.re.s.a. (1) non è stato brillante.

Poche le Regioni che lo hanno istituito (gli aeroporti di rilievo non sono molti): tra queste la Regione Lazio, che non si è lasciata sfuggire l'occasione di fare cassa fissando un'aliquota sproporzionata rispetto a quelle delle altre Regioni per ripianare il noto deficit strutturale di bilancio e destinando solo il 10% del gettito al disinquinamento acustico ambientale.

Su segnalazione dell'antitrust il legislatore interviene a calmierare i tetti massimi di aliquota e la Regione Lazio impugna la legge statale ritenendola lesiva della propria autonomia finanziaria ex art. 119, comma 2, Cost., stante la pacifica natura di tributo proprio istituito dell'i.re.sa.

La Corte ha rigettato il ricorso della Regione sia ascrivendo l'intervento statale alla materia concorrente del coordinamento tributario, sia alla materia esclusiva della tutela della concorrenza e dell'ambiente (lett. *e*) ed *s*) dell'art. 117, comma 2).

Rinviando alla memoria che segue gli approfondimenti sulle prime due questioni, qui mette conto porre in luce come la Corte (punti 4.2.1. e 4.2.2.) abbia, innanzitutto, dato cittadinanza alla controversa categoria dei tributi di

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Per effetto dell'art. 8, comma 1, del d.lgs., n. 68/2011 (c.d. federalismo fiscale).

scopo (2) e, in secondo luogo, abbia riconosciuto - su precisa sollecitazione dell'Avvocatura - la natura di tributo ambientale dell'i.re.s.a. (3): *“Va, inoltre, evidenziato che l'imposta in esame, originariamente finalizzata a promuovere il disinquinamento acustico in relazione al traffico aereo, ha mantenuto uno scopo specifico, il quale tuttora comprende finalità attinenti alla tutela dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.). Lo dimostra la previsione della destinazione «prioritaria» del gettito «al completamento dei sistemi di monitoraggio acustico e al disinquinamento acustico e all'eventuale indennizzo delle popolazioni residenti [...] dell'intorno aeroportuale» (art. 90, comma 1, della legge n. 342 del 2000).*

4.2.2.- *L'intersezione delle molteplici finalità della disposizione impugnata, tutte rientranti nella competenza legislativa statale, sorregge la legittimità dell'intervento normativo in esame e conduce alla declaratoria di infondatezza delle censure”.*

L'Avvocatura, nella memoria, aveva anche proposto una possibile attrazione dell'intervento legislativo alle materie concorrenti *“porti ed aeroporti civili”* e *“grandi reti di navigazione”* (art. 117, comma 3, Cost.), traendo spunto sia dalla rubrica (*“Disposizioni urgenti per Expo 2015, per i lavori pubblici ed in materia di trasporto aereo”*), sia dal tenore letterale e finalistico dell'incipit dell'art. 13, comma 15 bis, del d.l. 23 dicembre 2013, n.145 (disposizione impugnata dalla Regione Lazio): *“Al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza tra gli scali aeroportuali e di promuovere l'attrattività del sistema aeroportuale italiano, anche con riferimento agli eventi legati all'EXPO 2015 ... (omissis)”*.

La Corte, tuttavia, non si è pronunciata su tali questioni, ritenendole evidentemente assorbite. Sarebbe stata interessante, però, una risposta al quesito: rientra nella materia *“aeroporti civili”* la promozione dell'attrattività del sistema nazionale aeroportuale attraverso la fissazione di un' aliquota massima dell'i.re.s.a.?

AL 17621/14 Avv. Paolo Marchini

CORTE COSTITUZIONALE

MEMORIA ILLUSTRATIVA

Per

Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

(2) Sulla compatibilità costituzionale delle imposte di scopo extrafiscale rispetto alla capacità contributiva A.F. AURICCHIO, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, Maggioli ed., 2013, p. 15 e ss.

(3) La natura di tributo ambientale dell'I.re.s.a. è controversa. Cfr. la dottrina riportata da C. SCIANCALÉPORE, *I tributi regionali di scopo tra disciplina vigente e prospettive di riforma*, in A.F. AURICCHIO, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, cit., p. 188, nota 12.

Contro

REGIONE LAZIO, in persona del Presidente p.t., con l'avv. prof. Francesco Saverio Marini;
nel giudizio di legittimità costituzionale

dell'articolo 13, comma 15 bis, del decreto legge 145/2013 convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, promosso dalla Regione Lazio con ricorso notificato il 18 aprile 2014.

Premessa

Le materie, l'oggetto, le finalità della norma impugnata.

Sulla base degli insegnamenti di codesta Corte (peraltro, richiamati dalla Regione ricorrente nel IV motivo di ricorso) *"per individuare la materia alla quale devono essere ascritte le disposizioni oggetto di censura, deve farsi riferimento all'oggetto ed alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato"* (sentenze nn. 430-165-196/2007); *"l'inquadramento in una materia piuttosto che in un'altra deve riguardare la ratio dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi aspetti fondamentali, non anche aspetti marginali o effetti riflessi dell'applicazione della norma"* (sentenza n. 30/2005). Il comma 15-bis è stato inserito dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9, nell'articolo 13 del decreto-legge 23 dicembre 2015, numero 145, rubricato (enfasi ns.) *"Disposizioni urgenti per Expo 2015, per i lavori pubblici ed in materia di trasporto aereo"*.

Tale norma recita: *"Al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza tra gli scali aeroportuali e di promuovere l'attrattività del sistema aeroportuale italiano, anche con riferimento agli eventi legati all'EXPO 2015, nella definizione della misura dell'imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili civili (IRESA), di cui agli articoli 90 e seguenti della legge 21 novembre 2000, n. 342, il valore massimo dei parametri delle misure IRESA non può essere superiore a euro 0,50. Fermo restando il valore massimo sopra indicato, la determinazione del tributo è rimodulata tenendo conto anche degli ulteriori criteri della distinzione tra voli diurni e notturni e delle peculiarità urbanistiche delle aree geografiche prospicienti i singoli aeroporti"*.

Dunque, gli **oggetti della disposizione** sono due:

- 1) *il valore massimo dei parametri delle misure IRESA da non superare nella definizione della misura dell'imposta;*
- 2) *il presupposto dell'imposta costituito dalla distinzione tra emissioni sonore notturne e diurne prodotte dagli aeromobili in relazione alle specificità urbanistiche delle aree contigue ai singoli aeroporti nazionali.*

Si tratta, all'evidenza, di un intervento statale di politica fiscale inserito tra gli interventi urgenti di avvio del piano "Destinazione Italia" le cui **finalità/rationes** sono così espressamente individuate:

- a) *evitare effetti distorsivi della concorrenza tra gli scali aeroportuali nazionali;*
- b) *promuovere in generale l'attrattività del sistema aeroportuale italiano;*
- c) *promuovere in particolare l'attrattività del sistema aeroportuale italiano in occasione dell'Expo 2015.*

Le materie sulle quali la norma interviene, oltre quella strumentale-tributaria (trasversale), sono sia espresse, sia implicite, così evincibili:

-espresse:

- I) *la tutela della concorrenza*
- II) *il trasporto aereo (v. rubrica dell'articolo 13);*
- III) *gli aeroporti;*

-implicite:

IV) *la tutela dell'ambiente*.

La tutela della concorrenza e quella dell'ambiente sono materie appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato [rispettivamente, lett. e) e s), art. 117, comma 2]; il trasporto e la navigazione aerea sul territorio nazionale ed internazionale, nonché gli aeroporti civili, costituiscono materia di legislazione concorrente ex art. 117, comma 3, Cost.

Non appare revocabile in dubbio che il tenore letterale della disposizione, oltre che la sua collocazione sistematica, inducono a ritenere che la disposizione impugnata è dichiaratamente volta ad *“evitare effetti distortivi della concorrenza tra gli scali aeroportuali e di promuovere l'attrattività del sistema aeroportuale italiano”*, garantendo, per esigenze di uniformità sul territorio nazionale, che il valore massimo dei parametri delle misure IRESA non può essere superiore a euro 0,50.

L'intervento normativo in questione, pertanto, deve essere correttamente ascritto alla materia *“tutela della concorrenza”*, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Inoltre, come meglio si dirà, viene in rilievo anche la materia *“tutela dell'ambiente”* di cui alla lettera s) dell'art. 117, comma 1, Cost., data **la natura di tributo ambientale di scopo dell'IRESA**.

È evidente, inoltre, e non solo per il richiamo espresso, come il contenimento della misura massima dell'imposta in questione incida in modo determinante sul trasporto aereo nazionale ed internazionale.

L'impostazione difensiva principale del Presidente del Consiglio, dunque, si impernia sulla tesi secondo cui l'intervento legislativo censurato si iscrive nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato.

In subordine, viene svolta la tesi che si tratta di norma di principio nella materia concorrente del *“coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”* nonché di quella inerente gli *“aeroporti”* e le *“grandi reti di trasporto e navigazione”* aerea.

Infatti, il legislatore statale ha comunque fornito indicazioni e “criteri” distintivi per orientare, si ribadisce, in maniera uniforme, i legislatori regionali nell'esercizio dell'attività legislativa di propria competenza, garantendo, agli stessi la possibilità di tener conto anche della specificità dei territori degli aeroporti, laddove, ha precisato che *“fermo restando il valore massimo sopra indicato, la determinazione del tributo è rimodulata tenendo conto anche degli ulteriori criteri della distinzione tra voli diurni e notturni e delle peculiarità urbanistiche delle aree geografiche prospicienti i singoli aeroporti.”*

Tanto premesso, di seguito si espongono le confutazioni ai singoli motivi del ricorso promosso dalla Regione Lazio.

I

Illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 15-bis del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, inserito dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9, per violazione degli articoli 77, comma 2, 117, comma 3, e 119, commi 1 e 2 della Costituzione.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente intende dimostrare l'estraneità della norma al contenuto del D.L. n. 145/2013, come modificato dalla L. n. 9/2014. Tale estraneità sarebbe dedotta anche in ragione del fatto che la norma in parola è stata inserita nella sola fase di conversione del DL citato.

Al riguardo, si ritiene di confermare, al contrario, l'assoluta coerenza ed omogeneità del comma 15-bis rispetto alle altre norme contenute nell'art. 13.

Infatti, l'articolo contiene disposizioni specifiche ed urgenti di disciplina e regolazione del

trasporto aereo, anche a favore di una maggiore concorrenza nel settore, come inequivocabilmente e chiaramente evidenziato dal titolo dell'articolo stesso, recante "*Disposizioni urgenti per EXPO 2015, per i lavori pubblici ed in materia di trasporto aereo*".

La disposizione in oggetto fa parte di un articolato pacchetto di misure urgenti atte a disciplinare, appunto, il settore del trasporto aereo che, come noto, soffre una fase congiunturale estremamente delicata soprattutto a livello nazionale, ponendosi **l'obiettivo** di intervenire anche attraverso la rimodulazione/riduzione di alcuni tributi dovuti dai soggetti che utilizzano, a vario titolo, gli aeroporti.

La disposizione in questione si colloca, quindi, in maniera sistematica ed armonica rispetto a tale contesto complessivo, in quanto volta (anch'essa) ad introdurre misure di riduzione degli oneri tributari che gravano sui vettori aerei e, per traslazione, sui gestori aeroportuali e naturalmente sui passeggeri quali consumatori finali del servizio.

Non solo.

La coerenza della disposizione impugnata con le ulteriori norme recate dai commi presenti nell'articolo 13, appare ancor più evidente se si considera la specifica prospettiva dell'intervento volto a favorire un maggior grado di concorrenza nel mercato, attraverso l'eliminazione di fattori distorsivi delle dinamiche concorrenziali. Si vedano, per il settore aeroportuale, in particolare, i commi 14 e 15 del medesimo articolo - che prevedono l'obbligo di espletamento di procedure trasparenti e tali da garantire la più ampia partecipazione dei vettori potenzialmente interessati, ai fini dell'erogazione, da parte dei gestori aeroportuali, di contributi, sussidi o altre forme di emolumento per lo sviluppo delle rotte, con il coinvolgimento dell'ENAC e dell'Autorità di regolazione dei trasporti anche ai fini della verifica del rispetto delle condizioni di trasparenza e competitività - e i commi da 16 a 18 - che esentano dall'addizionale comunale sui diritti di imbarco i passeggeri in transito negli scali aeroportuali nazionali, se provenienti da scali domestici, e prevedono che l'addizionale commissariale per Roma capitale, continui ad applicarsi a tutti i passeggeri con voli originanti e in transito negli scali Roma Fiumicino e Ciampino, ad eccezione di quelli intransito aventi origine e destinazione domestica -.

Non da ultimo, va sottolineato lo sforzo del legislatore nazionale volto ad agevolare la mobilità da e per il nostro Paese e ad intercettare una domanda di trasporto che sarà particolarmente significativa, anche in previsione dell'EXPO 2015: e ciò costituisce ulteriore elemento che palesa chiaramente l'assoluta connessione ed omogeneità della disposizione in commento con le altre norme recate dall'articolo 13 del decreto-legge "Destinazione-Italia".

II

Illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 15-bis del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, inserito dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9, per violazione degli articoli 117, comma 2, lett. e) in combinato disposto con l'art. 3 della Costituzione.

La Regione Lazio sembra tenere in debito conto il fatto che l'intervento normativo in questione è dichiaratamente volto all'esercizio di una competenza che la costituzione riconosce come statale (nella materia "tutela della concorrenza"), nondimeno ne lamenta il travalicamento dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità.

Innanzitutto, occorre premettere che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione del 27 agosto del 2013 sull'IRESA (all.ta al ricorso), adottata ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, ha inteso richiamare l'attenzione sui rischi di una applicazione dell'imposta disomogenea e limitata ad alcuni aeroporti nazionali. Infatti, pur in presenza di norme specifiche emanate solo da alcune Regioni, Lombardia (L.R. n. 18/12), Emilia Romagna (L.R. n. 15/12) Campania (L.R. n. 5/13), Calabria (L.R. n. 69/12) e Marche (L.R. n. 45/12), si è ri-

scontrata una effettiva applicazione del tributo solo riella Regione Lazio (L.R. n. 2/13), per di più caratterizzata da livelli di imposizione estremamente elevati, ancorché rapportati ai parametri indicati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome. In proposito, vale sottolineare che l'Autorità ha avuto modo di rilevare che *"Tale difformità, tuttavia, non trova giustificazione in ragioni di carattere tecnico e/o geografico e risulta in grado di alterare le condizioni di redditività dei vettori che fanno scalo in alcuni aeroporti rispetto ad altri, con conseguenze distorsive sotto il profilo concorrenziale per: 1) le compagnie aeree che offrono i propri servizi prevalentemente negli aeroporti dove l'IRESA ha un'incidenza maggiore e non possono agevolmente spostarsi da uno scalo all'altro; 2) i consumatori (prevalentemente non price-sensitive) per i quali, a fronte di tariffe più alte determinate dal trasferimento a valle da parte delle compagnie aeree dei maggiori costi sopportati, possono risultare più attraenti scali limitrofi a quelli interessati da una maggiore tassazione; 3) le società di gestione degli aeroporti che vedono, conseguentemente, alterate le proprie condizioni di redditività a causa di una riduzione del numero di vettori e/o consumatori che decidono di frequentare lo scalo. Il quadro normativo attualmente vigente non solo è difforme da Regione a Regione, particolarmente in termini di incidenza del tributo, ma soprattutto non risulta ispirato a criteri di efficienza e non rispecchia la natura di «imposta di scopo» dell'IRESA, così come disciplinata dalla legge 21 novembre 2000, n. 342 (artt. 90-95), essendo talvolta (come nel Lazio) destinata solo per il 10% alla gestione dei costi sociali dell'emissioni sonore provenienti dagli aerei".*

Di conseguenza, l'Autorità ha auspicato la possibilità del superamento delle problematiche concorrenziali evidenziate attraverso la definizione *"con legge dello Stato"* di **criteri uniformi per il calcolo dell'imposta** il cui gettito va devoluto alle Regioni di pertinenza, per essere, poi, destinato, ai sensi della L. n. 342/2000 (artt. 90-95) *"in via prevalente"* al sostegno del costo degli interventi necessari per contenere il rumore e compensare la popolazione residente, come appunto avviene in altri Stati membri dell'Unione (Regno Unito, Germania, Spagna e Olanda), nei quali il tributo contempla la previsione di aliquote differenziate tra voli diurni e notturni, la previsione di parametri di pagamento rapportati all'efficienza sonora degli aeromobili e non al solo tonnellaggio degli stessi, la previsione di classi di aliquote che tengano conto delle peculiarità urbanistiche delle aree geografiche prospicienti i singoli aeroporti. Sul punto appare significativo il dato fornito dalla associazione dei gestori aeroportuali (Assoaereo) che ha quantificato la misura del tributo richiesto per un atterraggio/decollo, per aeromobili di analoghe caratteristiche (a lungo raggio), in 69 euro negli aeroporti della Lombardia e di 1.257 euro in quelli del Lazio (all. 1).

Analoghe considerazioni sono state, peraltro, svolte dall'ENAC, Ente nazionale per l'Aviazione civile, che ha rilevato **una imposta laziale mediamente maggiore di circa 10 volte rispetto a quella della Lombardia** (all. 2). Per i possibili riflessi negativi sul piano internazionale lo stesso Ente, ha raccomandato che l'imposta in questione venisse rivalutata integralmente.

Le conclusioni cui sono giunti i vari soggetti sopra richiamati, rendono del tutto palese quale fosse la disomogeneità nell'applicazione dell'imposta a livello regionale ed i potenziali effetti distorsivi della concorrenza tra aeroporti da essa derivanti, tali da incidere profondamente sulle dinamiche economiche del trasporto aereo.

Non meno rilevante è anche l'altra *ratio* dell'intervento statale, ossia la promozione della "attrattività" del sistema aeroportuale nel suo complesso ed a livello nazionale.

È evidente, quindi, che un intervento normativo di livello statale che uniformasse l'applicazione dell'IRESA, si è reso non solo necessario ma indispensabile. Pertanto, lo stesso legislatore è intervenuto attraverso l'emanazione della disposizione impugnata con il ricorso in esame

da ascrivere, si ribadisce, alla competenza esclusiva dello Stato di cui all'articolo 117, secondo comma, lett. e) "tutela della concorrenza" con la finalità di garantire l'uniforme ed omogenea applicazione sul territorio nazionale della disciplina sull'IRESA, dovendosi rilevare, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, che l'intervento normativo si pone correttamente in linea con le indicazioni dell'Antitrust.

Ulteriore considerazione va svolta in relazione alle contestazioni concernenti la misura del tributo, ritenuta troppo bassa, rispetto ai parametri indicati nel documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome datato 6 dicembre 2012 e recante "IRESA (imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili): Modalità applicative" (all. 3). Al riguardo, per la precisione, non può omettersi di evidenziare che siffatto documento, citato dalla Regione ricorrente, pur risultando apprezzabile il ruolo di coordinamento svolto dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, **non è mai stato sottoposto né alla Conferenza Unificata, né alla Conferenza Stato-Regioni**. Lo stesso, quindi, costituisce un atto contenente modalità applicative ed indicazioni operative che le sole Regioni hanno condiviso, al fine di evitare discriminazioni tra i vari enti territoriali all'atto dell'introduzione nei propri ordinamenti della disciplina dell'IRESA. E non può sottacersi che tale scopo, invero, non risulta sia stato raggiunto, posto che, come già evidenziato, le discipline regionali emanate in materia sono risultate sostanzialmente diversificate e disomogenee, tanto da tradursi, viceversa, nell'introduzione di meccanismi distorsivi della concorrenza.

Si aggiunga che le censure mosse appaiono connotate da **eccessiva genericità**, di talché, **nessuna prova viene fornita a sostegno del fatto che la fissazione del tetto massimo di imposta nella misura di euro 0,50, svuota di contenuto l'imposta medesima e ne azzeri le incidenze**, attese, di contro, tutte le considerazioni innanzi dispiegate, ivi compreso il fatto che comunque resta invariata la destinazione "*in via prevalente*" al sostegno del costo degli interventi necessari per contenere il rumore e compensare la popolazione residente, come appunto avviene in altri Stati della UE.

Infine, nessun pregio può essere riconosciuto con specifico riguardo a quanto dedotto al punto 3 del motivo di ricorso in commento, in relazione alla circostanza che costituirebbe indizio di irragionevolezza della norma impugnata, sotto il profilo del difetto di proporzionalità, la considerazione che per effetto della norma impugnata gli introiti della Regione Lazio relativi alla riscossione dell'IRESA subiranno una decurtazione superiore al 70%, con perdite di circa 40 milioni di euro l'anno (la legge regionale n. 2 del 29 aprile 2013, istituendo l'IRESA e fissando le relative aliquote, ha stimato un gettito annuo di circa 55 milioni di euro), mentre con l'applicazione del tetto massimo introdotto dal contestato comma 15-bis, il gettito proveniente dall'IRESA per la Regione Lazio si attesterebbe a circa 15 milioni di euro, con una perdita di circa il 73%. Infatti, come rilevato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione sopra richiamata, la Regione ricorrente **ha destinato solo il 10% dei proventi derivanti dall'IRESA** alla gestione dei costi sociali dell'emissioni sonore provenienti dagli aerei, con ciò non risultando, peraltro, in linea con i già menzionati e chiari precetti di cui alla legge n. 342/2000.

III

Illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 15-bis del decreto legge del 23 dicembre 2013, n. 145, inserito dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9, per violazione degli articoli 3, 117, commi 2 e 3, e 119, commi 1 e 2 della Costituzione, anche con riferimento all'articolo 11 del D.Lgs. 6 maggio 2011, n. 68 e dell'articolo 19 della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Nel ribadire tutte le considerazioni fin qui svolte rispetto al corretto inquadramento della dispo-

sizione impugnata nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", in ordine al lamentato livello di dettaglio che caratterizzerebbe la norma contestata (punto 2 del motivo in esame) mette conto rammentare che codesta Corte Costituzionale ha più volte affermato (cfr. ex multis sentenza n. 46/2013) che l'art. 117, comma secondo, lettera e), Cost., attribuendo allo Stato, in via esclusiva, il compito di tutelare la concorrenza, consente allo stesso, nell'ambito di tale competenza, di porre in essere una disciplina dettagliata (sentenze n. 148 del 2009, n. 411 e n. 320 del 2008). È stato anche affermato che tale normativa ha carattere prevalente (sentenza n. 325 del 2010).

Rispetto alle censure riferite alla violazione della autonomia finanziaria costituzionalmente riconosciuta dall'art. 119, commi 1 e 2, valga considerare che la riforma costituzionale del 2001, pur caratterizzata dall'enfasi posta sull'autonomia finanziaria degli enti territoriali, non può essere intesa nel senso di ridurre la possibilità di azione dello Stato entro margini tanto limitati da non consentire allo stesso di svolgere pratiche che, coinvolgendo aspetti finanziari, perseguano anche obiettivi che vadano oltre la mera dimensione economica (al riguardo, cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 378 del 2003) per impingere in profili di corretto assetto delle dinamiche concorrenziali, contestualmente connessi all'interesse pubblico che sottende la destinazione prioritaria del gettito derivante dall'imposta in argomento ai sistemi di monitoraggio e disinquinamento acustico e all'indennizzo delle popolazioni residenti nelle zone interessate dall'inquinamento. Il che è avvenuto nel caso di specie attraverso la disposizione impugnata che tali valori è volta a presidiare.

L'IRESA come tributo ambientale di scopo

L'intervento legislativo del quale si denuncia la incostituzionalità è sostanzialmente volto alla tutela dell'ambiente poichè mira ad evitare l'esodo dagli aeroporti laziali di alcune compagnie aeree e la conseguente diminuzione di gettito destinato al finanziamento della realizzazione di opere di disinquinamento acustico, sicchè esso ricade nella lettera s) dell'art. 117, comma 2, Cost.

Mette conto ricordare che in risposta all'esigenza di intervenire nei confronti del rumore causato dal traffico aereo, l'Unione Europea ha emanato le Direttive 2002/30/CE e 2002/49/CE, recepite nell'ordinamento nazionale, rispettivamente con il decreto legislativo 17 gennaio 2005, n. 13, e con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 194. la Direttiva 30/2002/CE ha introdotto il concetto di "approccio equilibrato" volto a risolvere i problemi "aeroporto per aeroporto" prevedendo una serie di restrizioni operative, tra cui l'eliminazione progressiva degli aerei più rumorosi, particolarmente per gli aeroporti metropolitani e per quelli con un traffico superiore a 50.000 movimenti all'anno; la Direttiva 49/2002/CE, non informata ad una visione settoriale ma relativa ad ogni aspetto della tutela dall'inquinamento acustico ha, tra l'altro, ridefinito i "descrittori acustici" del rumore ambientale, fornendo indirizzi per la loro determinazione anche nel caso del rumore degli aeromobili.

La tesi della **natura di tributo ambientale** dell'Iresa è stata sostenuta da parte della dottrina e, in parte, dalla sezione centrale di controllo sulle Entrate della Corte Dei Conti nella Deliberazione n. 7/2012/G (pubblicata sul web).

Quest'ultima ha affermato (enfasi ns.): *"La Sezione non può non osservare, inoltre, come poca sensibilità sia stata dimostrata in relazione all'aspetto sostanziale della vicenda rappresentato dalla composizione dell'assetto dei diversi interessi cui l'attuazione delle disposizioni relative all'IRESA tende.*

Le disposizioni normative, della cui inattuazione si tratta, trovano collocazione in un ben più ampio quadro normativo la cui cornice è costituita dal diritto alla salute, "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" (art. 32 Cost.) e dalla tutela dell'ambiente,

alla quale la legge costituzionale n. 3/2001, nel riformare il titolo V della Costituzione, ha attribuito esplicito riconoscimento costituzionale (art. 117, comma 2, lett. s)).

Infatti, proprio su impulso degli abitanti delle zone limitrofe ai sedimi aeroportuali di diverse regioni e a seguito delle loro doglianze per il rumore prodotto dallo scalo si sono formati comitati di quartiere, che hanno iniziato a sollevare la questione dell'inquinamento acustico, anche con l'adesione di associazioni ambientaliste, firmando petizioni per pretendere la chiusura notturna o ricorrendo all'autorità giudiziaria... Pertanto, per quanto riguarda l'attuazione dell'imposta, che dovesse essere istituita a decorrere dal 1 gennaio 2013, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. 6 maggio 2011, n. 68, che l'ha trasformata in tributo proprio regionale, in ossequio ai principi recati dall'Accordo del 20 giugno 2002, Intesa inter-istituzionale tra Stato, regioni ed enti locali, ai sensi dell'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, è opportuno che le prescrizioni di carattere generale siano coordinate e concordate in sede di Conferenza Unificata al fine di **favorire uniformità di disciplina nelle regioni ordinarie** ed evitare che elementi operativi o di dettaglio possano condurre a **discriminazioni tra le diverse regioni**".

In dottrina si è sostenuta "la possibilità di identificare questo come un vero tributo ambientale inteso nell'interpretazione moderna. Infatti, ciò si realizzerebbe proprio in virtù del fatto che la base imponibile si stima su fattispecie oggettive che hanno una diretta relazione causale con il danno prodotto, si pensi alla relazione tra il mero inquinamento acustico e il numero di decolli e atterraggi di un aereo, o il suo peso, o semplicemente sull'intensità dell'emissione sonora" (D. SQUILLANTE, "Fiscalità ecologica: dai tributi con finalità ambientali extrafiscali ai tributi ambientali in senso stretto. L'imposta regionale sulle emissioni sonore, in www.innovazioneDiritto.unina.it).

In conclusione, può sostenersi - con autorevole dottrina - la tesi secondo la quale, se è vero che la Regione può istituire e applicare un tributo proprio "solo se ha un presupposto originario di cui lo Stato non si è precedentemente appropriato e, naturalmente, solo se ha per oggetto materie di esclusiva competenza regionale e locale" (F. GALLO, *I capisaldi del federalismo fiscale, Diritto e pratica trib.*, 2009, pag. 221), l'essere le materie principalmente interessate dall'intervento normativo in questione di pertinenza esclusiva della legislazione statale (tutela della concorrenza e dell'ambiente), lo rende pienamente legittimo ex art. 117, comma 2, lett. e) ed s).

Legislazione concorrente e principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario Stato-Regioni in attuazione dell'art. 119 Cost., espressi o deducibili dall'ordinamento giuridico.

Nell'atto di costituzione si è sostenuta la tesi che l'IRESA, benchè istituita successivamente con legge regionale, non sarebbe un tributo proprio regionale istituito, con la conseguente attrazione nella competenza esclusiva legislativa statale di ogni intervento che ponga un tetto massimo alle aliquote.

Tuttavia, anche inquadrando l'imposta in questione come tributo proprio istituito, l'intervento legislativo censurato nondimeno sarebbe legittimamente esercitato nell'ambito della potestà normativa concorrente ex terzo comma dell'art. 117 Cost., e non solo nell'ambito dei principi di coordinamento del "sistema tributario", ma anche - a ben vedere - nelle materie "grandi reti di trasporto e navigazione" ed "aeroporti".

In tesi, si dimostrerà come, benchè non espressamente richiamati nè nella legge delega n. 42/2009, nè nel decreto delegato n. 68/2011, i principi della tutela della concorrenza - realizzata attraverso un tetto massimo di aliquota - e quello della uguaglianza/non discriminazione

tra passeggeri delle varie Regioni, costituiscano comunque principi di coordinamento del sistema tributario e non, come sostiene la Regione, norme di dettaglio.

Occorre affrontare, brevemente, la spinosa questione della determinazione dei principi di coordinamento del sistema tributario e della attuazione dell'art. 119 Cost., c.d. federalismo fiscale, sia sotto il profilo delle fonti abilitate a farlo, sia sotto quello della loro individuazione statica o dinamica.

Le fonti dei principi fondamentali di coordinamento.

Come è noto l'attuazione dell'art. 119, comma 2, Cost., è avvenuta con la legge delega 5 maggio 2009, n. 42; tuttavia non da questo tipo di fonte nascono **tutti** i principi di coordinamento, avendo l'art. 1 affidato alla fonte delegata la loro previsione dettagliata ed il loro ordinamento in sistema.

Inoltre l'articolo 18 della legge delega contempla anche un "*coordinamento dinamico della finanza pubblica*" successivo, attuabile tramite la legge di stabilità oppure tramite legge collegata con la manovra di finanza pubblica.

Dalla lettura delle norme contenute nel decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, il cui art. 8 trasforma in tributo regionale l'IRESA, **non risulta la previsione di alcun principio di non discriminazione e di uniformità tra le aliquote nelle Regioni.**

Occorre, allora, chiedersi se i principi di coordinamento stabiliti dalla legge delega e dai decreti delegati costituiscono un *numerus clausus* o possano essere integrati da principi generali fondamentali dell'ordinamento vigente e da leggi successive, non solo di bilancio.

Al quesito sembra potersi dare risposta affermativa. Infatti, nessun limite è posto al legislatore di attuare al meglio l'art. 119 Cost., financo tramite norme ricognitive di principi generali fondamentali quali quello di non discriminazione ed uguaglianza, del quale quello di omogeneità di aliquote tra Regioni a fini di tutela del mercato dei voli ne costituisce evidente corollario.

Del resto, soccorre in aiuto a tale tesi anche l'art. 1, comma 3, della legge n. 131/2003 laddove recita (enfasi ns.): "*Nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti*" (cfr. C. Cost. n. 94/2003). Poichè, allo stato, il quadro dei principi fondamentali di coordinamento non può dirsi esaustivo (per non dire lacunoso), anche per il rinvio dinamico in avanti autorizzato dall'art. 18 della legge delega, la non menzione del **principio di non discriminazione regionale** può ben essere sanata dallo stesso comma 15 bis dell'art. 13 del d.l. n. 145/2013 che, si badi, nasce dalla legge di conversione e non da atto del Governo.

Non può negarsi, infatti, che la norma abbia un ampio respiro, volta com'è a tutelare il mercato concorrenziale del trasporto aereo e dell'intero sistema nazionale degli aeroporti, facendo essa leva sulle aliquote massime imponibili.

Si tratta, pertanto, di **norma di principio** non di dettaglio.

Inoltre, se la "*enunciazione di obiettivi*" costituisce la "cartina al tornasole" del carattere di normativa di principio (cfr. C. Cost. n. 30/2005, punto 3 delle motivazioni), ebbene la norma censurata ne costituisce chiara espressione: infatti, non solo si prefigge di evitare gli effetti distorsivi della concorrenza che la Iresa laziale produce (primo obiettivo), ma intende promuovere (secondo obiettivo) **durevolmente** l'attrattività (leggasi competitività) dell'intero sistema aeroportuale italiano, avendo come (ulteriore) obiettivo immediato nazionale l'Expo 2015, evento sul quale il Paese confida per un rilancio dell'economia ed una uscita dalla grave crisi.

In conclusione sul punto, il livellamento del tetto massimo delle aliquote posto dalla norma impugnata, per le finalità prefisse, costituisce esso stesso principio generale di coordinamento

e non norma di dettaglio, in armonia con i principi di uguaglianza e non discriminazione desumibili dalla stessa Carta costituzionale e dal trattato UE al quale le Regioni sono vincolate ex art. 117, comma 1, Cost.

GLI AEROPORTI ED IL SISTEMA DI TRASPORTO AEREO COME MATERIA CONCORRENTE

Per le ragioni sopra esposte, non appare dubbio che il legislatore sia intervenuto a tutela dell'intero **sistema** nazionale aeroportuale civile (così testualmente il comma 15 bis cit.) e del correlato **trasporto**, rafforzandone la competitività e la redditività, attraverso una norma che, per quanto sopra dimostrato, è di principio.

IV

Illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 15-bis del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, inserito dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9, per violazione dell'articolo 120, in combinato disposto con gli articoli 117 e 119 della Costituzione, sotto il profilo del principio della leale collaborazione.

Quanto all'invocata violazione del principio di leale collaborazione, in disparte la circostanza che la disposizione impugnata, come già precisato, è la conseguenza dell'approvazione, nel corso dell'iter relativo alla conversione del DL 145/2013, di un emendamento parlamentare, giova, in ogni caso, rammentare che codesta Corte ha più volte sottolineato che tale principio «*non trova applicazione in riferimento al procedimento legislativo e, inoltre, che esso non opera allorché lo Stato eserciti la propria competenza esclusiva in materia di "tutela della concorrenza"*» (così le sentenze n. 8 del 2013; n. 299 e n. 234 del 2012; n. 88 del 2009, n. 219 del 2005 e n. 46 del 2013).

A ciò si aggiunga che, come precedentemente evidenziato, il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome datato 6 dicembre 2012, citato dalla Regione ricorrente, **non è mai stato sottoposto né alla Conferenza Unificata, né alla Conferenza Stato-Regioni.**

Ultime considerazioni

Non appare di pregio la difesa della Regione laddove afferma la violazione dell'art. 11 del d.lgs. n. 68/2011, per non avere la norma impugnata previsto la compensazione con modifica di aliquota o attribuzione di altri tributi.

Codesta Corte ha affermato che il predetto art. 11 non può esser assunto a parametro, non rivestendo natura di norma interposta (sent. n. 121/2013).

A stessa sorte pare essere destinato l'argomento svolto a pag. 23 del ricorso (i costi per la riscossione dell'i.r.e.s.a. con l'aliquota massima pari ad €0,50 assorbirebbero interamente il gettito, snaturando lo scopo dell'imposta).

A parte la facile obiezione che di tale circostanza non viene fornita prova (cfr. C. Cost. n. 121/2013), occorre stigmatizzare come sia la Regione ad aver "sviato" le finalità dell'imposta destinando solo il 10% (SIC!) del gettito agli scopi ambientali e risarcitori.

Se la Regione Lazio invertisse la percentuale (90% o una minore) di finanziamento dello scopo tipico, potrebbe affermare lo stesso?

La risposta è, all'evidenza, negativa.

Richiamate le difese svolte in atto di costituzione, si insiste per la infondatezza di tutte le censure di incostituzionalità sollevate in ricorso.

Roma, 29 dicembre 2014

L'AVVOCATO DELLO STATO
Paolo Marchini

Corte costituzionale, sentenza 13 febbraio 2015 n. 13 - Pres. Criscuolo, Red. Amato - avv. F.S. Marini per la Regione Lazio e avv. Stato P. Marchini per il Presidente del Consiglio dei ministri.

(...)

Considerato in diritto

1.– Con ricorso spedito per la notifica il 18 aprile 2014, ricevuto dalla resistente il 24 aprile 2014 e depositato nella cancelleria della Corte il 23 aprile 2014, la Regione Lazio ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 15-bis, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145 (Interventi urgenti di avvio del piano “Destinazione Italia”, per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 9.

Il comma 15-bis dell'art. 13 viene censurato nella parte in cui stabilisce il valore massimo dell'aliquota dell'imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili civili (d'ora in avanti, «IRESA»), di cui agli artt. 90 e seguenti della legge 21 novembre 2000, n. 342 (Misure in materia fiscale).

I parametri invocati nel ricorso sono l'art. 77, secondo comma, della Costituzione; l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost.; gli artt. 117, secondo e terzo comma, e 119, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 11 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario), e all'art. 19 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica); nonché l'art. 120 Cost., in combinato disposto con gli artt. 117 e 119 Cost.

2.– Le questioni di legittimità costituzionale formulate in riferimento agli artt. 77, secondo comma, e 117, secondo comma, lettera e), Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost., sono inammissibili.

2.1.– Le censure relative alla violazione degli artt. 77, secondo comma, e 117, secondo comma, lettera e), Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost., si riferiscono a parametri che non attengono al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Questa Corte ha costantemente affermato che le questioni di legittimità costituzionale prospettate da una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, in ordine a parametri diversi da quelli riguardanti il riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, sono ammissibili soltanto se vi sia ridondanza delle asserite violazioni su tale riparto e il soggetto ricorrente abbia indicato le specifiche competenze ritenute lese e le ragioni della lamentata lesione (ex plurimis, sentenze n. 44 del 2014; n. 234, n. 220, n. 20 e n. 8 del 2013; n. 22 del 2012; n. 128 del 2011; n. 326, n. 156, n. 52 e n. 40 del 2010; n. 341 del 2009).

Secondo la prospettazione della ricorrente, i vizi denunciati sarebbero suscettibili di determinare la menomazione delle sue attribuzioni costituzionali e, specificamente, della sua autonomia finanziaria, tutelate dagli artt. 117, terzo comma, e 119 Cost., in considerazione della natura dell'IRESA quale tributo regionale proprio.

2.1.1.– Va, peraltro, rilevato che, nel caso in esame, dalle evidenze documentali acquisite ai fini della valutazione dell'entità della riduzione del gettito dell'imposta, emergono dati discordanti.

La ricorrente evidenzia, in particolare, che la legge della Regione Lazio 29 aprile 2013, n. 2, recante «Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2013 (art. 11, legge regionale 20 no-

vembre 2001, n. 25)», nell'istituire l'IRESA ha stimato un gettito annuo di 55.000.000 di euro (art. 5, comma 10). Essa, inoltre, afferma che - con l'applicazione dell'aliquota massima introdotta dalla norma impugnata - il gettito proveniente dall'IRESA si ridurrebbe a circa 15.000.000 di euro, con una perdita di circa il 73 per cento.

Tali dati si basano su registrazioni del traffico aereo risalenti al 2011; in ogni caso, non sono state fornite indicazioni né in ordine alla composizione qualitativa del gettito, ripartita per classi di appartenenza degli aeromobili, né in ordine all'effettiva riscossione, né infine circa l'incidenza della diversa modulazione del tributo derivante dall'applicazione degli ulteriori criteri stabiliti dalla disposizione impugnata. Neppure risulta che la Regione Lazio si sia adeguata ai nuovi parametri stabiliti dal legislatore statale con la disposizione impugnata, ancorché la stessa sia in vigore dal 22 febbraio 2014.

Può aggiungersi che la stima del gettito del tributo per gli anni successivi al 2014, risultante dal bilancio di previsione per il triennio 2015-2017 (deliberazione della Giunta regionale del 30 dicembre 2014, n. 943, recante «Bilancio di previsione finanziario della Regione Lazio 2015-2017. Approvazione del “Bilancio finanziario gestionale”, ripartito in capitoli di entrata e di spesa», pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione 30 dicembre 2014, n. 104, supplemento n. 4), oltre ad essere indifferente rispetto alle modifiche normative denunciate, si discosta notevolmente dagli importi indicati nel ricorso.

I dati forniti in ordine alla prospettata riduzione del gettito appaiono, quindi, inidonei per valutare l'incidenza della stessa riduzione sulle finanze regionali.

2.1.2.- Può ritenersi, peraltro, pacifico che dalla determinazione statale della nuova e più ridotta aliquota consegua una riduzione del gettito e della disponibilità finanziaria delle Regioni (ed, in particolare, di quelle Regioni che, con la propria autonoma disciplina del tributo, abbiano adottato aliquote superiori). Tuttavia, nel caso in esame, non è stato né dedotto, né tanto meno provato, che da tale riduzione consegua uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale e, quindi, l'insufficienza dei mezzi finanziari dei quali la Regione dispone per l'adempimento dei propri compiti (ex plurimis, sentenze n. 155 del 2006; n. 431, n. 389, n. 29 e n. 17 del 2004).

In definitiva, la tesi della ricorrente, secondo cui la lesione degli evocati parametri costituzionali determinerebbe una lesione dell'autonomia finanziaria regionale, si rivela meramente assertiva e non individua lo specifico vulnus che la disposizione impugnata arrecherebbe alle attribuzioni regionali.

Devono, pertanto, dichiararsi inammissibili le questioni di legittimità costituzionale promosse in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost., nonché all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost., posto che, in relazione ad esse, «il ricorso è generico quanto alla motivazione e carente [...] quanto alla pretesa ridondanza della disposizione impugnata sulla lesione delle proprie competenze» (ex plurimis, sentenze n. 79 del 2014 e n. 246 del 2012).

3.- La censura relativa alla violazione dell'art. 119, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 11 del d.lgs. n. 68 del 2011, e all'art. 19 della legge n. 196 del 2009, è infondata.

3.1.- La Regione Lazio lamenta che la norma impugnata, incidendo in modo significativo sulle entrate regionali, sarebbe priva di copertura finanziaria, in quanto l'intervento statale non conterrebbe alcuna previsione circa l'onere - inteso come minore entrata - a carico dei bilanci regionali, né alcuna indicazione circa le necessarie misure compensative.

Ciò costituirebbe violazione dell'art. 11 del d.lgs. n. 68 del 2011, il quale - in attuazione dei principi stabiliti dall'art. 7, secondo comma, lettera t), della l. n. 42 del 2009 (Delega al

Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione) - prevede, al primo comma, che «Gli interventi statali sulle basi imponibili e sulle aliquote dei tributi regionali di cui all'art. 7, comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), della citata legge n. 42 del 2009 sono possibili, a parità di funzioni amministrative conferite, solo se prevedono la contestuale adozione di misure per la completa compensazione tramite modifica di aliquota o attribuzione di altri tributi».

Senza entrare nella questione se l'art. 11 sia parametro interposto, ovvero espressione di una competenza esclusiva dello Stato, ha rilievo l'attuale configurazione giuridica dell'IRESA quale «tributo proprio regionale», così definito dall'art. 8 del d.lgs. n. 68 del 2011 e riconosciuto come tale da questa Corte (sentenza n. 18 del 2013), sia pure con le peculiarità che saranno appresso indicate. Ciò esclude, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera b), della legge n. 42 del 2009, la necessità di misure compensative, giacché tale disposizione le prevede soltanto per altri tributi regionali.

Da ciò discende l'infondatezza della denunciata violazione dell'art. 119, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 11 del d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, e all'art. 19 della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

4.– La questione relativa alla violazione dell'art. 119, secondo comma, Cost. è infondata.

4.1.– La ricorrente lamenta, in particolare, che la disposizione legislativa censurata, intervenendo nella materia del coordinamento del sistema tributario, affidata, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, non sarebbe volta a stabilire un principio fondamentale di coordinamento, ma detterebbe una statuizione di dettaglio di immediata applicazione nei confronti delle Regioni.

4.2.– Va, in primo luogo, rilevato che la disposizione impugnata non stabilisce un'aliquota unica, ma un'aliquota massima modulabile da tutte le Regioni, sulla base dei criteri legislativamente indicati. Si tratta perciò non di una statuizione di dettaglio, ma, appunto, di una norma di coordinamento, resa necessaria dalle finalità concorrenziali espressamente enunciate e concretamente perseguite dalla stessa disposizione.

Tali finalità corroborano la legittimità dell'intervento, che si prefigge il fine di «evitare effetti distorsivi della concorrenza tra gli scali aeroportuali e di promuovere l'attrattività del sistema aeroportuale italiano». L'obiettivo del rilancio della competitività del settore è destinato a realizzarsi, sia attraverso la determinazione di un limite massimo dell'imposta, sia con la sua modulazione che tenga conto della distinzione tra voli diurni e notturni e delle peculiarità urbanistiche delle aree geografiche prospicienti i singoli aeroporti.

Tali modalità di realizzazione delle funzioni pro-concorrenziali della disposizione rispondono alle indicazioni formulate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'atto di segnalazione n. 1071 del 27 agosto 2013. In questa sede, infatti, «la definizione con legge dello Stato di criteri uniformi per il calcolo dell'imposta» era stata indicata come necessaria al superamento delle problematiche concorrenziali derivanti dalle difformità tra le discipline regionali dell'imposta.

4.2.1.– Va, inoltre, evidenziato che l'imposta in esame, originariamente finalizzata a promuovere il disinquinamento acustico in relazione al traffico aereo, ha mantenuto uno scopo specifico, il quale tuttora comprende finalità attinenti alla tutela dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.). Lo dimostra la previsione della destinazione «prioritaria» del gettito «al completamento dei sistemi di monitoraggio acustico e al disinquinamento acustico e all'eventuale indennizzo delle popolazioni residenti [...] dell'intorno aeroportuale» (art. 90, comma 1, della legge n. 342 del 2000).

4.2.2.– L’intersezione delle molteplici finalità della disposizione impugnata, tutte rientranti nella competenza legislativa statale, sorregge la legittimità dell’intervento normativo in esame e conduce alla declaratoria di infondatezza delle censure.

5.– Anche la questione relativa alla violazione dell’art. 120 Cost. è infondata.

5.1.– Al riguardo, questa Corte ha costantemente escluso che le procedure collaborative fra Stato e Regioni (salvo che l’osservanza delle stesse sia imposta direttamente o indirettamente da norme costituzionali) trovino applicazione nell’attività legislativa dello Stato (sentenze n. 273 del 2013; n. 297 del 2012; n. 196 del 2004).

Pertanto, la questione formulata in riferimento alla violazione dell’art. 120 Cost. risulta infondata.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 13, comma 15-bis, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145 (Interventi urgenti di avvio del piano “Destinazione Italia”, per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per l’internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 9, promosse, in riferimento agli artt. 77, secondo comma, e 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, in combinato disposto con l’art. 3 Cost., dalla Regione Lazio, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 13, comma 15-bis, del d.l. n. 145 del 2013, come convertito, promosse, in riferimento agli artt. 117, secondo e terzo comma, 119, primo e secondo comma, e 120 Cost., dalla Regione Lazio con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2015.

L'incandidabilità del Sindaco e degli amministratori locali che hanno causato lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose

NOTA A CASS. CIV., SEZ. UN., SENTENZA 30 GENNAIO 2015 N. 1747

*David Romei**

SOMMARIO: 1. La vicenda - 2. La natura del procedimento diretto alla declaratoria di incandidabilità degli amministratori locali "collusi" - 3. L'incandidabilità degli amministratori locali responsabili dello scioglimento del consiglio comunale (o provinciale). Natura e funzione.

1. La vicenda.

Il Consiglio comunale di Ventimiglia, i cui organi elettivi erano stati rinnovati nelle consultazioni elettorali del 27-28 maggio 2007, a seguito degli accertamenti effettuati dai competenti organi del Ministero dell'Interno, è stato sciolto, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali), con d.P.R. del 6 febbraio 2012.

La procedura che ha condotto all'emanazione del citato d.P.R. prendeva le mosse da una serie di informazioni fornite dal Procuratore della Direzione distrettuale antimafia di Genova riguardanti: a) le frequentazioni del neoeletto Sindaco con una nota famiglia indicata come punto di riferimento per la malavita calabrese attiva nel ponente ligure; b) la vicenda legata alla costituzione (fortemente voluta dallo stesso Sindaco) di una società *in house* del Comune di Ventimiglia tramite la quale erano stati affidati vari lavori ad una cooperativa sociale direttamente riconducibile alla predetta famiglia.

A seguito della trasmissione delle predette informative, la Prefettura di Imperia disponeva l'accesso presso il Comune ai sensi dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 629/1982, convertito in l. n. 726/1982. Le risultanze del monitoraggio mettevano in luce, tra l'altro, come il territorio del Comune di Ventimiglia fosse caratterizzato dalla presenza stanziale di numerosi soggetti legati alla criminalità organizzata che perseguono finalità ed agiscono con metodi tipici delle associazioni mafiose, avvalendosi di un apparato composto da persone inserite nel tessuto sociale in grado di riferire le informazioni acquisite dai vertici decisionali. Il radicamento di tali gruppi sul territorio ne aveva favorito l'espansione della dimensione affaristica anche attraverso la presenza in attività economiche legali controllate tramite una fitta rete di partecipazioni societarie. Il crescente volume delle menzionate attività giustificava l'interesse delle predette organizzazioni ad individuare, in ambito locale, specifici refe-

(*) Avvocato del libero Foro, già praticante foresene presso l'Avvocatura dello Stato.

renti politici ed amministrativi. Inoltre, le indagini ispettive avevano evidenziato la sostanziale continuità tra le amministrazioni succedutesi negli ultimi due mandati, oltre a significativi collegamenti e frequentazioni tra alcuni componenti della compagine elettiva e dell'apparato burocratico con esponenti della locale criminalità.

Alla luce delle risultanze dell'attività svolta dalla Commissione d'accesso, la Prefettura di Imperia inoltrava al Ministero dell'Interno relazione negativa, con la quale proponeva ai superiori Uffici ministeriali lo scioglimento del Consiglio Comunale di Ventimiglia. Tale proposta esitava nel decreto di scioglimento del Consiglio Comunale, per la durata di 18 mesi, di cui al d.P.R. 6 febbraio 2012.

A seguito dello scioglimento del Consiglio comunale, il Ministro dell'Interno trasmetteva al Presidente del Tribunale di Sanremo la proposta di scioglimento dell'Ente comunale, corredata dal d.P.R. del 6 febbraio 2012 e dalla relazione della Commissione d'accesso, ai fini della declaratoria di incandidabilità degli amministratori locali.

In seguito alla trasmissione della predetta proposta di scioglimento anche il Procuratore della Repubblica Tribunale di Sanremo, con autonomo ricorso, avanzava al Tribunale di Sanremo analoga richiesta di declaratoria di incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali destinate a svolgersi in Liguria degli amministratori che risultavano essere stati - direttamente o indirettamente - vicini ad ambienti legati alla criminalità organizzata.

Il procedimento veniva definito con decreto dell'8 maggio 2013, n. 167, con cui il Tribunale di Sanremo respingeva la richiesta di incandidabilità avanzata congiuntamente dall'Amministrazione dell'Interno e dal pubblico ministero.

Avverso tale provvedimento interponeva reclamo innanzi alla Corte d'appello di Genova il Ministero dell'Interno.

Con decreto del 20 febbraio 2014, la Corte territoriale, in parziale accoglimento dello spiegato reclamo, dichiarava l'incandidabilità del Sindaco del Comune di Ventimiglia *“alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali che si svolgono nella Regione Liguria limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del Consiglio comunale”*.

Contro la decisione il Sindaco di Ventimiglia proponeva ricorso straordinario per cassazione.

Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite, nel rigettare il ricorso, affrontano il delicato tema dello scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, soffermandosi, in particolare, sull'aspetto dell'incandidabilità degli amministratori locali che, con la loro condotta, hanno causato lo scioglimento degli organi elettivi dell'ente locale d'appartenenza.

2. La natura del procedimento volto alla declaratoria di incandidabilità degli amministratori locali “collusi”.

In primo luogo, le Sezioni Unite si soffermano sulla natura e sulle forme

dello speciale procedimento disegnato dal legislatore all'art. 143, comma 11, T.U.E.L. (così come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94) per la pronuncia dell'incandidabilità degli amministratori che, con le loro condotte, hanno causato lo scioglimento dell'Ente locale (1).

La norma prevede che il giudizio sia instaurato direttamente a seguito di iniziativa del Ministro dell'Interno, il quale invia, senza ritardo, la proposta di scioglimento - corredata dalla relazione prefettizia di accompagnamento che ne costituisce parte integrante - al tribunale competente per territorio, che, a sua volta, valuta la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 dell'art. 143 T.U.E.L. con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa. Per espressa previsione normativa, al procedimento si applicano, in quanto compatibili, le norme sul rito camerale di cui al libro IV, titolo II, capo VI, del codice di procedura civile (artt. 737 e ss.).

Lo scarno tenore letterale della disposizione ha fatto sorgere non pochi dubbi sia in ordine alla veste formale che deve assumere l'atto introduttivo del giudizio, che sulla compatibilità del procedimento con i principi della domanda, della regolare instaurazione del contraddittorio e del giusto processo applicabili anche ai procedimenti che si svolgono in camera di consiglio.

Le Sezioni Unite, nel rigettare i motivi di ricorso agitati sul punto dal ricorrente, hanno chiarito che l'art. 143, comma 11, T.U.E.L. disegna una forma speciale di instaurazione del giudizio, destinato, poi, a svolgersi nelle forme del rito in camera di consiglio. Il legislatore, infatti, pur avendo disposto l'applicazione, in quanto compatibili, delle forme del rito camerale, ha in realtà creato una peculiare forma di introduzione del procedimento *de quo*, da un lato affidando direttamente al Ministro dell'Interno la legittimazione attiva all'introduzione del giudizio e, dall'altro, individuando nella trasmissione della sola proposta di scioglimento l'atto introduttivo del procedimento.

La scelta di dettare una forma speciale e atipica di introduzione del giudizio è - ad avviso della Suprema Corte - coerente con la natura e il contenuto della proposta ministeriale e, al contempo, con le finalità del rimedio dell'incandidabilità.

(1) Per una più approfondita analisi dell'istituto dello scioglimento dei consigli comunali (e provinciali) degli enti locali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso sia consentito rinviare a ROMEI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamento mafioso*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2/2014, 358 e ss. Sull'argomento si vedano, altresì, ALFANO-GULLOTTI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata*, in *Nuova rassegna on line*, 3, 2010; STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2011; LONGO, *Lo scioglimento dei consigli comunali per fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso e questione di contesto*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 880 e ss.; LEOTTA, *Breve rassegna di giurisprudenza in materia di provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti di tipo mafioso*, Intervento al Workshop "Infiltrazioni mafiose e P.A.", Siracusa, 26 maggio 2007, in www.giustizia-amministrativa.it; GAGLIARDI, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, in *Foro amm. CdS*, fasc. 11, 2005; CELLA, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1209 e ss.

La decisione di affidare direttamente alla proposta ministeriale di scioglimento l'effetto di incardinare il giudizio è pienamente conforme con i principi della domanda e del giusto processo, essendo il relativo *petitum* determinato a monte dallo stesso legislatore nella dichiarazione di incandidabilità degli amministratori locali coinvolti, mentre l'individuazione della *causa petendi* è effettuata tramite il rinvio alla proposta ministeriale di scioglimento nonché all'allegata relazione prefettizia, all'interno della quale sono puntualmente individuate le condotte degli amministratori che hanno causato lo scioglimento del Consiglio comunale. La *ratio* di tale scelta riposa nell'avvertita esigenza di apprestare forme procedurali essenziali, in grado di permettere una risposta giurisdizionale il più possibile ravvicinata nel tempo, al fine di arrestare quanto più velocemente possibile l'ingerenza inquinante delle consorterie mafiose nella vita delle amministrazioni democratiche locali. Peraltro, a riprova del carattere d'urgenza che riveste il procedimento, è l'esclusione dell'operatività della sospensione feriale dei termini per i giudizi *de quibus* (2).

Neppure convincenti appaiono, del resto, le doglianze mosse dal ricorrente circa la carenza di *ius postulandi* del Ministro dell'Interno, che, per la regolare introduzione del giudizio, avrebbe dovuto necessariamente avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in applicazione del principio dell'obbligatorietà della difesa tecnica. Al contrario le Sezioni Unite, richiamando l'applicabilità in via analogica del principio generale per cui nei giudizi elettorali (di cui quello contemplato dall'art. 143, comma 11, T.U.E.L. costituisce una *species*) non è necessario il patrocinio di un difensore tecnico (3), potendo le parti stare in giudizio personalmente in ogni grado, sottolineano come questa facoltà debba essere necessariamente riconosciuta anche alla parte pubblica. Tale ultimo assunto, peraltro, si pone in evidente continuità con l'interpretazione fornita dall'Avvocatura Generale dello Stato relativamente al principio della difesa personale delle parti nei giudizi elettorali di cui all'art. 23 c.p.a. (4).

Malgrado le puntualizzazioni compiute dalla Suprema Corte, restano an-

(2) Cfr. Trib. Marsala, 10 settembre 2012, in *Giur. civile*, 3, 2013, con nota adesiva di CARADONNA, *Inapplicabilità della sospensione feriale alla richiesta di incandidabilità del Sindaco responsabile dello scioglimento del Consiglio comunale*.

(3) Cfr., per un'applicazione di tale principio, i giudizi istaurati ai sensi dell'art. 3, l. 23 dicembre 1966, n. 1147 e dell'art. 22, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Per l'affermazione del principio si vedano Cass. civ., sez. un., 10 febbraio 1992, n. 1466, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 2; Cass. civ., sez. un., 21 gennaio 1977, n. 312 in *Giust. civ. Mass.*, 1977, fasc. 1; Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1983, n. 5878, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 9; Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 1980, n. 6341, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 12.; Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2011, n. 999, in *Foro amm. CdS*, 2011, fasc. 2, 454; Cons. St., sez. V, 18 marzo 2002, n. 1565, in *Foro it.*, 2003, III, 343; Cons. St., sez. V, 4 luglio 1986, n. 353, in *Foro amm.*, 1986, 1333 e in Cons. Stato, 1986, I, 863.

(4) Cfr. circolare dell'A.G.S. n. 52 del 29 settembre 2010, prot. n. 297377.

cora aperte diverse questioni, prima tra tutte quelle sulla natura e sulla forma del provvedimento conclusivo del giudizio (5).

Nonostante il silenzio serbato dalla norma sul punto, deve, comunque, ritenersi che lo stesso debba rivestire la forma della sentenza per due ordini di ragioni (6).

In primis, l'art. 143, comma 11, T.U.E.L., pur non prendendo posizione al riguardo, prevede che l'incandidabilità debba essere dichiarata con provvedimento definitivo. È evidente che il tipico provvedimento destinato ad avere carattere di definitività, e cioè a passare in giudicato, è la sentenza.

In secundis, la prevalenza accordata alla sostanza dei provvedimenti giudiziari rispetto alla forma dagli stessi rivestita, rapportata alla indubbia natura contenziosa del procedimento ex art. 143, comma 11, T.U.E.L. ed alla incidenza e stabilità del provvedimento con cui lo stesso si conclude rispetto ai diritti soggettivi in discussione, fanno senz'altro propendere per la natura sostanziale di sentenza del provvedimento *de quo*, presentando la statuizione il requisito della decisorietà e della definitività, con efficacia assimilabile a quella del giudicato, sicché anche il decreto eventualmente emesso avrebbe, comunque natura sostanziale di sentenza.

Dalla natura sostanziale di sentenza del provvedimento conclusivo del giudizio discende che l'incandidabilità dichiarata con provvedimento definitivo, imposta dall'art. 143, comma 11, T.U.E.L., alla data fissata per la presentazione delle candidature, nonché a quella dello svolgimento delle elezioni, non è ravvisabile laddove sia stata dichiarata solo dalla Corte d'appello, la cui decisione ha in sé tutte le caratteristiche necessarie per essere assoggettata al ricorso straordinario per Cassazione, non potendosi ricondurre in tal caso alla pronuncia dei giudici di secondo grado quella definitività strutturalmente e funzionalmente incompatibile con un ulteriore grado di giudizio. In pendenza del termine per il ricorso per Cassazione avverso la decisione di appello, dunque, gli amministratori locali devono essere ritenuti candidabili, con conseguente validità delle elezioni che si siano svolte (7).

In ogni caso, il giudizio diretto alla declaratoria di incandidabilità è del tutto autonomo rispetto a quello eventualmente instaurato innanzi al giudice amministrativo avverso il decreto di scioglimento dell'ente. Difatti, l'impugnazione di tale atto, sebbene connesso al *petitum* o alla *causa petendi* del giudizio civile, non comporta un vincolo di pregiudizialità tecnica-giuridica idoneo a determinare la sospensione, né, *a fortiori*, il rinvio della trattazione del giudizio, la quale, ove disposta, determinerebbe la paralisi di fatto dello

(5) Sul punto si veda ROMEI *op. cit.*, 383-384.

(6) App. Catanzaro, sez. I, 28 aprile 2014, n. 588 (inedita).

(7) In questo senso ROMEI, *op. cit.*, 384. In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 2 aprile 2013, n. 395, in *Guida al diritto*, 2013, 20, 90, con nota di PONTE; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 15 ottobre 2012, n. 2005, in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3362.

stesso, in elusione della norma di cui all'art. 295 c.p.c. (8).

3. *L'incandidabilità degli amministratori locali responsabili dello scioglimento del consiglio comunale (o provinciale). Natura e funzione.*

L'aspetto di maggior rilievo della pronuncia in commento è senz'altro quello concernente la natura della misura dell'incandidabilità degli amministratori locali che, con la loro condotta, hanno causato lo scioglimento degli organi elettivi dell'ente locale d'appartenenza (9).

Come già accennato, tale misura è stata introdotta nell'art. 143, comma 11, T.U.E.L. dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 (10). In particolare, la norma prevede che, fatta salva l'applicazione di ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista, gli amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo.

La previsione di cui all'art. 143, comma 11, T.U.E.L. costituisce una particolare ipotesi di responsabilità dirigenziale, applicabile ad ampio spettro sia ai dirigenti che ai membri degli organi elettivi degli enti locali disciolti (11). Tuttavia, lungi dal trattarsi di una responsabilità "automatica", essa deve essere oggetto di accertamento in via definitiva da parte degli organi giurisdizionali a ciò preposti (12), in quanto esita nella sanzione della incandidabilità - in ambito regionale - alle prime elezioni successive allo scioglimento dell'ente locale, impingendo quindi nella sfera soggettiva più intima dei candidati, in quanto ha ad oggetto il diritto, costituzionalmente garantito, di elettorato passivo (13).

La norma si affianca al più ampio *genus* delle cause di incandidabilità

(8) Cfr., sul punto, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 25861, in *Dir. & Giust.*, 2014; Cass. civ., sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 24071, in *Dir. & Giust.*, 2013, con nota di VILLA; Cass. civ., sez. III, 12 maggio 2003, n. 7195, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5. Nel senso dell'insussistenza del vincolo di pregiudizialità logico-giuridica si veda anche, con riferimento all'analogo vicenda relativa alla sussistenza di un giudizio di legittimità sulla surroga disposta dal Consiglio comunale, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 19 marzo 2010, n. 400, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1777, in *Foro amm. TAR*, 2011, 10, 3273.

(9) Per una panoramica sull'istituto di nuova introduzione sia consentito rinviare nuovamente a ROMEI, *op. cit.*, 380 e ss. nonché a ALFANO-GULLOTTI, *op. cit.*

(10) In *Gazz. Uff.* 24 luglio 2009, n. 170.

(11) Cfr. ROMEI, *op. cit.*, 380-381.

(12) L'accertamento, come esplicitamente disposto dallo stesso comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L., ha ad oggetto la verifica della presenza di elementi su collegamenti o forme di condizionamento che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto fra gli amministratori e la criminalità organizzata: cfr., in tal senso, Trib. Catania, sez. I, 21 marzo 2014, in www.jusexplorer.it, 2014.

(13) In tal senso T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 15 ottobre 2012, n. 2005, in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3362.

originariamente previste dall'art. 15, l. n. 55/1990 (come modificato dalla l. 16 gennaio 1992, n. 16) (14), successivamente confluito nell'art. 58 T.U.E.L. (da ultimo abrogato dall'art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, c.d. legge Severino), delle quali condivide alcuni caratteri fondamentali (15). In generale, l'incandidabilità costituisce una nuova incapacità giuridica speciale, ontologicamente e teleologicamente diversa dalle altre situazioni che, del pari, impediscono l'elezione o la permanenza in una carica pubblica, perché limitano l'esercizio del diritto di elettorato passivo (16). Infatti, le circostanze che importano l'incandidabilità, escludono il diritto di elettorato passivo (rispetto alle elezioni amministrative) e non soltanto l'esercizio dello stesso, impedendo ai soggetti che ne sono colpiti persino di adire la situazione giuridica prodromica rispetto all'elezione, ovvero la candidatura. In quest'ottica, diversamente da quanto avviene con riferimento ai seppur analoghi istituti dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità, l'incandidabilità si palesa come la conseguenza, non la causa, della perdita del diritto di elettorato passivo. L'ineleggibilità e l'incompatibilità, infatti, pur limitando l'esercizio del diritto di elettorato passivo, discendono, però, da situazioni che l'interessato può (e deve) rimuovere prima di essere candidato o al momento in cui viene eletto, e che vanno perciò ascritte alla categoria della incompatibilità, che l'ordinamento pone in riguardo al possibile contrasto d'interessi tra l'eleggendo e l'ente che esso dovrebbe rappresentare (17).

Malgrado le indubbe similitudini, la misura di cui all'art. 143, comma 11, T.U.E.L., va nettamente distinta dalla sanzione di incandidabilità prevista dall'abrogato art. 58 T.U.E.L., che prevedeva, quali cause ostative alla candidatura alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali, come presidente e componente di consigli e giunte, nonché di aziende speciali ed istituzioni e di comunità montane, l'aver riportato una condanna definitiva per il delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p. (ovvero per gli altri enumerati dall'art. 58, lett. a), b), c) e d), T.U.E.L.), nonché l'essere stati destinatari, in forza di un provvedimento definitivo, di una misura di prevenzione in relazione alla partecipazione ad associazioni di carattere mafioso (18). In tali casi, infatti, l'incandidabilità consegue come vera e propria obbligatoria sanzione accessoria ad una sentenza di condanna definitiva per i delitti ivi espressamente indicati. Al contrario, la misura prevista dall'art. 143, comma 11, T.U.E.L., assume una precisa finalità cautelativa.

(14) In *Gazz. Uff.* 22 gennaio 1992, n. 17.

(15) Cfr. ROMEI, *op. cit.*, 381.

(16) In tal senso, in dottrina, CINNERA, *La partecipazione dell' "incandidabile" alle elezioni per il rinnovo dei consigli comunali (e provinciali): nullità dei voti o delle elezioni?*, in *www.giustamm.it*. Analogamente anche la giurisprudenza: cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 14 marzo 2000, n. 113, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 27 maggio 1999, n. 1021, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(17) Cfr. ROMEI, *op. cit.*, 381; CINNERA, *op. cit.*

(18) Sul punto si veda ALFANO-GULLOTTI, *op. cit.*

tiva e di prevenzione, sì da attuare una modalità di controllo sulle candidature, quanto meno in una fase circoscritta temporalmente e, comunque, successiva alla proposta di scioglimento del consiglio, che, evidentemente, non è conseguenza immediata della proposta, ma va disposta con successivo d.P.R.

Tale fondamentale differenza emerge, del resto, dallo stesso tenore letterale dell'art. 143, comma 11, T.U.E.L., il quale, nel prevedere che il tribunale valuti la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa, impone al giudice l'effettuazione di una effettiva e nuova ponderazione dei fattori che hanno condotto allo scioglimento del consiglio comunale (o provinciale). Infatti, lungi dal sancire alcun automatismo tra lo scioglimento dell'ente e l'incandidabilità degli amministratori decaduti dalla carica (come accade, invece, per l'incandidabilità di cui all'art. 58 T.U.E.L., che deriva quale conseguenza automatica del venire in essere di una delle situazioni contemplate dalla norma), il legislatore ne ha rimesso l'accertamento alla magistratura ordinaria, che deve valutare, sia pure nelle forme rapide e sommarie del giudizio in camera di consiglio, nel cui ambito è comunque garantito il contraddittorio, la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 143, comma 1, T.U.E.L. relativamente alla posizione non dell'apparato amministrativo e/o burocratico nel suo complesso, ma di ogni singolo amministratore indicato nella proposta ministeriale.

Ai fini della dichiarazione di incandidabilità, infatti, è sufficiente la sola presenza di elementi su collegamenti o su forme di condizionamento che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto fra gli amministratori e la criminalità organizzata, ma che non devono necessariamente concretarsi in situazioni di accertata volontà degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata, né in forme di responsabilità personali, anche penali, degli amministratori (19), ma tali, comunque, da rendere plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una possibile soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata, quali i vincoli di parentela o di affinità, i rapporti di amicizia o di affari, le notorie frequentazioni ovvero quando risulti comunque che gli organi elettivi siano gravemente venuti meno ai propri doveri di vigilanza e controllo sull'apparato gestionale - amministrativo dell'ente locale (20). Peraltro - sottolineano le Sezioni Unite - il Giudice, nella formazione del quadro indiziario su

(19) *In terminis* Cons. St., sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266, in www.giustizia-amministrativa.it.

(20) Cfr., *ex plurimis*, Trib. Catania, sez. I, 21 marzo 2014, in www.jusexplorer.it. Sulla rilevanza dei rapporti parentali ai fini dello scioglimento del consiglio comunale (o provinciale) si vedano, tra le tante, Cons. St., sez. V, 14 maggio 2003, n. 2590, in www.giustizia-amministrativa.it; *contra* T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 marzo 2013, n. 1382, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3, 913, secondo cui "i legami parentali non sono sufficienti a desumere la sussistenza di un inquinamento mafioso, in difetto di più significative circostanze sintomatiche di tentativi di ingerenze della criminalità organizzata sulla conduzione dell'impresa e sugli esponenti aziendali".

cui fondare il proprio convincimento in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 143, comma 11, T.U.E.L., non è vincolato alle sole allegazioni contenute nella proposta ministeriale, ma può prendere in esame anche tutte le risultanze probatorie acquisite nel corso del procedimento camerale (21).

Un ulteriore significativo elemento di differenziazione tra la disciplina contenuta negli artt. 58 e 143 T.U.E.L. attiene all'ambito temporale di efficacia delle due norme (22).

Difatti, mentre la norma di cui all'art. 58 T.U.E.L. opera senza limiti di tempo (fatta salva la concessione della riabilitazione ai sensi dell'art. 178 T.U.E.L.), l'incandidabilità ex art. 143, comma 11, T.U.E.L. ha efficacia limitata al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio dell'Ente locale; turno che, tuttavia, la stessa norma riferisce *“alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento”*. Difatti, *“proprio l'univoco tenore letterale e grammaticale della norma, chiaramente evidenziato dall'utilizzo tra il penultimo e l'ultimo termine della richiamata enumerazione, della congiunzione coordinante copulativa “e”, solitamente adoperata per esprimere l'unione di due elementi, e non già della congiunzione coordinante semplice disgiuntiva “o”, solitamente usata per esprimere un'alternativa, consente, infatti, [...] di identificare l'ambito applicativo in relazione a tutte le tornate elettorali di cui alla medesima enumerazione. Quanto, invece, all'ambito temporale di operatività della dichiarazione di incandidabilità assunta con provvedimento giurisdizionale definitivo, esso risulta dalla norma in commento testualmente circoscritto «al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio». L'inequivoco significato letterale della citata disposizione - in forza del quale la dichiarazione (definitiva) di incandidabilità è destinata a produrre i suoi effetti esclusivamente con riferimento alle prime elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento successivamente allo scioglimento stesso comporta [...] che la pronuncia definitiva di incandidabilità, ove sopravvenga [...] dopo lo svolgimento del primo turno di una o più elezioni tra quelle elencate, è destinata a produrre i suoi effetti esclusivamente con riferimento alle altre elezioni (tra quelle elencate) non ancora svoltesi dopo lo scioglimento, non anche con riferimento alle successive tornate delle elezioni già tenutesi nelle more del procedimento per la dichiarazione di improcedibilità”* (23).

L'interpretazione che precede, invero, oltre che coerente con il tenore let-

(21) In particolare, le Sezioni Unite affermano tale principio rigettando il motivo di ricorso formulato dal Sindaco secondo cui il giudice di merito, ai fini della declaratoria di incandidabilità, avrebbe accordato rilevanza ad elementi ulteriori ed eteronomi rispetto a quelli individuati dalla proposta di scioglimento, quale l'ordinanza del G.I.P. che aveva disposto la custodia cautelare del ricorrente.

(22) Cfr. ROMEI, *op. cit.*, 382.

(23) Così App. Napoli, sez. I, 16 agosto 2012, n. 2926 (inedita).

terale della disposizione (alla stregua del canone interpretativo di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.) è, altresì, rispettosa del principio generale di libero accesso di tutti i cittadini in condizione di uguaglianza alle cariche elettive (art. 51 Cost.) e del costante orientamento della Corte costituzionale (24), secondo cui le limitazioni al diritto di elettorato passivo, per essere conformi al dettato dell'art. 51 Cost., devono considerarsi di stretta interpretazione, atteso che circoscrive il sacrificio del suddetto diritto entro i limiti temporali (previsti dalla stessa norma) strettamente necessari per il soddisfacimento delle esigenze di pubblico interesse dalla medesima norma perseguite attraverso la misura, di carattere preventivo, dell'incandidabilità, esigenze individuabili, alla luce della *ratio legis* sottesa alla norma, nella necessità di garantire un elettorato passivo scevro da contaminazioni e condizionamenti con ambienti della malavita organizzata (25).

Valorizzando i principi espressi dalla Consulta e dalla giurisprudenza amministrativa, le Sezioni Unite si soffermano, infine, sulla natura della misura dell'incandidabilità, la quale rappresenta un rimedio di *extrema ratio* volto ad evitare il ricrearsi delle situazioni che la misura dissolutiva ha inteso ovviare e a salvaguardare beni primari dell'intera collettività nazionale, individuabili non solo nella sicurezza pubblica, nella trasparenza e nel buon andamento delle amministrazioni comunali, ma soprattutto nel "*regolare funzionamento dei servizi loro affidati, capaci di alimentare la 'credibilità' delle amministrazioni locali presso il pubblico e il rapporto di fiducia dei cittadini verso le istituzioni*"; beni compromessi o messi in pericolo, non solo dalla collusione tra amministratori locali e criminalità organizzata, ma anche dal condizionamento comunque subito dai primi, non fronteggiabile, secondo la scelta non irragionevolmente compiuta dal legislatore, con altri apparati preventivi o sanzionatori previsti dall'ordinamento.

(24) Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 15 luglio 2010, n. 257, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3117, e in *Foro amm. CdS*, 2011, 2, 377; Corte cost., 2 luglio 2008, n. 240, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 2845; Corte cost., 3 ottobre 2003, n. 306, in *Giur. cost.*, 2003, 5; Corte cost., 30 ottobre 1996, n. 364, in *Giust. civ.*, 1997, I, 345; Corte cost., 6 maggio 1996, n. 141, in *Foro amm.*, 1997, 73; Corte cost., 13 luglio 1994, n. 295, in *Riv. giur. polizia locale*, 1996, 249; Corte cost., 17 giugno 1992, n. 280, in *Giur. it.*, 1994, I, 524, con nota di POLICE. In senso analogo anche la dottrina costituzionalistica: cfr., per tutti, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 480.

(25) Sul punto si veda ROMEI, *op. cit.*, 383. Analoga anche la posizione della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 gennaio 2013, n. 18, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1, 278.

Cassazione Civile, Sez. Unite, sentenza 30 gennaio 2015, n. 1747 - Primo Pres. ff. Rovelli, Pres. Sez. Salmè, Pres. Sez. Rordorf, Rel. Giusti, P.M. Apice (difforme) - S.G.A. (avv. ti Protto, Mazzola, Mazzeo, Corbyons) c. Ministero dell'Interno (avv. gen. Stato).

Ritenuto in fatto

1. Proclamato sindaco del Comune di Ventimiglia a seguito delle consultazioni elettorali del 2007, il sig. S.G.A. è rimasto in carica fino alla sospensione e al successivo scioglimento del consiglio comunale, scioglimento disposto - ai sensi dell'art. 143 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - con decreto del Presidente della Repubblica del 6 febbraio 2012, su proposta del Ministro dell'interno del 2 febbraio 2012, quest'ultima corredata dalla relativa relazione del prefetto di Imperia del 4 gennaio 2012.

Con nota prot. 15900/B745/2012, tali provvedimenti sono stati trasmessi dal Ministro dell'interno al Presidente del Tribunale di Sanremo "per le finalità di cui all'art. 143, comma 11, del citato d.lgs.". Ricevuta in data 17 marzo 2012 tale nota del Ministro con i relativi allegati, il Presidente del Tribunale di Sanremo, con provvedimento del successivo 29 marzo 2012, ne ha disposto la trasmissione al Procuratore della Repubblica presso lo stesso Tribunale per le determinazioni di competenza.

Con ricorso in data 5 giugno 2012 ai sensi dell'art. 143, comma 11, del testo unico, il Procuratore della Repubblica ha chiesto al Tribunale di Sanremo di dichiarare l'incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali destinate a svolgersi in Liguria, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio comunale di Ventimiglia, "di coloro che possono individuarsi quali passati amministratori della disciolta amministrazione che risultano essere stati - direttamente o indirettamente - vicini ad ambienti della criminalità organizzata, ed in particolare di: S.G.A., P.M., M.V."

Nel procedimento così introdotto si è costituito lo S., formulando eccezioni in rito e instando per il rigetto della domanda.

Alla successiva udienza del 12 marzo 2013 si è costituito anche, con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale, il Ministero dell'interno, il quale si è associato alla domanda di incandidabilità dello S. proposta dalla Procura della Repubblica con il ricorso introduttivo.

Il procedimento è stato definito con decreto 8 maggio 2013, n. 167, con cui il Tribunale di Sanremo ha respinto la richiesta di incandidabilità avanzata dal pubblico ministero.

2. Avverso detto provvedimento ha proposto reclamo il Ministero dell'Interno, al quale ha resistito lo S.

Con decreto reso pubblico mediante deposito in cancelleria il 20 febbraio 2014, la Corte d'appello di Genova, in parziale accoglimento del reclamo, ha dichiarato l'incandidabilità dello S. alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella Regione Liguria limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio comunale di Ventimiglia (disposto con decreto del Presidente della Repubblica 6 febbraio 2012), ha respinto il reclamo del Ministero nei confronti di M.V., ed ha condannato lo S. alla rifusione delle spese sostenute dal Ministero in entrambe le fasi del procedimento.

2.1. Quanto all'eccepita inammissibilità del reclamo perché proposto da un soggetto - il Ministero dell'Interno - che non sarebbe stato parte della precedente fase, la Corte d'appello, per un verso, ha rilevato che il Ministero si è in realtà costituito nella precedente fase davanti al Tribunale depositando, all'udienza del 12 marzo 2013, comparsa di costituzione con cui ha espressamente domandato la dichiarazione di incandidabilità dello S. (e del M.); per l'altro verso, ha sottolineato che l'art. 143, comma 11, del testo unico prevede una peculiare forma

di introduzione del procedimento che richiede la semplice trasmissione da parte del Ministro della proposta di scioglimento e che, nella specie, il Ministro si è attivato in conformità del disposto normativo in questione inviando al competente Tribunale una nota con, allegata, la proposta di scioglimento e la copia del decreto del Presidente della Repubblica.

La Corte territoriale ha escluso che sia mancata l'instaurazione del contraddittorio sulla detta nota del Ministro.

La Corte di Genova ha quindi dichiarato manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 24 Cost., art. 27 Cost., comma 2, art. 51 Cost., comma 1, artt. 48, 97 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 143, comma 11, del testo unico, nella parte in cui prevede l'incandidabilità a determinate cariche elettive di soggetti che non sono stati condannati in via definitiva per la commissione di determinati reati. Nella fattispecie sono in gioco - ha rilevato il giudice del reclamo - esigenze cautelari che prescindono dalla commissione di un reato, e la misura interdittiva in questione, che ha come presupposto lo scioglimento del consiglio comunale ed è limitata al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio, appare ragionevole e proporzionata in quanto diretta a prevenire compromissioni dell'autonoma determinazione degli enti locali e, quindi, a tutelare interessi, di rango costituzionale, riconducibili al principio di buon andamento dell'amministrazione e alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica.

La Corte distrettuale ha poi respinto l'eccezione in ordine alla mancata indicazione, nella proposta di scioglimento, degli amministratori responsabili dello scioglimento del consiglio comunale, rilevando che nella proposta si rinviene un espresso riferimento al sindaco del Comune di Ventimiglia e che in essa si dà atto che l'allegata relazione del prefetto del 4 gennaio 2012 costituisce parte integrante della proposta stessa. In questa relazione - ha osservato la Corte - si fa riferimento alle informazioni fornite dal Procuratore della Direzione distrettuale antimafia di Genova sulle frequentazioni del sindaco con la famiglia Ma., indicata come punto di riferimento per la locale malavita calabrese nel ponente ligure, e su come lo stesso sindaco avesse fortemente difeso la creazione della "Civitas" quale società in house del Comune di Ventimiglia, società tramite la quale sono stati affidati vari lavori alla cooperativa sociale "Marvon", direttamente riconducibile alla famiglia Ma..

Ad avviso della Corte d'appello, la circostanza che lo S. - poi rinviato a giudizio per il reato di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p. (concorso esterno in associazione mafiosa) - abbia tollerato ed accettato il conferimento del 70% delle opere appaltate nel 2008 alla cooperativa "Marvon" e si sia incontrato personalmente nel suo ufficio con il legale rappresentante di detta cooperativa per discutere dell'assegnazione di un lavoro sul mercato coperto del Comune, ricevendo anche dalla cooperativa un preventivo in proposito, prima di ogni deliberazione della giunta, consente di ravvisare elementi concreti, univoci e rilevanti sulla sussistenza di un particolare ed anomalo trattamento di favore riservato dal sindaco alla "Marvon" e, quindi, su collegamenti, quanto meno indiretti, del sindaco stesso con la criminalità organizzata di tipo mafioso, cui va ricondotta la "Marvon", ovvero su forme di condizionamento da parte di detta criminalità, e ciò a prescindere dalla violazione o meno della normativa sugli appalti pubblici.

3. Per la cassazione del decreto della Corte d'appello lo S. ha proposto ricorso, con atto notificato il 19 aprile 2014, sulla base di cinque motivi.

Vi ha resistito, con controricorso, il Ministero dell'Interno.

Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

In prossimità dell'udienza il ricorrente ed il Ministero hanno depositato memorie illustrative.

Considerato in diritto

1. Con il primo motivo si denuncia violazione del d.lgs. n. 267 del 2000, art. 143, commi 4 e 11, e degli artt. 72, 81, 737 e 738 c.p.c., il tutto in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3) e 4), nonché omesso esame circa il difetto di legittimazione "passiva" (recte: attiva) della Procura della Repubblica, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5. Il ricorrente deduce che l'atto introduttivo del procedimento è costituito nel caso di specie dal ricorso della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Sanremo e non dalla proposta ministeriale, con conseguente violazione, da un lato, della disposizione del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che conferisce esclusivamente al Ministro la legittimazione a chiedere la valutazione del Tribunale ai fini della dichiarazione di incandidabilità, e, dall'altro lato, delle norme del codice di rito che attribuiscono al pubblico ministero la facoltà di essere "sentito" nell'ambito del procedimento e non anche la legittimazione ad introdurlo. Di qui la prospettata nullità dell'intero procedimento e dei provvedimenti giudiziali che lo hanno definito, sta in prima che in seconda istanza, nonché l'erroneità del decreto della Corte d'appello che non ha rilevato tale nullità, e, in ogni caso, l'improponibilità e/o l'inammissibilità del ricorso introduttivo del procedimento, stante il difetto di legittimazione attiva della Procura della Repubblica. Nessun effetto di ratifica o di sanatoria dell'assenza di legittimazione attiva potrebbe essere attribuito, ad avviso del ricorrente, alla successiva costituzione in giudizio del Ministero dell'interno a mezzo dell'Avvocatura dello Stato.

1.1. Il motivo è infondato perché non tiene conto del concreto svolgimento del procedimento dinanzi al Tribunale di Sanremo.

1.2.1. Occorre premettere che l'art. 143 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - così come risultante dalla sostituzione operata dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 30, (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) - prevede lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o similare.

Dispone il citato art. 143, comma 1, che "i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando ... emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare degli amministratori ..., ovvero su forme di condizionamento degli stessi, tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad essi affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica".

Ai sensi del successivo comma 4, lo scioglimento è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, previa deliberazione del Consiglio dei ministri entro tre mesi dalla trasmissione della relazione del prefetto, ed è immediatamente trasmesso alle Camere. "Nella proposta di scioglimento sono indicati in modo analitico le anomalie riscontrate ed i provvedimenti necessari per rimuovere tempestivamente gli effetti più gravi e pregiudizievoli per l'interesse pubblico; la proposta indica, altresì, gli amministratori ritenuti responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento".

In questo contesto si colloca la previsione, nel comma 11 dello stesso art. 143, dell'incandidabilità temporanea degli "amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento" del consiglio dell'ente locale. Costoro "non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo

scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo”. Il citato comma 11, detta anche la disciplina del procedimento giurisdizionale rivolto alla dichiarazione della incandidabilità degli amministratori responsabili. Vi si prevede infatti che “ai fini della dichiarazione d’incandidabilità il Ministro dell’Interno invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4, al tribunale competente per territorio, che valuta la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa. Si applicano, in quanto compatibili, le procedure di cui al libro 4°, titolo 2°, capo 6°, del codice di procedura civile”.

1.2.2. Dal tenore letterale della disciplina legislativa emerge che lo speciale procedimento camerale destinato a valutare la responsabilità degli amministratori e i loro collegamenti inquinanti e ad amputare cautelativamente, con la dichiarazione di incandidabilità, i rischi di proiezioni criminali nel primo turno elettorale successivo allo scioglimento che si svolge nel perimetro regionale di riferimento dell’ente disciolto, inizia con l’invio, da parte del Ministro dell’interno, della proposta di scioglimento al tribunale competente per territorio.

È esatto che il procedimento giurisdizionale in questione si svolge - per espresso richiamo normativo - secondo la procedura camerale ex art. 737 c.p.c. e ss., e che proprio l’art. 737 c.p.c., il quale apre il capo VI recante le “Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio”, prevede che “i provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso al giudice competente”, e quindi richiede che la domanda assuma la forma del ricorso contenente i requisiti menzionati nell’art. 125 c.p.c..

Ma il legislatore - pur disponendo l’applicazione, “in quanto compatibili”, delle “procedure di cui al libro 4°, titolo 2°, capo 6°, del codice di procedura civile” - ha dettato, espressamente, una diversa forma di introduzione del procedimento de quo. Prevedendo che “ai fini della dichiarazione d’incandidabilità il Ministro dell’Interno invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4, al tribunale competente per territorio”, il citato art. 143, comma 11, non solo affida al Ministro dell’Interno la legittimazione attiva, ma anche individua nella trasmissione della proposta di scioglimento avanzata dallo stesso Ministro l’atto introduttivo del procedimento.

Si è quindi di fronte ad una forma speciale di instaurazione del giudizio, destinato poi a svolgersi - una volta appunto introdotto secondo le prescrizioni dettate dalla norma - nelle forme del rito in camera di consiglio.

Si tratta di una scelta legislativa coerente con la natura e il contenuto della proposta ministeriale e, al contempo, con le finalità del rimedio della incandidabilità.

Per un verso, infatti, la proposta di scioglimento del Ministro dell’Interno non solo indica le anomalie riscontrate e i provvedimenti necessari per rimuovere tempestivamente gli effetti più gravi e pregiudizievoli per l’interesse pubblico, ma contiene anche la menzione degli amministratori ritenuti responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento: di qui l’idoneità di detta proposta del Ministro, in quanto recante i nominativi degli amministratori responsabili e le ragioni della loro dedotta responsabilità, a fungere, una volta inviata al tribunale competente ai fini della dichiarazione d’incandidabilità di detti amministratori, da atto di impulso del relativo procedimento giurisdizionale.

Per l’altro verso, occorre considerare che l’incandidabilità temporanea e territorialmente delimitata rappresenta una misura interdittiva volta a rimediare al rischio che quanti abbiano cagionato il grave dissesto possano aspirare a ricoprire cariche identiche o simili a quelle rivestite e, in tal modo, potenzialmente perpetuare l’ingerenza inquinante nella vita delle amministrazioni democratiche locali. Nel disegno normativo, pertanto, l’attitudine postulatoria

della proposta proveniente direttamente dalla parte sostanziale e la non necessità per l'Amministrazione dell'interno, ai fini dell'introduzione del procedimento, di versare gli elementi già contenuti in quella proposta in un atto di ricorso, si giustificano con l'esigenza di apprestare forme procedurali essenziali, in grado di permettere una risposta giurisdizionale il più possibile ravvicinata nel tempo. Risponde ad una logica di effettività del rimedio prefigurato dal legislatore il riservare alla stessa Autorità cui sono demandate le funzioni di formalizzare la proposta di scioglimento dell'organo elettivo dell'ente esposto a infiltrazioni della criminalità organizzata ovvero dalla stessa condizionato nel suo funzionamento, il compito anche di introdurre direttamente, con l'invio della proposta e dei relativi allegati, il procedimento giurisdizionale per la dichiarazione di incandidabilità dei componenti degli organi politici che abbiano provocato o concorso a provocare lo scioglimento dell'ente.

Né in senso contrario varrebbe il rilievo secondo cui il procedimento in questione, anche se costruito secondo il modello camerale, ha natura contenziosa, sicché l'atto introduttivo dovrebbe essere sottoscritto da un difensore (l'Avvocatura dello Stato), trovando in esso piena applicazione il principio dell'obbligatorietà della difesa tecnica, laddove il Ministro è privo di *ius postulandi*. Si tratta di obiezione che non considera la circostanza che, per regola generale (l. 23 dicembre 1966, n. 1147, art. 3, e, ora, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 22; in giurisprudenza: Sez. Un., 21 gennaio 1977, n. 312; Sez. I, 20 novembre 1979, n. 6062; Sez. I, 29 novembre 1983, n. 7154), nei giudizi elettorali non è necessario il ministero di avvocato e le parti - quindi anche la parte pubblica - possono stare in giudizio personalmente in ogni grado.

1.3. Tanto premesso sul piano della ricostruzione del quadro normativo, occorre rilevare che il ricorrente, nel denunciare la radicale nullità dell'intero procedimento, muove dalla considerazione che l'iniziativa per la dichiarazione di incandidabilità dello S., in conseguenza dello scioglimento del consiglio comunale di Ventimiglia, sarebbe stata assunta, invalidamente, dalla Procura della Repubblica di Sanremo anziché dal Ministro dell'Interno.

Ma si tratta di un rilievo erroneo.

Risulta infatti dagli atti che l'iniziativa del procedimento è stata assunta, in conformità della disciplina legislativa, dal Ministro dell'Interno, il quale ha inviato al competente Tribunale di Sanremo, "per le finalità di cui all'art. 143, comma 11, del d.lgs.", una nota con, allegate, la proposta di scioglimento del consiglio comunale con l'unita relazione del Prefetto di Imperia e la copia del decreto del Presidente della Repubblica con cui è stato disposto lo scioglimento del consiglio dell'ente locale.

Vero è che, ricevuta in data 17 marzo 2012 la detta nota ministeriale, il Presidente del Tribunale di Imperia ha trasmesso gli atti al Procuratore della Repubblica per le sue determinazioni, e che quest'ultimo, anziché limitarsi ad esprimere il parere ai sensi dell'art. 738 c.p.c., comma 2, ha proposto a sua volta un ricorso per la dichiarazione di incandidabilità, tra gli altri, dello S., già indicato, nell'atto del Ministro inoltrato al Tribunale, come responsabile delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento.

Ma, poiché al ricorso del Procuratore della Repubblica devono riconoscersi natura e funzione di sollecitazione della trattazione in sede camerale dell'atto ministeriale di avvio del procedimento, questa duplicazione e sovrapposizione di iniziative non ha posto nel nulla il già avvenuto esercizio, da parte del soggetto - il Ministro dell'Interno - a ciò legittimato, del potere di provocare il provvedimento del giudice. E neppure ha inficiato la ritualità del contraddittorio, essendosi questo instaurato anche sulla proposta del Ministro e sui relativi allegati, ciò che ha consentito al destinatario della stessa - costituitosi in giudizio davanti al Tribunale a seguito della notifica ad esso effettuata del provvedimento con cui il Tribunale fissava l'udienza di

comparizione - di avere piena contezza dei fatti addebitatigli e della richiesta del Ministro, nei suoi confronti, della misura della incandidabilità, avendo d'altra parte lo S. ottenuto termine a difesa a seguito della presentazione in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato, in rappresentanza del Ministero, di memoria con cui è stato ribadito quanto contenuto nell'atto di instaurazione del procedimento.

2. Il secondo mezzo censura "violazione del d.lgs. n. 267 del 2000, art. 143, commi 4 e 11, sotto diverso profilo; difetto assoluto di giurisdizione; violazione degli artt. 99 e 101 c.p.c., nonché artt. 51 e 111 Cost., il tutto in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 1), 3) e 4)". Ad avviso del ricorrente, il fatto che nella proposta ministeriale o anche nella relazione prefettizia alla stessa allegata si faccia "espreso riferimento" allo S., non significa che lo stesso sia stato poi "indicato" - come non lo è stato - dal Ministro dell'Interno come amministratore del disciolto consiglio comunale di Ventimiglia nei confronti del quale chiedere al Tribunale la dichiarazione di incandidabilità, mancando d'altro canto, nella stessa prospettazione ministeriale o prefettizia, finanche l'indicazione delle ragioni per le quali lo S. avrebbe dovuto essere dichiarato incandidabile. Si sostiene che, essendo mancata detta indicazione, si è finito con l'attribuire alla Procura della Repubblica un potere costituente prerogativa esclusiva del Ministro dell'Interno, essendosi consentito che, dai riferimenti agli amministratori come riportati nell'atto ministeriale e in quello prefettizio, potesse desumersi in via interpretativa che la volontà del Ministro fosse quella di chiedere la declaratoria di incandidabilità dello S., piuttosto che degli altri amministratori cui pure in detti provvedimenti si faceva riferimento.

La Corte d'appello e, in precedenza, il Tribunale, attraverso l'attività ermeneutica posta in essere per "individuare" nello S. l'amministratore che avrebbe dovuto essere ma che non è stato "indicato" dal Ministro dell'Interno nella propria proposta di scioglimento del consiglio comunale di Ventimiglia ai fini della relativa dichiarazione di incandidabilità, sarebbero incorsi in difetto assoluto di giurisdizione, avendo sostituito la propria attività a quella - provvedimento - dell'Amministrazione.

Sarebbero violati anche il principio della domanda, il principio della regolare instaurazione del contraddittorio e quello del giusto processo, applicabili nei procedimenti in camera di consiglio quando vengono in rilievo veri e propri diritti soggettivi, tra cui quello, di rilevanza costituzionale, di elettorato passivo.

2.1. - Il motivo è infondato, non essendo configurabile alcuna indebita invasione di un campo riservato all'iniziativa ed all'azione della pubblica amministrazione, giacché la valutazione della sussistenza, ad opera dell'autorità giurisdizionale investita della pertinente richiesta del Ministro, della sussistenza degli elementi per la dichiarazione di incandidabilità è stata effettuata con riferimento ad un amministratore - il sindaco di Ventimiglia - indicato nella proposta del Ministro, e nella relazione del prefetto che ne costituisce parte integrante, come responsabile delle condotte che hanno dato luogo allo scioglimento del consiglio comunale di quella città. Invero, la proposta di scioglimento contiene l'indicazione del sindaco S. come responsabile del degrado amministrativo del Comune di Ventimiglia, determinato ed alimentato dal clima di condizionamento mafioso; la relazione del prefetto di Imperia (in particolare nel paragrafo 3, dedicato all'analisi di "compromissioni, interferenze e condizionamenti in contratti, appalti, autorizzazioni") fa espreso riferimento al sindaco come soggetto che "quale vertice dell'amministrazione comunale e socio unico della Civitas, condivideva certamente con il presidente del consiglio di amministrazione tutte le decisioni più importanti della società", rilevando come la stessa formulazione dello statuto sociale della "Civitas" fosse stata concepita per porre il sindaco al centro di tutte le scelte strategiche; la medesima relazione del prefetto ri-

chiama, ancora, le informazioni fornite dal Procuratore della Direzione distrettuale antimafia di Genova sulle frequentazioni del sindaco con la famiglia Ma. (indicata come punto di riferimento per la locale malavita calabrese nel ponente ligure), informazioni che avevano trovato conferma in ulteriori evidenze investigative, in particolare nella circostanza che lo stesso sindaco aveva fortemente difeso la creazione della "Civitas" quale società in house del Comune, tramite la quale sono stati affidati vari lavori alla cooperativa sociale "Marvon" (direttamente riconducibile alla famiglia Ma.).

3. Il terzo motivo (violazione del d.lgs. n. 267 del 2000, art. 143, comma 11, sotto ulteriore profilo; violazione dell'art. 737 c.p.c. e ss.; difetto assoluto di giurisdizione sotto altro profilo, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 1 e 3) lamenta che il decreto impugnato abbia attribuito valenza decisiva ai fini della declaratoria di incandidabilità ad elementi "eteronomi" rispetto a quelli di cui alla proposta di scioglimento. Il ricorrente sostiene che, a parte qualche sporadico richiamo alla relazione prefettizia che accompagnava la proposta ministeriale, gli elementi sulla base dei quali è stata ravvisata l'esistenza di contatti tra il ricorrente e la consorteria di stampo mafioso radicata nel territorio del Comune di Ventimiglia sarebbero stati desunti dall'ordinanza dei GIP di Genova del 22 novembre 2012 e, più in generale, dalle risultanze del procedimento in cui detto provvedimento era stato assunto. Siffatto *modus procedendi* costituirebbe la riprova che né nella proposta ministeriale, né nella allegata relazione prefettizia erano indicati gli amministratori nei cui confronti doveva farsi luogo alla declaratoria di incandidabilità e precisate le ragioni per le quali la stessa si imponeva. La proposta ministeriale, seppure avente la funzione di introdurre il procedimento giudiziale in esame, resterebbe pur sempre un atto amministrativo, costituente prerogativa esclusiva dell'Amministrazione statale; e questo provvedimento - si rileva - finirebbe per essere inammissibilmente integrato e/o modificato nel suo contenuto, se fosse consentito al giudice civile di pronunciare l'incandidabilità degli amministratori sulla base di elementi acquisiti aliunde e/o sopravvenuti rispetto ad esso, perché si finirebbe per consentire al potere giurisdizionale di invadere i confini del potere amministrativo, con conseguente difetto assoluto di giurisdizione.

3.1. Anche questa censura è priva di fondamento.

Nel procedimento camerale di cui all'art. 143, comma 11, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il tribunale - chiamato a valutare, ai fini della dichiarazione di incandidabilità, la sussistenza della responsabilità degli amministratori in ordine alle condotte che hanno dato causa allo scioglimento - forma il proprio convincimento, non solo sulla base degli elementi già contenuti nella proposta di scioglimento del Ministro dell'Interno e nella allegata relazione del prefetto, ma anche prendendo in esame le risultanze probatorie acquisite, nel contraddittorio tra le parti, nel corso del procedimento; pertanto, correttamente i giudici del merito hanno ritenuto che il collegamento del sindaco con la criminalità organizzata e l'incidenza di questa sul procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi fossero suffragati dalla sopravvenuta ordinanza di custodia cautelare emessa dai giudici per le indagini preliminari, prodotta nel procedimento camerale, e dalle deposizioni di cui si dà atto nella stessa.

4. Con il quarto motivo (violazione del d.lgs. n. 267 del 2000, art. 143, commi 1 e 11, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3; violazione degli artt. 27 e 53 Cost.; in via subordinata: illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 267 del 2000, art. 143, commi 1 e 11, in relazione agli artt. 27 e 53 Cost., recte art. 51, Cost.) - premesso che la declaratoria di incandidabilità dello S. si è venuta a fondare essenzialmente sulla circostanza che una società in house del Comune, non oggetto di puntuale controllo e di adeguati indirizzi operativi da parte dell'ente di cui co-

stituiva un semplice braccio operativo e del suo vertice politico, aveva affidato un gran numero di commesse senza gare ad una cooperativa, la "Marvon", controllata da consorceria di stampo mafioso radicatasi nel territorio di Ventimiglia - si censura il decreto impugnato per avere riconosciuto la sussistenza di un collegamento tra lo S. e il predetto sodalizio criminale senza verificare se sussistevano elementi gravi, precisi e concordanti che dimostrassero che il sindaco fosse consapevole della predetta circostanza (e del fatto che l'amministratore della cooperativa con il quale aveva avuto diversi incontri fosse a tutti gli effetti affiliato alla predetta consorceria di stampo mafioso).

Secondo il ricorrente, non sarebbe consentito precludere l'esercizio del diritto, costituzionalmente garantito, di elettorato passivo, per il mero fatto che siano state - seppur in ipotesi illegittimamente - affidate commesse pubbliche (per effetto e in conseguenza, peraltro, di provvedimenti amministrativi dirigenziali o di deliberazioni giuntali) a una cooperativa che il sindaco ignorava essere riconducibile alla criminalità organizzata.

Con il quinto motivo (falsa applicazione dell'art. 143, commi 1 e 11, sotto altro profilo, nonché del d.lgs. n. 267 del 2000, artt. 4 e 107, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3) ci si duole che la Corte d'appello abbia ritenuto, al contrario del primo giudice, che il sindaco, proprio per la sua posizione apicale all'interno del Comune, era ben in grado di influenzare e condizionare la formazione della volontà dell'ente pubblico. Ad avviso del ricorrente, l'asserita idoneità ad influenzare i dipendenti dell'ente locale e gli organi elettivi che discenderebbe dalla carica di sindaco, mai potrebbe avere una portata tale da coartare e comunque alterare il procedimento formativo della volontà degli organi elettivi e amministrativi dell'ente locale.

4.1. I due motivi - i quali, stante la loro continuità logica ed argomentativa, possono essere esaminati congiuntamente - sono infondati, per la parte in cui non sono inammissibili.

Il decreto impugnato enumera una serie di elementi, analiticamente descritti, concretamente ed univocamente rilevatori della sussistenza di un particolare ed anomalo trattamento di favore riservato dal sindaco S., tramite la società in house "Civitas", alla cooperativa "Marvon", riconducibile alla famiglia Ma., referente della criminalità organizzata calabrese nel ponente ligure: elementi ritenuti - con congruo e logico apprezzamento, affidato ad una motivazione accurata e minuziosa - denotativi di responsabilità causativa dello scioglimento del consiglio comunale, che di per sé giustifica la sanzione della incandidabilità.

I motivi si risolvono, per un verso, in una inammissibile confutazione, nel merito, delle valutazioni operate dalla Corte territoriale.

Né, in particolare, ha rilievo la circostanza che, secondo quanto riferito nella memoria illustrativa del ricorrente e ribadito in sede di discussione del ricorso, lo S. sarebbe stato poi assolto dal Tribunale di Genova dal reato di concorso esterno in associazione mafiosa perché gli elementi acquisiti in sede penale "non consentono in alcun modo di dimostrare che l'imputato fosse consapevole del fatto che dietro la cooperativa Marvon si celassero soggetti appartenenti all'associazione di stampo ndranghetistico".

Invero, non solo il procedimento giurisdizionale volto alla dichiarazione di incandidabilità è autonomo rispetto a quello penale, ma anche diversi ne sono i presupposti, perché la misura interdittiva di cui all'art. 143, comma 11, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali non richiede che la condotta dell'amministratore integri gli estremi dell'illecito penale di (partecipazione ad associazione mafiosa o) di concorso esterno nella stessa: perché scatti l'incandidabilità alle elezioni, rileva la responsabilità dell'amministratore nel grave stato di degrado amministrativo causa di scioglimento del consiglio comunale, e quindi è sufficiente che sussista, per colpa dello stesso amministratore, una situazione di cattiva gestione della

cosa pubblica, aperta alle ingerenze esterne e asservita alle pressioni inquinanti delle associazioni criminali operanti sul territorio. Ed è quello che, appunto, la Corte d'appello ha accertato essersi verificato, quando ha sottolineato il mancato esercizio, da parte del sindaco S., del potere-dovere di indirizzo e controllo sull'operato degli amministratori della "Civitas", omissioni concretizzatesi in un atteggiamento di indubbia accettazione del particolare ed anomalo trattamento di favore riservato alla "Marvon".

D'altra parte, la proposta eccezione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 27 e 51 Cost., dell'art. 143, comma 11, del testo unico, è manifestamente infondata, giacché la misura interdittiva della incandidabilità dell'amministratore responsabile delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento del consiglio comunale conseguente a fenomeni di infiltrazione di tipo mafioso o simile nel tessuto istituzionale locale, privando temporaneamente il predetto soggetto della possibilità di candidarsi nell'ambito di competizioni elettorali destinate a svolgersi nello stesso territorio regionale, rappresenta un rimedio di extrema ratio volto ad evitare il ricrearsi delle situazioni che la misura dissolutoria ha inteso ovviare, e a salvaguardare così beni primari dell'intera collettività nazionale - accanto alla sicurezza pubblica, la trasparenza e il buon andamento delle amministrazioni comunali nonché il regolare funzionamento dei servizi loro affidati, capaci di alimentare la "credibilità" delle amministrazioni locali presso il pubblico e il rapporto di fiducia dei cittadini verso le istituzioni -, beni compromessi o messi in pericolo, non solo dalla collusione tra amministratori locali e criminalità organizzata, ma anche dal condizionamento comunque subito dai primi, non fronteggiabile, secondo la scelta non irragionevolmente compiuta dal legislatore, con altri apparati preventivi o sanzionatori dell'ordinamento.

5. Il ricorso è rigettato.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

Risultando dagli atti che il procedimento in esame è considerato esente dal pagamento del contributo unificato, non si deve far luogo alla dichiarazione di cui all'art. 13, comma 1-quater, del testo unico approvato con il d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso delle spese processuali sostenute dal controricorrente Ministero, che liquida in complessivi €. 3.500 per compensi, oltre alle spese prenotate a debito.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 27 gennaio 2015.

Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2015.

Danno da emotrasfusioni: Quando inizia la responsabilità del Ministero della Salute?

NOTA A CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, SENTENZA 22 GENNAIO 2015 N. 1136

*Francesco Molinaro**

SOMMARIO: 1. Origini e prime pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità da emotrasfusioni - 2. I tre orientamenti prospettati dalla giurisprudenza per accertare la responsabilità in capo al Ministero - 3. È ammissibile la congiunta attribuzione dell'indennizzo ex l. 210/1992 e del risarcimento del danno - 4. La prescrizione dei danni da emotrasfusioni.

1. Origini e prime pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità da emotrasfusioni.

La problematica inerente al danno da emotrasfusioni è sorta di recente nel mondo del diritto, in quanto ha avuto origine negli anni settanta ed ottanta, a causa dell'importazione in Italia di sacche di sangue da paesi di dubbia sicurezza.

Con le trasfusioni di sangue infetto si possono veicolare i seguenti virus: HBV (epatite B), HCV (epatite C) e HIV (Aids), i quali si possono definire “*virus lungolatenti*”, cioè virus che possono rimanere asintomatici per lungo tempo e manifestarsi a distanza di molti anni dalla trasfusione. Ciò ha comportato che i primi casi di contenzioso civile, in materia di emoderivati, si sono avuti sul finire degli anni novanta del secolo scorso (1).

La frequenza delle trasfusioni rendeva quasi impossibile l'individuazione dei responsabili della violazione tra i medici e le strutture ospedaliere. Quindi le vittime della trasfusione, nell'agire in giudizio, citavano il Ministero della Salute per aver omesso di predisporre idonei metodi di controllo sull'uso degli emoderivati, sulla loro produzione o commercializzazione, nonché per non aver effettuato un'indagine anamnestica sui donatori di sangue (2).

La prima sentenza in tema di danno da emotrasfusioni si è avuta nel 1998 (3). In essa, il Tribunale di Roma ha condannato il Ministero della Salute per danni materiali, morali, biologici e alla vita di relazione patiti da 385 emofilici e talassemici contagiati, a causa del mancato controllo o della mancata vigilanza sulle trasfusioni di sangue o sull'assunzione di farmaci emoderivati infetti (4).

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

(1) R. PARTISANI, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con D.M. 28 aprile 2009, n. 132*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 486.

(2) G. MONTANARI VERGALLO - P. FRATI, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, p. 39.

(3) Trib. Roma, sez. I, 27 novembre 1998, n. 21060.

(4) R. PARTISANI, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con D.M. 28 aprile*

In tale sentenza il tribunale romano ha ritenuto responsabile il Ministero in base agli artt. 2043, 2049 e 2050 del codice civile.

La responsabilità ex art. 2049 c.c. è stata ravvisata nel potere riconosciuto al Ministero di controllare l'operato delle strutture e dei dipendenti, in virtù di un rapporto di dipendenza tra il Ministero e questi.

La responsabilità ex art. 2050 c.c. è stata ravvisata nella pericolosità insita nell'effettuare le trasfusioni e nel trasportare le sacche di sangue, gestita da strutture soggette all'attività di vigilanza del Ministero (5).

Tuttavia, la successiva giurisprudenza si è, unanimemente, orientata nell'escludere la responsabilità ex artt. 2049 e 2050 c.c.

I motivi inerenti l'esclusione di tale responsabilità, in capo al Ministero, sono stati sapientemente esposti nella sentenza n. 15605/2006 del tribunale di Roma, laddove si è affermato: *“tra gli enti (unità sanitarie locali, ospedali, ecc., tutti dotati di autonoma personalità giuridica) che hanno provveduto all'effettiva somministrazione degli emoderivati nell'ambito del servizio sanitario nazionale ed il Ministero, non sussiste un rapporto di dipendenza ovvero di committenza che possa giustificare l'applicazione dell'art. 2049 c.c., sicché improprio è il richiamo alla suddetta disposizione. Ugualmente improprio è il fugace riferimento all'art. 2050 c.c. Attività pericolosa non è quella del Ministero che, come si vedrà, esercita la vigilanza in materia sanitaria e di uso dei derivati del sangue, ma semmai quella dei soggetti direttamente coinvolti nella produzione e commercializzazione dei prodotti ... La domanda deve essere, pertanto, qualificata ai sensi dell'art. 2043 c.c., come implicitamente si deduce dalla dedotta responsabilità del Ministero per avere, in violazione del principio del *neminem ledere* e, quindi, colposamente omesso di vigilare sulla sicurezza del sangue e degli emoderivati”* (6).

Quindi, si deve escludere la responsabilità ex art. 2049 c.c. in quanto tra il Ministero e tali strutture (U.s.l., Ospedali) non è ravvisabile un rapporto di dipendenza o committenza dato che, quest'ultime, sono dotate di piena autonomia, capacità e responsabilità (7).

Si deve escludere anche la responsabilità ex art. 2050 c.c., in quanto l'attività esercitata, seppure pericolosa, non può ritenersi rilevante alla stregua di tale articolo, poiché la pericolosità delle attività, inerenti alla trasfusione, non si dovrebbe riferire al Ministero, ma alle strutture che materialmente partecipano alla produzione o commercializzazione di emoderivati (ad es. le case farmaceutiche).

2009, n. 132, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 487.

(5) D. GIANTI, *“Danno da emotrasfusione e questioni di legittimazione passiva: quando un errore costa caro”*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 1065.

(6) F. CAPONI - A. LO RUSSO, *La tutela del danno da emotrasfusioni in giurisprudenza*, in *Il difensore civico della Toscana*, <http://www.itmnewday.it>, p. 17

(7) A. BONUOMO, *Dei danni da emotrasfusioni e delle relative responsabilità*, in *Ragiusan*, 2008, p. 143.

Tale orientamento è stato espresso dalla Suprema Corte nel caso “*Trilergan*”, avente ad oggetto un farmaco che ha provocato infezioni da virus HBV (8).

Alla luce di tale orientamento, la natura della responsabilità del Ministero è extracontrattuale e si basa solo sull'art. 2043 c.c.

2. I tre orientamenti prospettati dalla giurisprudenza per accertare la responsabilità in capo al Ministero.

Assodato che il Ministero della Salute può essere responsabile solo in base all'art. 2043 c.c., a causa dell'omesso controllo sulle trasfusioni di sangue, è importante individuare da quando il Ministero, in base alle conoscenze scientifiche acquisite, si potrà considerare responsabile.

La giurisprudenza ha prospettato tre orientamenti per indicare la data, a partire dalla quale, sorge la responsabilità in capo al Ministero.

Il primo orientamento è quello espresso dalla Corte di Cassazione, nella prima causa affrontata sui danni da emotrasfusioni.

Nella sentenza n. 11609/2005 la Suprema Corte ha affermato, successivamente alla data di scoperta dei virus emotrasmissibili, la responsabilità colposa del Ministero della Salute. La responsabilità è stata ravvisata nell'omissione di un dovere istituzionale di direzione, autorizzazione e sorveglianza sul sangue importato o prodotto per emotrasfusioni e sugli emoderivati, in quanto sul Ministero incombe un dovere di controllo e di predisposizione dei relativi "test" diagnostici, una volta raggiunte le necessarie conoscenze sulle singole patologie.

Quindi è stata riconosciuta la responsabilità in capo al Ministero a partire dalla data di scoperta di ciascun virus da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Per l'HBV sarà responsabile a partire dal 1978, per l'HIV a partire dal 1985 e per l'HCV a partire dal 1988.

Il richiamo alla data di scoperta dei virus ha la funzione di tenere responsabile il Ministero solo per le trasfusioni successive alla piena conoscenza delle malattie trasmissibili e dei relativi test di identificazione.

Quindi, prima di tali date, si conosceva solo che il sangue potesse veicolare dei virus ma, non essendo stato ancora riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, era impossibile accertare se il sangue fosse infetto e se, qualora lo fosse, avesse potuto portare il paziente a sviluppare quelle patologie che, solo sul finire degli anni Ottanta, furono conosciute e accertate con precisione (9).

Questa lettura è conforme a quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giuri-

(8) A. BONUOMO, *Dei danni da emotrasfusioni e delle relative responsabilità*, in *Ragiusan*, 2008, p. 143.

(9) G. MONTANARI VERGALLO - P. FRATI, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, p. 39.

sprudenza, in relazione agli elementi dell'illecito civile, poiché esclude la responsabilità del Ministero prima della scoperta dei virus emotrasmissibili, in quanto manca sia il nesso causale sia la colpa.

Infatti, all'interno delle serie causali, si deve dare rilievo solo a quelle che “*nel momento in cui si produce l'omissione non appaiono del tutto inverosimili, tenuto conto della norma comportamentale o giuridica, che imponeva l'attività stessa*” (10).

Quindi, adottando la teoria della causalità materiale, il Ministero sarà responsabile solo quando la scienza medica abbia raggiunto le necessarie conoscenze sulla certezza delle diagnosi e sugli opportuni rimedi da adottare (11). Di conseguenza, nessun rimprovero può essere mosso al Ministero per la mancata conoscenza di ciò, che anche la scienza medica ignorava (12).

Un secondo orientamento ritiene, invece, che il Ministero della Salute sia responsabile a partire dai primi anni Settanta (13), poiché ritiene irrilevante la possibilità di identificare il singolo virus o i test idonei ad individuarlo, in quanto ciò che conta è la conoscenza circa la pericolosità del sangue come veicolo di infezioni (14).

Questo orientamento pone a sostegno delle proprie ragioni le seguenti disposizioni: la circolare ministeriale n. 50/1966, la c.d. “*circolare Mariotti*”, che vietava l'uso di sangue umano per eseguire trasfusioni di sangue in soggetti che avevano i valori delle transaminasi superiori a una certa unità (15), e la l. 592/1967 in base alla quale il Ministero doveva emanare le direttive tecniche, relative all'organizzazione, al funzionamento ed al coordinamento dei servizi inerenti la raccolta, preparazione, conservazione e distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale e la correlativa vigilanza, nonché il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per scopo terapeutico.

Inoltre, riteneva che, già sul finire degli anni sessanta, le conoscenze scientifiche raggiunte erano tali da imporre, nell'attività di prelievo e raccolta del sangue, l'adozione di specifiche cautele, idonee a ridurre in misura apprezzabile il rischio di contagio da trasfusione (16).

(10) Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2005 n. 11609.

(11) A. BONUOMO, *Dei danni da emotrasfusioni e delle relative responsabilità*, in *Ragiusan*, 2008, p. 144.

(12) R. PARTISANI, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con D.M. 28 aprile 2009, n. 132*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 489.

(13) G. F. AIELLO, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 1757.

(14) A. MANTALERO, *Lo Stato co-autore del danno: il caso dei medicinali e dei danni da trasfusione tre variazioni sul tema: uranio impoverito, emoderivati e vajont*, Torino, 2013, p. 98.

(15) F. GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 841.

Di conseguenza riteneva responsabile il Ministero poiché, sin dalle emanazioni di tali disposizioni, avrebbe dovuto effettuare un controllo sulle sacche di sangue importate, in virtù della sua posizione e delle conoscenze scientifiche raggiunte circa la pericolosità delle trasfusioni (17).

Quindi l'adozione di alcune misure precauzionali, come il divieto alla donazione di sangue da parte di coloro che presentavano valori alterati nelle transaminasi o maggiori controlli nei confronti di coloro che provenivano da Stati ritenuti ad alto rischio, avrebbe consentito di ridurre il rischio di diffusione di tali malattie, in quanto si era a conoscenza dell'idoneità del sangue a veicolare malattie (18).

L'orientamento che riconosce la responsabilità del Ministero della Salute a partire dai primi anni settanta ha avuto riscontro in una sentenza del Tribunale di Milano del 2007 (19).

In tale sentenza il Tribunale lombardo ha addirittura affermato che, a seguito di pareri scientifici, il primo caso di trasmissione di epatite C risale al 1938.

Il Tribunale di Milano ritiene che, nonostante l'epatite C sia stata ufficialmente riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità solo nel 1988, prima degli anni settanta, si conosceva la possibilità che il sangue potesse veicolare tale virus (seppur definito epatite non-A e non-B), quindi si sarebbero potute porre in essere misure precauzionali idonee, se non ad evitare l'evento lesivo, quanto meno a ridurlo (20).

Tale orientamento parametrata la prevedibilità ed evitabilità dell'integrità fisica alla posizione di privilegio ricoperta dal Ministero, che non è solo tenuto all'attività di vigilanza e controllo ma è il referente della scienza medica italiana (21).

L'ultimo orientamento è quello adottato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che nel 2008, in ben dieci sentenze correlate, hanno ritenuto responsabile il Ministero a partire dal 1978, affermando che: *“In tema di patologie conseguenti ad infezione con i virus HBV (epatite B), HIV (AIDS) e HCV (epatite C) contratti a causa di assunzione di emotrasfusioni o di emoderivati con sangue infetto, non sussistono tre eventi lesivi, bensì un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato) in conseguenza dell'assunzione di sangue infetto; ne consegue che già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B ... sussiste la responsabilità del Ministero*

(16) G. MONTANARI VERGALLO - P. FRATI, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, p. 39.

(17) A. IVOLELLA, *Trasfusioni con sangue infetto, e poi la morte. L'ospedale è responsabile*, in *Diritto e giustizia*, 2011, p. 287.

(18) F. CAPONI - A. LO RUSSO, *La tutela del danno da emotrasfusioni in giurisprudenza*, in *Il difensore civico della Toscana*, <http://www.itmnewday.it>, p. 25.

(19) Trib. Milano, sez. X 10 settembre 2007, n. 10104.

(20) S. PERON, *Il risarcimento del danno alla salute da emoderivati*, in *Foro Padano*, 2007, p. 567.

(21) F. GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 846.

della salute, sia pure col limite dei danni prevedibili, anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo” (22).

In base all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, i virus dell'HBV, dell'HCV e dell'HIV non costituiscono tre distinti eventi lesivi ma un unico evento lesivo. Quindi il Ministero è responsabile a partire dalla data in cui l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha riconosciuto l'HBV (1978), poiché gli altri due virus colpendo sempre il fegato, ed avendo una struttura simile non configurano eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazione patologiche del medesimo evento lesivo.

Questo orientamento ha costituito il punto di riferimento a cui si è conformata la successiva giurisprudenza, affermando una presunzione di responsabilità in capo al Ministero. In base a tale presunzione, dalla conoscenza del primo virus avvenuta nel 1978, il Ministero sarà anche responsabile per gli altri due virus, in quanto, essendo forme della stessa lesione all'integrità fisica, la conoscenza dell'HBV avrebbe consentito di evitare o ridurre il pericolo di contrazione anche per i virus HIV e HCV.

La *ratio* seguita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è che i virus HBV, HIV e HCV hanno effetti simili, in quanto colpiscono il fegato e chi ne è affetto presenta elevati livelli di transaminasi. Di conseguenza a partire dalla scoperta dell'HBV, proprio per la similarità tra questi, il Ministero sarebbe potuto intervenire, ad esempio vietando a queste persone di donare, così da evitare anche la trasmissione dei virus dell'HIV e HCV.

In tale sentenza la Suprema Corte ha adottato la teoria della regolarità causale per individuare la responsabilità del Ministero.

In base alla teoria della regolarità causale, la responsabilità non si estende ai danni che non potevano prevedersi come regolare svolgimento causale in base ad un giudizio *ex ante* (23).

Tuttavia parte della giurisprudenza, in alcune pronunce, ha condiviso un diverso orientamento ritenendo che, mentre nel diritto penale l'autore del fatto non può essere ritenuto responsabile per eventi imprevedibili, un'analoga limitazione non è ravvisabile nel diritto civile, poiché il diritto civile non è volto a punire il reo ma a risarcire la vittima per l'ingiusto danno subito. Di conseguenza, tale giurisprudenza, ha ricompreso tra i danni risarcibili anche gli eventi dannosi non prevedibili (24).

Alla luce dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il 1978 sembra essere l'anno che fa da spartiacque per la respon-

(22) Cass. Civ., Sez.Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

(23) F.P. PATTI - G.M. TANCREDI, *Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 143.

(24) C.M. BIANCA, *La responsabilità* V, Milano, 2012, p. 144.

sabilità del Ministero. Infatti, prima di tale data il Ministero non potrà essere considerato responsabile, in quanto non poteva esercitare alcun compito di vigilanza, poiché non si era riconosciuto nessuno dei virus emotrasmissibili e non si erano predisposti i relativi test. Viceversa, dopo il 1978, il Ministero sarà ritenuto responsabile poiché a seguito del riconoscimento dei virus da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, ed avendo acquisito le conoscenze necessarie, potrà esercitare le attività di controllo e di vigilanza (25).

Tuttavia nel 2015 sembra che l'opinione in merito alla responsabilità del Ministero sui danni emotrasmissibili stia nuovamente mutando. Infatti la Corte di Cassazione nella sentenza n. 1136/2015 ha ripreso il primo orientamento della Corte di Cassazione, espresso nella sentenza n. 11609/2005.

La Suprema Corte, infatti, distingue i tre virus considerando che essi danno luogo non a un'unica lesione, ma a tre diverse lesioni, in quanto, nonostante tutti e tre colpiscono il fegato e presentino elementi in comune, costituiscono tre malattie diverse, che derivano da ceppi diversi e richiedono cure diverse, ma soprattutto comportano effetti diversi in ordine al decorso della malattia e alla cronicizzazione della stessa (26).

Nella sentenza n. 1136/2015, innanzitutto, si afferma che le Sezioni Unite nel 2008 considerando che i principi generali regolanti la causalità materiale sono gli art. 40 e 41 del codice penale e quelli della regolarità causale, con l'eccezione che, mentre nel penale vale la regola probatoria "dell'oltre ragionevole dubbio", in sede civile vale quella "del più probabile che non", (27) si dovrebbe verificare se una volta accertata l'omissione dell'attività a cui era tenuto il Ministero della Salute ed accertata la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso il sangue infetto ed accertata la patologia di HBV, HIV e HCV nel soggetto emotrasfuso si possa ritenere, in assenza di fattori alternativi, che l'insorgenza della malattia sia conseguenza dell'omissione del Ministero della Salute.

La Suprema Corte ha quindi affermato che: *"i tre virus sono diversi e diversa è la metodica di individuazione e la possibilità di individuarli"* e *valorizzando l'assenza di colpa del Ministero - è pervenuta a conclusioni perfettamente coerenti con i principi affermati da questa Corte, atteso che non si è affatto limitata a rilevare che i markers dell'epoca dei fatti per cui è causa (1971) non potevano portare all'individuazione dei soggetti a rischio secondo un grado di probabilità sufficiente, ma ha anche, rilevato che alla stessa data non era stato individuato né il virus HCV (contratto dal ricorrente), né il virus*

(25) S. OLIARI, *Ancora in tema di trasfusioni di sangue: danno e (nessuna) responsabilità*, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 888.

(26) F. CAPONI e A. LO RUSSO, *La tutela del danno da emotrasfusioni in giurisprudenza*, in *Il difensore civico della Toscana*, <http://www.itmnewday.it>, p. 32.

(27) D. FRAGNOLI, *La responsabilità per danni da emotrasfusioni "l'azione ipotizzata ma omessa, avrebbe impedito l'evento?"*, Lezione del 19 maggio 2012, in <http://www.ordineavvocati.roma.it>.

HBV (il che equivale a dire che non c'era neppure la conoscenza del rischio del contagio dell'epatite B, ergo il rischio non era prevedibile). Si tratta di argomentazioni in fatto, sorrette da dati notori (e, invero, il virus dell'epatite B fu conosciuto alla metà degli anni 1970 e l'organizzazione mondiale della sanità l'ha ufficialmente riconosciuto solo nel 1978), mentre in precedenza si conosceva solo che il sangue poteva veicolare virus. Ciò comporta che va esclusa la regolarità causale tra il mancato controllo del Ministero e l'infezione da epatite C per l'emotrasfusione subita dalla parte istante proprio perché l'evento infettivo da detti virus (lesione del fegato) era all'epoca astrattamente inverosimile e, anzi, addirittura anche astrattamente sconosciuto. In sostanza mancava il nesso causale tra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo, giacché, per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali concorrenti nella produzione dell'evento, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della cd. causalità adeguata o quella simile della cd. regolarità causale”.

Quindi, prima del riconoscimento da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, non si può considerare responsabile il Ministero, in quanto, pur riconoscendo in capo ad esso il dovere di vigilanza, si deve sostenere che non poteva esercitarlo in concreto, poiché, non conoscendo l'esatta composizione molecolare, non avrebbe potuto rilevare attraverso un test di rilevazione diretta da imporre sul territorio nazionale, la presenza di virus nel sangue (28). Di conseguenza difettano gli elementi del nesso causale e della colpa.

3. È ammissibile la congiunta attribuzione dell'indennizzo ex l. 210/1992 e del risarcimento del danno.

Ulteriori problemi che ha suscitato la trasfusione di emoderivati, sebbene non menzionati nella sentenza n. 1136/2015, sono quelli della prescrizione e dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210/92.

I soggetti, vittime di trasfusioni infette, oltre all'azione di risarcimento danni, possono chiedere anche la corresponsione dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210 del 1992 a favore dei soggetti lesi irreversibilmente da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

Quindi la persona lesa, può invocare tre distinti rimedi:

1) il risarcimento del danno quando l'amministrazione ha posto in essere una condotta colposa;

2) l'equo indennizzo quando il danno non è dovuto da un fatto illecito ma in presenza di un obbligo legale;

(28) F. GRECO, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 1377.

3) l'indennizzo come misura di sostegno assistenziale in base agli art. 2 e 32 della Costituzione (29).

La prima ad ammettere la compatibilità dell'indennizzo con il risarcimento danni è stata la Corte Costituzionale. Essa è giunta a tale conclusione, facendo leva sugli articoli 2 e 32 della Costituzione, in base ai quali si deve riconoscere un sostegno di tipo assistenziale a favore di tali soggetti.

Infatti la *ratio* di tale norma è quella di tutelare maggiormente la salute di queste persone nei casi in cui le conoscenze scientifiche non permettono di escludere al 100% la possibilità del contagio (30).

Inoltre, la compatibilità dell'indennizzo con il risarcimento del danno è giustificata anche dalla circostanza che essi siano totalmente differenti tra di loro in base ai presupposti, alle funzioni ed ai criteri di determinazione della somma dovuta (31).

In un primo momento la Corte di Cassazione, nella erogazione della somma, indennitaria e risarcitoria, nei confronti della vittima si era orientata nel negare la possibilità di esercitare il rimedio della "*compensatio lucri cum damno*".

Tuttavia, successivamente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che: "*la diversa natura giuridica dell'attribuzione indennitaria ex l. 210/1992 e delle somme liquidabili a titolo di risarcimento danni per il contagio da emotrasfusione infetta da H.I.V ed H.C.V., non osta a che l'indennizzo corrisposto al danneggiato sia integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento, posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della Salute) ed aventi causa nel medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento*" (32).

Giustamente l'orientamento della Corte di Cassazione si è consolidato nel riconoscere la possibilità, in presenza della congiunta attribuzione dell'indennizzo e del risarcimento danno, di effettuare la "*compensatio lucri cum damno*", per evitare un ingiustificato arricchimento alla vittima e per non gra-

(29) G. PONZANELLI, *La misura dell'indennizzo per le "vittime" di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte Costituzionale*, in *Foro Italiano*, 1998, p. 1371.

(30) A. BUONOMO, *Dei danni da emotrasfusioni e delle relative responsabilità*, in *Ragiusan*, 2008, p. 144.

(31) R. PARTISANI, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con D.M. 28 aprile 2009, n. 132*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 491.

(32) S. PERON, *Il risarcimento del danno alla salute da emoderivati*, in *Foro Padano*, 2007, p. 569.

vare la Pubblica Amministrazione di più poste patrimoniali in presenza di un solo evento lesivo (33).

4. La prescrizione dei danni da emotrasfusioni.

In relazione al termine di prescrizione si è discusso da quando inizia a decorrere il *dies a quo*.

Innanzitutto, il termine di prescrizione applicabile, nei confronti del Ministero, sarà quello quinquennale previsto nell'art. 2497 c.c., in quanto siamo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, mentre nei confronti dell'azienda ospedaliera si dovrà applicare il termine decennale previsto nell'art. 2496 c.c., in quanto siamo nell'ambito della responsabilità contrattuale.

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno, disciplinata dall'art. 2497 c.c. deve essere necessariamente letta congiuntamente all'art. 2935 c.c., il quale afferma che la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (34).

Il termine di prescrizione è diverso a seconda che si agisca per il risarcimento *iure hereditatis* o per il risarcimento *iure proprio*.

Per il risarcimento *iure hereditatis*, le prime pronunce sui danni da emotrasfusioni individuavano il *dies a quo*, da cui far decorrere il termine prescrizione, dalla esteriorizzazione e manifestazione del pregiudizio subito. Tuttavia tale soluzione lasciava insoddisfatti poiché la vittima, seppure abbia preso coscienza della malattia, si potrebbe trovare nella situazione di impossibilità di farla valere in giudizio ignorando la possibile causa della prescrizione in quanto i virus HBV, HCV e HIV sono “*virus lungolatenti*” che danno luogo ad una alterazione cronologica rispetto alla condotta lesiva, poiché la malattia si manifesta a distanza di molto tempo dalla condotta lesiva (35).

Quindi, non si può individuare, come giorno da cui far decorrere il termine di prescrizione, il giorno del contagio poiché in tale giorno la vittima non ha ancora conoscenza della malattia e, inoltre, in presenza di molteplici trasfusioni, non potrà mai individuare quale fra queste le abbia fatto contrarre la malattia. Né, tantomeno, potrà individuare come giorno da cui far decorrere la prescrizione quello in cui si sia appreso di aver contratto una malattia emotrasmissibile, in quanto non sarà a conoscenza dell'ingiustizia del danno e del nesso causale per poter far valere il suo diritto (36).

(33) R. PARTISANI, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il regolamento emanato con D.M. 28 aprile 2009, n. 132*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 491.

(34) A. BARBARISI, *Causalità e prescrizione nei danni da emotrasfusioni infette*, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 271.

(35) D. GIANTI, *Danno da emotrasfusione e questioni di legittimazione passiva: quando un errore costa caro*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 1063.

(36) S. OLARI, *Debito di sangue: danno da emotrasfusione e prescrizione*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 676.

A tal fine, la giurisprudenza successiva, ha affermato che il *dies a quo* inizierà a decorrere dal momento in cui si percepisca la malattia come danno ingiusto conseguente al comportamento colposo o doloso di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche dell'epoca (37).

Tuttavia tale assunto è stato diversamente interpretato dalle Corti, in quanto alcune hanno fatto coincidere la percezione della malattia con il responso della Commissione Medico Ospedaliera, mentre altre l'hanno fatto coincidere con la presentazione dell'istanza ex l. 210/1992 (38).

Viceversa, il risarcimento *iure proprio*, fondandosi su una condotta integrante il reato di omicidio colposo, la stessa può essere fatta valere soltanto in conseguenza del decesso del congiunto. In tal caso si applica il termine ordinario decennale di prescrizione, decorrente dalla morte della vittima.

Cass. civ., Sez. Terza, sentenza 22 gennaio 2015, n. 1136 - Pres. Segreto, Rel. Ambrosio, P.M. Basile (difforme) - M.F. (avv. Farà G. A.) c. Ministero della Salute (avv. gen. Stato).

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 598 in data 27.04.2011, la Corte di appello di Torino, rigettando l'appello proposto da M.F., ha confermato la sentenza n. 1932/2010 del Tribunale di Torino di rigetto della domanda proposta dall'appellante nei confronti del Ministero della Salute (di seguito, brevemente, il Ministero) per il risarcimento danni da epatite C, conseguenti ad una trasfusione di sangue infetto praticatogli nell'anno 1971 presso la Casa di cura "Villa Pia" di Torino.

La Corte territoriale ha confermato le argomentazioni e conclusioni del primo Giudice, escludendo una responsabilità omissiva del Ministero, poichè all'epoca dei fatti non erano noti i virus e i relativi tests.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione M.F., svolgendo un unico motivo, illustrato anche da memoria.

Ha resistito il Ministero, depositando controricorso.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di ricorso si denuncia violazione degli artt. 2043, 2049 e 2050 cod. civ. e vizio di motivazione in relazione alla prevedibilità/prevenibilità dell'infezione HCV, nonchè violazione o falsa applicazione degli artt. 40 e 41 cod. pen. e dei principi di diritto affermati dalla Corte di cassazione (S.U. 11 gennaio 2008, n. 576). Al riguardo parte ricorrente lamenta che la Corte territoriale abbia disatteso le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite in ordine alla presenza di altri fattori alternativi che avrebbero potuto escludere il nesso causale fra la condotta omissiva del Ministero e l'evento di contagio, adottando una nozione scientifica del "più probabile che non" che va, invece, riferito al criterio della causalità materiale e della regolarità causale. In particolare - a parere del ricorrente - la Corte di appello

(37) A. BARBARISI, *Causalità e prescrizione nei danni da emotrasfusioni infette*, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 271.

(38) A. BARBARISI, *Causalità e prescrizione nei danni da emotrasfusioni infette*, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 272.

avrebbe erroneamente focalizzato l'attenzione sulla circostanza che i markers dell'epoca non erano in grado di fornire una consistente probabilità (superiore al 50%) della possibilità di prevenire il contagio, perchè il comportamento del Ministero non si esauriva nella sola omissione dei markers, ma, più in generale, nel mancato esercizio dell'attività di controllo e vigilanza sulla tracciabilità del sangue.

2. Il motivo non merita accoglimento.

2.1. Prima di ogni altra considerazione occorre rilevare che parte ricorrente - pur deducendo violazione degli artt. 2049 e 2050 cod. civ. - non sviluppa argomentazioni in ordine all'asserita violazione, nè tantomeno individua il punto della decisione in cui le ridette violazioni di legge si sarebbero concretate; sicchè, in parte qua, il motivo deve ritenersi inammissibile per difetto di specificità.

In disparte si rileva che emerge dalle stesse allegazioni in ricorso che il fatto dannoso è stato dedotto in giudizio quale fatto proprio dell'Amministrazione statale, per inosservanza di compiti istituzionali ad essa riferibili e non già come illecito del dipendente, avendo al riguardo la Corte territoriale evidenziato (in termini non attinti dal presente ricorso) come non fosse stato neppure allegato che, nel caso specifico, le concrete modalità della trasfusione avessero avuto, rispetto a quanto accadeva all'epoca, peculiarità tali da far individuare una particolare negligenza dei sanitari.

Inoltre questa Corte è costante nel ritenere che - pur essendo indubbio il connotato della pericolosità insito nella pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati - ciò non si traduce nella pericolosità anche della correlata attività di controllo e di vigilanza cui è tenuto il Ministero della salute; ne consegue che la responsabilità di quest'ultimo per i danni conseguenti ad infezione da HIV e da epatite, contratte da soggetti emotrasfusi per omessa vigilanza da parte dell'Amministrazione sulla sostanza ematica e sugli emoderivati, è inquadrabile nella violazione della clausola generale di cui all'art. 2043 cod. civ. e non in quella di cui all'art. 2050 cod. civ. (Cass. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 576).

2.1. Ciò premesso si osserva che, dopo le note sentenze delle Sezioni Unite del 21 gennaio 2008, nn. 576 e segg. è ormai acquisito - con riguardo allo specifico tema della responsabilità omissiva per contagio - come il problema della conoscenza del virus debba essere inquadrato anzitutto nell'ambito della regolarità causale e quindi del nesso causale e solo in via residuale nell'ambito dell'elemento soggettivo: ciò in quanto ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili.

In particolare le Sezioni Unite - muovendo dalla considerazione che i principi generali che regolano la causalità materiale (o di fatto) sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 cod. pen. e dalla regolarità causale, salva la differente regola probatoria che in sede penale è quella dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", mentre in sede civile vale il principio della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non" - hanno precisato che la regola della "certezza probabilistica" non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica) (cfr. Sez. Unite, sentenza 11 gennaio 2008, n. 581).

Da tale premessa concettuale è derivato con specifico riferimento all'azione - come quella in oggetto - per contagio da somministrazione di sangue ed emoderivati infetti, il seguente principio: premesso che sul Ministero gravava un obbligo di controllo, direttive e vigilanza in

materia di impiego di sangue umano per uso terapeutico (emotrasfusioni o preparazione di emoderivati) anche strumentale alle funzioni di programmazione e coordinamento in materia sanitaria, affinché fosse utilizzato sangue non infetto e proveniente da donatori conformi agli standard di esclusione di rischi, il giudice, accertata l'omissione di tali attività, accertata, altresì, con riferimento all'epoca di produzione del preparato, la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto ed accertata - infine l'esistenza di una patologia da virus HIV o HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assuntore di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgenza della malattia, e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verificazione dell'evento.

2.2. Dal principio sopra esposto in tema di nesso causale da comportamento omissivo, emerge anche il criterio per la delimitazione temporale della responsabilità del Ministero: in altri termini si tratta di verificare se, ai fini della regolarità causale, il virus dell'epatite C nell'anno 1971 - epoca in cui intervenne l'emotrasfusione individuata come causa della stessa malattia - fosse un evento assolutamente eccezionale ed imprevedibile e quindi estraneo alla regolarità causale. Ciò in quanto in tema di patologie conseguenti ad infezione con i virus HBV (epatite B), HIV (AIDS) e HCV (epatite C) contratti a causa di assunzione di emotrasfusioni o di emoderivati con sangue infetto, non sussistono tre eventi lesivi, bensì un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato) in conseguenza dell'assunzione di sangue infetto; ne consegue che già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B - la cui individuazione spetta all'esclusiva competenza del giudice di merito, costituendo un accertamento di fatto - sussiste la responsabilità del Ministero della salute, sia pure col limite dei danni prevedibili, anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo (S.U. n. 576/2008 cit.).

2.3. Orbene la Corte territoriale - pur evidentemente muovendosi nell'ottica (respinta dalle Sezioni Unite) dell'esistenza di serie causali distinte per la considerazione che "i tre virus sono diversi e diversa è la metodica di individuazione e la possibilità di individuarli" e valorizzando l'assenza di colpa del Ministero - è pervenuta a conclusioni perfettamente coerenti con i principi affermati da questa Corte, atteso che non si è affatto limitata a rilevare che i markers dell'epoca dei fatti per cui è causa (1971) non potevano portare all'individuazione dei soggetti a rischio secondo un grado di probabilità sufficiente, ma ha anche, rilevato che alla stessa data non era stato individuato né il virus HCV (contratto dal ricorrente), né il virus HBV (il che equivale a dire che non c'era neppure la conoscenza del rischio del contagio dell'epatite B, ergo il rischio non era prevedibile).

Si tratta di argomentazioni in fatto, sorrette da dati notori (e, invero, il virus dell'epatite B fu conosciuto alla metà degli anni 1970 e l'organizzazione mondiale della sanità l'ha ufficialmente riconosciuto solo nel 1978), mentre in precedenza si conosceva solo che il sangue poteva veicolare virus. Ciò comporta che va esclusa la regolarità causale tra il mancato controllo del Ministero e l'infezione da epatite C per l'emotrasfusione subita dalla parte istante proprio perché l'evento infettivo da detti virus (lesione del fegato) era all'epoca astrattamente inverosimile e, anzi, addirittura anche astrattamente sconosciuto. In sostanza mancava il nesso causale tra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo, giacché, per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali concorrenti nella produzione dell'evento, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della cd. causalità adeguata o quella simile della cd. regolarità

causale (ex multis: Cass. 1 marzo 2007; n. 4791; Cass. 27 settembre 2006, n. 21020; Cass. 6 luglio 2006, n. 15384).

In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese processuali vanno compensate. Invero la procedura transattiva prevista dalla L. 29 novembre 2007, n. 222, di conversione del D.L. n. 159 del 2007 e dalla L. 24 dicembre 2007, n. 2444 per il componimento dei giudizi risarcitori per effetto di trasfusioni con sangue infetto (pur lasciando libera la P.A. se pervenire alla transazione) denota un sostanziale trend legislativo di favor della definizione stragiudiziale del contenzioso e tanto integra giusto motivo di compensazione delle spese processuali, a norma dell'art. 92 c.p.c., nella formulazione - applicabile alla fattispecie - anteriore alla modifica apportata dalla L. n. 263 del 2005, art. 2, comma 1.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente le spese tra le parti.

Così deciso in Roma, il 24 ottobre 2014.

Depositato in Cancelleria il 22 gennaio 2015.

La pubblicità degli avvisi d'asta sui quotidiani e la discrezionalità del giudice dell'esecuzione (art. 490 c.p.c.)

NOTA A T.A.R. EMILIA ROMAGNA, SEZIONE PRIMA,, SENTENZA 26 FEBBRAIO 2015 N. 175

*Luca Dell'Osta**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il caso - 2. Le questioni di diritto all'esame del Tar - 3. La decisione. 3.1. L'esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo - 3.2. L'interesse ad agire - 3.3. La giurisdizione del giudice ordinario - 4. Conclusioni - 5. La sentenza.

1. Introduzione. Il caso.

Di particolare interesse e di certa attualità è la questione decisa dal Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, sez. I, con la sentenza n. 175/2015 del 12 febbraio 2015. Tale provvedimento è caratterizzato da alcune analogie con precedenti decisioni del Tar Campania, sede di Napoli e del Tar Lombardia, sede di Brescia (1).

Il caso: la grave situazione economico-finanziaria manifestatasi a partire dal 2008 ha avuto ripercussioni significative anche in materia di giustizia. È cosa notoria, per esempio, che siano cospicuamente accresciute le procedure esecutive e fallimentari (2). La IV sezione civile del Tribunale di Bologna, che si occupa di tali materie, ha quindi conosciuto un aumento significativo dei procedimenti da trattare.

In tale contesto, la severità e la persistenza della situazione congiunturale hanno reso palese uno stato di acuta sofferenza causato dagli elevati costi della pubblicità legale, divenuti spesso insostenibili per i creditori procedenti. Inoltre, si è anche assistito a un fenomeno sistematico di diserzione delle aste (correlato, verosimilmente, all'assenza di risorse economiche da investire nell'acquisto di beni immobili) che ha portato alla paralisi delle procedure di vendita.

Da una parte, infatti, si è registrato un aumento del tasso medio di diserzione delle aste nel primo esperimento di vendita, con la necessità di effettuare nuovi esperimenti per il medesimo lotto e quindi con ulteriore ripetizione delle forme pubblicitarie e aumento dei costi; dall'altra, quale inevitabile conseguenza, è stata registrata una riduzione dei ricavi derivanti dalle vendite esecutive e fallimentari a tutto svantaggio dei creditori.

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

(1) Si fa riferimento, in particolare, a Tar Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 1152/2012 (la cui decisione è stata poi riformata da Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4140/2013), e a Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. n. 1202/2014.

(2) In Italia, 6.155 imprese sono fallite nel 2007; 7.506 nel 2008; 9.381 nel 2009; 11.222 nel 2010; 12.148 nel 2011; 12.519 nel 2012; 14.134 nel 2013; 15.651 nel 2014 (dati tratti da *Cerved, Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese - 4q 2014*, anche in www.know.cerved.it).

In particolare, al 30 ottobre 2013 nel Tribunale di Bologna risultavano depositati circa 850 pignoramenti immobiliari e circa 800 procedure esecutive arretrate in attesa di attivazione della fase di vendita degli immobili; inoltre a tale data la percentuale di diserzione media su primo esperimento di vendita risultava essere del 53,65%, a fronte di un deposito preventivo, richiesto al creditore procedente, pari a 4.000 euro, che di fatto determinava un costo medio per esperimento di vendita, per singolo lotto, di circa 1.000 euro (3).

In questo contesto, sempre più critico, molti creditori procedenti si sono ritrovati nella oggettiva difficoltà, se non anche nella impossibilità, di affrontare le spese necessarie per soddisfare gli oneri pubblicitari.

La gravità della situazione veniva peraltro ripetutamente segnalata al Tribunale di Bologna dalla totalità dei soggetti istituzionalmente chiamati a cooperare, ciascuno nel proprio ruolo, alla amministrazione della giustizia (foro e curatori).

Preso atto di ciò, in data 13 novembre 2013 i giudici della IV sezione civile del Tribunale di Bologna si riunivano in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 47-*quater* dell'ordinamento giudiziario (4), e concordavano sulla necessità di ridurre drasticamente i costi pubblicitari sostenuti dal ceto creditorio e di individuare nuovi standard minimi di esposizione pubblicitaria assicurati alle procedure esecutive e concorsuali, delegando al presidente della sezione il compito di reperire informazioni circa le offerte praticate dagli operatori normalmente utilizzati dal Tribunale, «fermo restando la possibilità per il Giudice competente di adeguare la pubblicità commerciale al caso concreto, ricorrendo anche alla stampa a livello nazionale o alla stampa di settore come nella ipotesi di beni di minor valore economico e di interesse specialistico» (5).

Tale attività di acquisizione delle informazioni veniva effettivamente compiuta dal presidente della IV sezione mediante l'invito orale, rivolto agli operatori economici in precedenza già utilizzati dal Tribunale, di far conoscere i costi per le pubblicità legali sia su cartaceo che su internet.

A seguito della ricezione dei dati economici richiesti, la sezione riunitasi in camera di consiglio (ri)determinava - con le parole del verbale - «lo standard minimo di pubblicità cartacea» in relazione all'offerta pervenuta dalla testata *Il Corriere della Sera ed. Bologna*, «salva ogni altra forma di pubblicità necessaria per le particolarità dei beni dedotti in procedura».

(3) Tutti i dati riportati sono desunti dal verbale della camera di consiglio della IV sezione civile del Tribunale di Bologna del 13 novembre 2013.

(4) Di cui si riporta, di seguito, il primo comma: «*Il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in particolare, sorveglia l'andamento dei servizi di cancelleria ed ausiliari, distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Collabora, altresì, con il presidente del tribunale nell'attività di direzione dell'ufficio.*»

(5) IV sezione civile del Tribunale di Bologna, verbale della camera di consiglio del 13 novembre 2013.

Il presidente della sezione provvedeva pertanto a dare comunicazione di tale scelta al presidente del Tribunale (che approvava «l'atto di indirizzo») e ai soggetti interessati.

Avverso tale decisione ricorrevano al Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, la Società Pubblicità Editoriale spa e la Poligrafici Editoriale spa, rispettivamente concessionaria di pubblicità ed editrice del quotidiano *Il resto del Carlino*, che fino a quel momento aveva gestito la maggior parte degli avvisi.

2. Le questioni di diritto all'esame del Tar.

In primo luogo, i ricorrenti richiamavano il precedente deciso dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4140/2013) sostenendo la giurisdizione del giudice amministrativo. In secondo luogo, lamentavano la violazione dell'art. 490 c.p.c. (6) dal momento che la decisione assunta dai giudici della IV sezione esorbitava dalle prerogative direzionali di natura giurisdizionale dei singoli magistrati, e infine eccepivano la falsa, parziale ed erronea applicazione dei principi propri delle procedure ad evidenza pubblica.

Si costituivano quindi, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato di Bologna, sia il Tribunale sia il ministero della Giustizia, che adducevano l'impossibilità di equiparare gli atti della IV sezione a segmenti di una procedura di affidamento di un servizio della Pubblica Amministrazione, la mancanza di interesse ad agire, stante l'incapacità degli atti impugnati di incidere nella sfera giuridica delle ricorrenti, e in subordine la tardività del ricorso (notificato nei termini ordinari e non in quelli previsti per il cd. "rito appalti", dimidiati).

3. La decisione.

3.1. L'esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo.

La sentenza in esame ritiene il ricorso inammissibile. E questo perché «nella presente fattispecie non si tratta di una procedura amministrativa di evi-

(6) Si riportano, per comodità di lettura, i primi tre commi: «Quando la legge dispone che di un atto esecutivo sia data pubblica notizia, un avviso contenente tutti i dati, che possono interessare il pubblico, deve essere affisso per tre giorni continui nell'albo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si svolge il procedimento esecutivo.

In caso di espropriazione di beni mobili registrati, per un valore superiore a 25.000 euro e di beni immobili, lo stesso avviso, unitamente a copia dell'ordinanza del giudice e della relazione di stima redatta ai sensi dell'articolo 173-bis delle disposizioni di attuazione del presente codice, è altresì inserito in appositi siti internet almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte o della data dell'incanto.

Il giudice dispone inoltre che l'avviso sia inserito almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte o della data dell'incanto, una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionale e, quando occorre, che sia divulgato con le forme della pubblicità commerciale. La divulgazione degli avvisi con altri mezzi diversi dai quotidiani di informazione deve intendersi complementare e non alternativa».

denza pubblica per la scelta del privato contraente [...] in quanto mancano tutte le caratteristiche della gara o della procedura negoziata per la scelta del privato contraente e, soprattutto, la stessa non è finalizzata alla stipulazione di un contratto vincolante con la pubblica amministrazione» (7). In altre parole, il Tar esclude che la procedura esperita dal Tribunale di Bologna, dal punto di vista sostanziale, possa essere equiparata a una gara, e conseguentemente che debbano essere applicate le disposizioni contenute nel d.lgs. 163/2006 (cd. «codice degli appalti»). E questo perché si è in presenza di una «semplice indagine di mercato» (8), i cui esiti non possono certo ritenersi vincolanti per i giudici della sezione, che mantengono la loro piena indipendenza discendente «dall'articolo 490 del codice di procedura civile senza che detto potere possa essere escluso o limitato dal Presidente della sezione o da deliberazioni dei magistrati della sezione stessa» (9).

Il tenore letterale della sentenza parrebbe ammettere che il tribunale, seppur a determinate condizioni (in presenza cioè delle «caratteristiche della gara o della procedura negoziata per la scelta del privato contraente»), possa divenire «stazione appaltante» nel senso di cui al d.lgs. 163/2006. D'altra parte, a questa conclusione erano giunti anche altri tre giudici. Il Tar Campania, Napoli, di fronte ad alcuni atti del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere preordinati a individuare una ditta a cui demandare in via esclusiva la pubblicità delle vendite immobiliari inerenti alle procedure esecutive e/o fallimentari, statuiva che «nella fattispecie il Tribunale SMCV, che è amministrazione agiudicatrice, ha posto in essere, per il tramite della propria organizzazione giudiziaria, tutta una serie di atti a rilevanza esterna che ben possono essere inquadrati come segmenti tipici di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'affidamento di un servizio» (10). Il Consiglio di Stato ha confermato tale lettura, specificando che «l'aver i giudici coordinato preventivamente la relativa azione, sganciandola dal riferimento ai singoli procedimenti pendenti, ha fatto sì che l'attività posta in essere nei confronti delle testate giornalistiche (e per esse ai gestori della pubblicità) esorbitasse dalle prerogative direzionali

(7) Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 175/2015, punto 2.

(8) *Ibidem*.

(9) *Ibidem*. Incidentalmente, si può aggiungere che il presidente della IV sezione civile ha legittimamente agito nell'esercizio di poteri attribuitigli dalla legge, e segnatamente dall'art. 47-quater dell'Ordinamento giudiziario (secondo il quale spetta al presidente di sezione il potere di distribuire il lavoro fra i giudici, di vigilare sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione): infatti, sulla base di quanto rilevato da tutti i giudici della sezione e delle difficoltà emerse dallo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali (blocco delle procedure esecutive) il presidente, congiuntamente ai giudici della sua sezione, ha esaminato i dati attuali reperiti con riferimento ai costi standard della pubblicità al fine di individuare non un soggetto aggiudicatario esclusivo, ma un nuovo standard minimo di riferimento, al quale parametrare le pubblicazioni degli avvisi.

(10) Tar Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 1152/2012, punto 2, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, Giuffrè, vol. XI - marzo 2012.

di natura giurisdizionale dei singoli magistrati, per assumere carattere di evidenza pubblica» (11).

Nell'ambito di una fattispecie quasi analoga (12), il Tar Brescia riteneva che «la selezione svolta dal Tribunale ha avuto come scopo l'individuazione di un soggetto [con il quale] il Tribunale ha avviato un rapporto di reciproca convenienza, con oneri sostenuti dai beneficiari delle procedure esecutive, ossia dai creditori procedenti e dalle curatele fallimentari. Tutto questo ha la sostanza di un procedimento a evidenza pubblica» (13).

Tuttavia, non è chiaro - almeno con riferimento alla sentenza qui in commento - come tale impostazione possa conciliarsi con l'assunto per cui la «facoltà di scelta della forma di pubblicità più idonea rientra nelle specifiche competenze di ciascun magistrato titolare della procedura esecutiva e discende dall'articolo 490 del codice di procedura civile senza che detto potere possa essere escluso o limitato dal Presidente della sezione o da deliberazioni dei magistrati della sezione stessa» (14).

Infatti, pare che la sentenza del giudice bolognese presenti almeno un aspetto aporetico: da una parte esclude la giurisdizione amministrativa perché la procedura esperita non ha caratteri assimilabili a una gara (si parla infatti di una mera «indagine di mercato» (15), correttamente interpretando la volontà dei giudici della IV sezione e accogliendo *in toto* la tesi difensiva dell'Avvocatura); tuttavia, non chiarisce come una potenziale (e, almeno teoricamente, legittima) gara indetta dal Tribunale per l'individuazione di un organo di stampa sul quale pubblicare gli avvisi possa (*rectius*: avrebbe potuto) conciliarsi con il disposto normativo dell'art. 490 c.p.c. che presuppone ampia libertà in capo al giudice procedente, pur ritenendo implicitamente la rideterminazione dello standard minimo o un atto di indirizzo non confliggenti con il citato articolo.

In questo senso i precedenti giurisprudenziali - quand'anche possano essere messi a confronto con la decisione qui in commento - non sono concordi: da una parte, infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'assemblea dei giudici, giungendo alla stipula di un contratto, avesse spogliato i singoli giudicanti «della loro autonomia direzionale», ritenendo quindi l'azione amministrativa compiuta dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere «illegittima per violazione dell'art. 490 c.p.c.» (16) (reputando, conseguentemente, che i giudici possano divenire “stazione appaltante”, qualora la procedura esperita presenti

(11) Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4140/2013, punto 3.1.

(12) Una puntuale analisi delle differenze è contenuta in G. SCIULLO, *L'autorità giudiziaria ordinaria come "amministrazione aggiudicatrice"*, in *Urbanistica e appalti*, Ipsoa, n. 2/2015.

(13) Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. n. 1202/2014, punto 18.

(14) Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 175/2015, punto 2.

(15) *Ibidem*.

(16) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4140/2013, punto 3.3.

caratteristiche di gara, ma che tale procedura sia inevitabilmente contraria al disposto dell'art. 490 c.p.c., il quale postula la libertà del giudice nel scegliere il giornale su cui pubblicare l'avviso). In senso contrario, il Tar Brescia ha sostenuto che «il riconoscimento di una componente amministrativa, sottoposta ai principi dell'evidenza pubblica, all'interno dei provvedimenti giurisdizionali non contraddice né il potere di direzione delle procedure esecutive assegnato al giudice, né il principio secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge» (17). E a fondamento di tale assunto si richiama il principio di coerenza dell'ordinamento «nel suo complesso», arrivando a sostenere che, in mancanza di un rapporto stabile ed esteso nel tempo con un soggetto che garantisca la pubblicazione degli avvisi, «l'assenza di discriminazione è assicurata tramite il principio di rotazione (richiamato dall'art. 57 comma 6 del d.lgs. 163/2006 per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando), che ogni singolo giudice applica nei propri provvedimenti» (18), giungendo quindi a una conclusione contraria rispetto a quella del Consiglio di Stato che, come evidenziato, ha escluso la possibilità che una procedura di gara possa essere compatibile con il disposto dell'art. 490 c.p.c. (19).

3.2. *L'interesse ad agire.*

Nel caso in esame v'è un aspetto ulteriore sul quale soffermarsi, legato all'interesse ad agire dei ricorrenti. Nell'ipotesi infatti in cui il TAR adito avesse statuito per l'annullamento degli atti gravati, tale decisione, a giudizio di chi scrive, non avrebbe potuto fornire alcun giovamento ai ricorrenti, e questo proprio in considerazione del fatto che i giudici - sia prima sia dopo la decisione - sono sempre rimasti liberi di scegliere il mezzo di stampa più opportuno sul quale far pubblicare gli avvisi di vendita.

A ben diverse conclusioni si sarebbe dovuti giungere nel caso in cui la IV sezione del Tribunale di Bologna avesse stipulato un contratto, come tale vincolante, con *Il Corriere della Sera ed. Bologna*; in questo senso, sarebbe parsa condivisibile (seppure con un'aggiunta, che viene qui evidenziata tra parentesi quadre e in carattere corsivo) la conclusione a cui era giunto il Consiglio di Stato, per il quale l'assemblea dei giudici del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva «leso l'interesse [*potenziale*] di uno fra i quotidiani locali più diffusi ad ottenere occasioni di guadagno, sostanziate dal libero svolgersi del meccanismo di cui all'art. 490 c.p.c.» (20), dovendosi pertanto ritenere sussistente l'interesse dei ricorrenti all'annullamento degli atti gravati.

(17) Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. n. 1202/2014, punto 18.

(18) *Ibidem*, punto 21.

(19) Come verrà chiarito *infra*, comunque, l'esito della gara del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva effetti vincolanti per i giudici dell'esecuzione; di tale effetto vincolante non v'è menzione invece nell'accordo stipulato fra il Tribunale di Bergamo e la società editoriale.

(20) Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4140/2013, punto 3.3.

Ancora diverso il caso del Tar Brescia: il Tribunale aveva sì stipulato un contratto, ma i giudici delegati alle procedure concorsuali sarebbero comunque rimasti «liberi di scegliere se affidare o meno al Gruppo Edicom la gestione della pubblicità delle aste, sulla base delle tariffe proposte», potendo «quindi individuare anche un diverso intermediario» (21).

3.3. *La giurisdizione del giudice ordinario.*

Va da sé che il Tar Bologna, ritenendo non riconducibili gli atti impugnati nell'alveo dell'art. 7 del d.lgs. 103/2010, abbia specificato che la controversia «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario» (22), davanti alla quale la causa potrà essere riassunta in applicazione dell'art. 11 del d.lgs. 103/2010 e della *translatio iudicii*.

Si dubita, tuttavia, alla luce di quanto *supra*, che il giudice ordinario, investito della controversia, possa sostenere l'eventuale responsabilità del Tribunale di Bologna, non essendo dimostrati (né potendosi dimostrare) in alcun modo l'elemento soggettivo (dolo o colpa) in capo all'amministrazione e l'ingiustizia del danno subito dalle ricorrenti (23).

4. *Conclusioni.*

La sentenza in commento pare aver valorizzato adeguatamente gli aspetti di natura sostanzialmente non amministrativa dell'attività («conoscitiva» (24)) svolta dal Tribunale di Bologna.

Un confronto fra le sentenze citate, ossia le uniche che abbiano finora affrontato le problematiche relative alla pubblicazione degli avvisi *ex art.* 490 c.p.c., porta complessivamente a ritenere che, se pure può essere condivisibile l'affermazione per cui «non deve sorprendere» una «nozione ampia di “amministrazioni dello Stato”, per la quale anche gli organi giurisdizionali sono suscettibili di qualificazione come “amministrazioni aggiudicatrici”» (25), aderendo a quanto statuito dal Tar Bologna e implicitamente a quanto aveva già sostenuto il Consiglio di Stato, il potere attribuito al giudice dall'art. 490 c.p.c. per la scelta del soggetto a cui affidare la pubblicità della gara non può essere in alcun modo compresso o limitato, né subordinato all'applicazione di un non meglio circostanziato «principio di rotazione», come enunciato dal

(21) Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. n. 1202/2014, punto 6. Va specificato che il Tar Brescia ha annullato gli atti «con cui è stato condotto il confronto tra i concorrenti» per la «violazione dei principi dell'evidenza pubblica» (punto 32).

(22) Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 175/2015, punto 3.1.

(23) Sebbene in materia di responsabilità civile per attività provvedimento della pubblica amministrazione, si vedano Cass. civ., sez. III, sent. n. 13061/2007; Cass. civ., sez. VI-3, sent. n. 4172/2012; Cass. civ., sez. III, sent. n. 23170/2014.

(24) Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 175/2015, punto 2.

(25) G. SCIULLO, *op. cit.*

Tar Brescia che ha ritenuto sostanzialmente amministrativa non solo l'attività posta in essere, complessivamente, dai giudici del tribunale, ma anche l'attività di ciascun singolo giudice nell'ottica della procedura di cui all'art. 490 c.p.c.

Si deve quindi inevitabilmente giungere alla conclusione - in accordo con il Consiglio di Stato e, almeno parzialmente, con la decisione qui in commento - per cui in nessun caso, a seguito di gara, un tribunale o i giudici che, nell'ambito di esso, si occupano di fallimenti possano stipulare un contratto per la pubblicazione degli avvisi di cui all'art. 490 c.p.c.: a tale azione, seppur teoricamente non incompatibile con la natura formalmente giurisdizionale di una delle parti dell'accordo, sarebbe ostativo lo stesso contenuto dell'art. 490 c.p.c., che assegna al giudice la più ampia discrezionalità - nel rispetto delle indicazioni in esso contenute - nella scelta dell'organo di stampa sul quale pubblicare gli avvisi.

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia - Romagna, Sezione Prima, sentenza 26 febbraio 2015 n. 175 - Pres. Perrelli, Est. Di Benedetto - Società Pubblicità Editoriale S.p.A. e Poligrafici Editoriale S.p.A. (avv. C. Orlandi) c. Ministero della giustizia (avv. distr. Stato Bologna).

FATTO e DIRITTO

1. In data 13 novembre 2013 la quarta sezione civile e fallimentare del Tribunale di Bologna si è riunita a norma dell'articolo 47 ter dell'ordinamento giudiziario per esaminare il costo della pubblicità standard delle procedure esecutive al fine di verificare la possibilità di riduzione dei costi, relativi all'esposizione pubblicitaria, ritenuti insostenibili per i creditori precedenti.

In tale sede è stata disposto di individuare uno standard minimo di esposizione pubblicitaria delle procedure esecutive concorsuali, delegando il Presidente a verificare la possibilità di acquisire le migliori offerte degli operatori ad oggi già utilizzati dal Tribunale "fermo restando la possibilità per il giudice competente di adeguare la pubblicità commerciale al caso concreto, ricorrendo anche alla stampa di livello nazionale o alla stampa di settore come nell'ipotesi di beni di minor valore economico e di interesse specialistico".

In esecuzione del mandato ricevuto il Presidente della sezione acquisiva le diverse offerte da parte dei quotidiani "La Repubblica", il "Resto del Carlino" ed il "Corriere della Sera".

All'esito di tale indagine di mercato il Presidente con proprio decreto del 29 gennaio 2014 disponeva di dar corso alla ricezione dell'offerta pervenuta dal Corriere della Sera - ed. Bologna - , ossia quella di maggior convenienza, "rimodulando in via consequenziale, con la presente testata giornalistica, la pubblicità cartacea della sezione quarta".

In data 22 gennaio 2014 si riuniva nuovamente la quarta sezione civile e fallimentare del tribunale di Bologna a norma dell'articolo 47 ter dell'ordinamento giudiziario e dopo ampia discussione e avuto riguardo alle esigenze, manifestate dal Foro e dai curatori, di contenimento dei costi delle procedure, determinava lo standard minimo di pubblicità in relazione all'offerta pervenuta dalla testata il Corriere della Sera, ed Bologna, "salvo ogni altra forma di pubblicità necessaria per le particolarità dei beni prodotti in procedura".

Le società ricorrenti, concessionarie per la pubblicità esclusiva per la vendita degli spazi pub-

blicitari sul quotidiano *Il Resto del Carlino*, impugnavano davanti al Tar, con il ricorso introduttivo, il decreto del Presidente della sezione quarta del Tribunale di Bologna del 29 gennaio 2014 nonché l'atto di assenso del 30 gennaio 2014 del Presidente del Tribunale di Bologna, deducendone l'illegittimità e sostenendo la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto l'attività svolta avrebbe esorbitato dalle prerogative direzionali di natura giurisdizionale dei singoli magistrati assumendo il carattere dell'attività amministrativa dell'evidenza pubblica. Con successivi motivi aggiunti impugnatori venivano altresì contestati i due verbali della sezione quarta del Tribunale di Bologna del 13 novembre 2013 e del 22 gennaio 2014 riproducendo in gran parte i vizi dedotti con il ricorso introduttivo ma evidenziando ulteriori aspetti di illegittimità per quanto concerne la circostanza dell'assunzione collettiva della decisione contestata nonché evidenziando ulteriori aspetti di illegittimità derivante dalla circostanza della minore diffusione della testata indicata in quanto ciò "non può che comportare un minor numero di partecipanti alle aste per la vendita dei beni oggetto delle procedure esecutive".

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata, rappresentata difesa dall'Avvocatura dello Stato, e la società contro interessata intimata che ha contro dedotto puntualmente alle avverse doglianze, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, la tardività dell'impugnativa e, comunque, l'infondatezza della stessa.

Le parti hanno sviluppato ampiamente le rispettive difese con ulteriori scritti difensivi e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

2. Il ricorso è inammissibile.

Va, preliminarmente rilevato che nella presente fattispecie non si tratta di una procedura amministrativa di evidenza pubblica per la scelta del privato contraente (che determinerebbe, comunque, la tardività dell'impugnativa rispetto dei termini previsti dall'articolo 120 del c.p.a.) in quanto mancano tutte le caratteristiche della gara o della procedura negoziata per la scelta del privato contraente e, soprattutto, la stessa non è finalizzata alla stipulazione di un contratto vincolante con la pubblica amministrazione (a differenza del caso deciso dal Consiglio di Stato con sentenza 4140/2013 con la quale si contestava la procedura di gara indetta con la forma di una vera e propria licitazione privata finalizzata alla stipulazione di un contratto con l'aggiudicatario).

Si tratta, invece, di una semplice indagine di mercato il cui esito non ha carattere vincolante per i singoli magistrati nelle singole procedure esecutive in quanto, come testualmente chiarito dai verbali della seduta della sezione, convocata ai sensi dell'articolo 47 dell'ordinamento giudiziario, sia del 13 novembre 2013 che del 22 gennaio 2014, ciascun magistrato con riferimento alle singole procedure è libero di utilizzare ogni forma di pubblicità che ritiene necessaria in relazione alla vendita dei beni.

Del resto tale facoltà di scelta della forma di pubblicità più idonea rientra nelle specifiche competenze di ciascun magistrato titolare della procedura esecutiva e discende dall'articolo 490 del codice di procedura civile senza che detto potere possa essere escluso o limitato dal Presidente della sezione o da deliberazioni dei magistrati della sezione stessa.

Si tratta nel particolare caso in esame, quindi, di un'attività conoscitiva e di mero indirizzo determinata dalla esigenza di coordinamento dell'attività giudiziaria dei magistrati, come espressamente consentito dall'articolo 47 dell'ordinamento giudiziario, finalizzata ad acquisire informazioni, concernenti i costi offerti per le forme di pubblicità previste dalla legge per la vendita dei beni oggetto delle procedure esecutive, di ausilio per l'attività giurisdizionale dei singoli magistrati ove essi non ritengano opportuno in relazione a ciascuno dei procedimenti loro affidati di utilizzare le diverse forme di pubblicità ritenute più idonee.

3. In conclusione gli atti in contestazione non riguardano “provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio del potere amministrativo posto in essere da una pubblica amministrazione” e, conseguentemente ogni contestazione in proposito non è devoluta alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell’articolo 7 del c.p.a.

3.1. Tale controversia, in cui sostanzialmente le parti ricorrenti si lamentano di un asserito danno commerciale, costituito dalla temuta riduzione del proprio fatturato nella misura evidenziata nel ricorso introduttivo, derivante da un’attività (non amministrativa per le ragioni sopra esposte) dei giudici della quarta sezione del Tribunale di Bologna, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale la causa potrà essere riassunta, fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente decisione ai sensi dell’articolo 11 del c.p.a.

4. La particolarità del caso, la novità delle questioni dedotte e l’assenza di precedenti giurisprudenziali specifici concernenti casi analoghi giustificano l’integrale compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2015.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

La difesa in giudizio nei rimedi risarcitori (art. 3 CEDU) a favore dei soggetti detenuti

PARERE 22/12/2014-546529, AL 15330/14, AVV. LEONELLO MARIANI

Con il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117 (in Gazzetta Ufficiale del 20 agosto 2014, n. 192), recante “*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito trattamenti in violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all’ordinamento penitenziario, anche minorile*”, è stata, tra l’altro, modificata la legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà (di seguito, per brevità, anche O.P.).

La novella ha introdotto nel corpo della legge n. 354/1975 l’art. 35-ter il quale dispone quanto segue:

Art. 35-ter - Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati

1. Quando il pregiudizio di cui all’articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l’articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.

2. *Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.*

3. *Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2”.*

Con tale norma si completa pertanto il quadro delle misure, preventive e compensative, previste dall'ordinamento penitenziario nel caso di inosservanza, da parte dell'amministrazione, di disposizioni previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975) e dal relativo regolamento (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) “dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 69, comma 6, lett. b) l. n. 354/1975).

Sul piano **sostanziale**, nell'ipotesi in cui il pregiudizio all'esercizio dei diritti del ristretto sia consistito in un trattamento carcerario disumano o degradante - come tale violativo dell'art. 3 della CEDU -, l'art. 35-ter della l. n. 354/1975 appresta un rimedio di carattere compensativo - che la legge espressamente qualifica come risarcitorio (v. la rubrica dell'art. 35-ter O.P.) - il quale consente al detenuto o all'ex detenuto di conseguire, mediante la determinazione in via forfettaria del danno da disumana o degradante detenzione, il risarcimento, a seconda dei casi, alternativamente o cumulativamente, in forma specifica - in natura - e/o per equivalente - in forma economico-pecuniaria -, del pregiudizio non patrimoniale in concreto subito.

Più precisamente, allorché la detenzione in condizioni non conformi ai criteri europei si sia protratta per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni e il periodo di pena ancora da espiare sia di durata tale da consentirli, il risarcimento del danno avviene in forma specifica mercé una riduzione della pena detentiva residua in misura pari ad un giorno per ogni dieci giorni patiti nelle anzidette condizioni (art. 35-ter, comma 1, O.P.).

Quando la durata della pena detentiva ancora da espiare non sia invece tale da consentire integralmente l'anzidetta detrazione o nell'ipotesi in cui la detenzione in condizioni difformi dai parametri europei si sia protratta per un periodo di tempo inferiore a quindici giorni, il risarcimento del danno residuo ha viceversa luogo per equivalente mediante il riconoscimento di una somma di denaro pari ad 8,00 euro per ciascun giorno di detenzione subita in quelle condizioni (art. 35-ter, comma 2, O.P.).

Parimenti per equivalente e nella misura dianzi indicata ha luogo il risarcimento se il rimedio è azionato da *ex* detenuti intendendo per tali sia coloro che hanno già terminato di espiare la pena detentiva in carcere sia coloro che hanno subito la detenzione in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare (art. 35-ter, comma 3, O.P.).

Sul piano **processuale**, la competenza giurisdizionale e, di riflesso, il rito sono diversamente determinati e disciplinati in funzione e in ragione della condizione e dello stato del richiedente e, cioè, a seconda che l'azione risarcitoria sia proposta da condannato tuttora ristretto ovvero da soggetto non più *in vinculis*.

Nella prima ipotesi, la cognizione della domanda è riservata alla magistratura di sorveglianza e il procedimento si svolge, per effetto del richiamo agli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. operato dall'art. 35-bis O.P., nelle forme del processo di sorveglianza (art. 678 cod. proc. pen.) e, di conseguenza, del processo di esecuzione (art. 666 cod. proc. pen., a sua volta richiamato dall'art. 678 cod. proc. pen.).

Nel secondo caso, la competenza a conoscere dell'azione - da proporsi, a pena di decadenza, nel termine perentorio di sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere - è invece attribuita al tribunale civile del capoluogo del distretto di residenza dell'istante: il tribunale decide in composizione monocratica e il procedimento si svolge nelle forme del rito camerale di cui agli artt. 737 e segg. cod. proc. civ.

Secondo quanto espressamente previsto dall'art. 35-bis O.P., il procedimento di reclamo avanti alla magistratura di sorveglianza si articola in due gradi di merito, il primo di fronte al magistrato di sorveglianza (commi 1, 2 e 3), il secondo avanti al tribunale di sorveglianza (comma 4), e in un grado di legittimità per sola violazione di legge (comma 4-bis).

Il procedimento di reclamo avanti al tribunale distrettuale civile si articola invece in un unico grado di merito - posto che il comma 3 dell'art. 35-ter O.P. esplicitamente stabilisce che "*il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo*" -, nonché, come è da ritenere, malgrado il silenzio della norma, *ex* art. 111, comma 7, Cost., in un grado di legittimità - sempre e solo - per violazione di legge.

*

Con circolare del 7 giugno 2014, questa Avvocatura Generale aveva dato

disposizioni in merito al riparto delle competenze tra gli Istituti penitenziari e gli Uffici dell'Avvocatura dello Stato presenti sul territorio quanto alla trattazione dei reclami previsti dall'articolo 35-bis O.P.

Con detta circolare questa Avvocatura generale ha in sintesi osservato:

1. che, per il primo grado di giudizio, l'assenza di formalità relative alla costituzione in giudizio (non è prevista per esempio la necessità della costituzione mediante il deposito di un fascicolo ovvero l'assistenza obbligatoria da parte dell'Avvocatura dello Stato) nonché l'alternativa tra la "comparizione" di un rappresentante dell'amministrazione e "la trasmissione di osservazioni e richieste" prevista dal comma 1 dello stesso art. 35-bis, inducono a ritenere che il procedimento in esame non preveda la necessaria costituzione in giudizio a mezzo dell'Avvocatura dello Stato; sicché, **salvo che per questioni di massima di particolare importanza** - per le quali può essere interessata l'Avvocatura dello Stato competente per territorio -, si è concluso che i vari Istituti penitenziari possano provvedere direttamente alla difesa in giudizio dinanzi al Magistrato di sorveglianza, astenendosi dall'inviare il decreto di fissazione dell'udienza presso gli Uffici dell'Avvocatura;

2. che, in caso di decisione sfavorevole del Magistrato di sorveglianza, **salvo, ancora una volta, il caso di questioni di massima di particolare importanza**, anche il reclamo al Tribunale possa essere proposto direttamente dalla Amministrazione; ciò, in quanto, in mancanza di una disciplina specifica per tale mezzo di impugnazione, deve ritenersi applicabile l'art. 680 cod. proc. pen. il quale prevede - comma 3 - che per l'impugnazione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza trovino applicazione le disposizioni generali sulle impugnazioni le quali, com'è noto, consentono la proposizione delle impugnazioni direttamente da parte dall'interessato o da parte del suo difensore (art. 571 cod. proc. pen.);

3. che resta invece ferma la competenza esclusiva della Avvocatura dello Stato in caso di proposizione, *ex art. 35-bis*, comma 4-bis, O.P., di ricorso per cassazione avverso la decisione resa dal tribunale di sorveglianza sul reclamo proposto avverso un provvedimento del magistrato di sorveglianza.

*

Tanto premesso è a chiedersi se le conclusioni - dianzi sinteticamente riassunte - cui si è pervenuti con riferimento al reclamo giurisdizionale disciplinato dall'art. 35-bis O.P. possano considerarsi tuttora valide a seguito dell'introduzione dell'ulteriore rimedio ora previsto dall'art. 35-ter per il caso di detenzione non conforme ai criteri di cui all'art. 3 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Riesaminata la questione e salvo a diversamente determinarsi al sopravvenire di giurisprudenza di segno contrario, questo Generale ufficio ritiene che, allo stato, non sussistano valide ragioni per deflettere dalle conclusioni in precedenza attinte, neppure limitatamente al secondo grado del rimedio in questione.

Con riferimento al primo grado del procedimento, nulla è infatti sostanzialmente mutato ragion per cui deve senz'altro ribadirsi che la mancata previsione, da un lato, di una formale costituzione in giudizio dell'Amministrazione convenuta - la quale, a mente dell'art. 35-*bis* O.P. (sul punto non modificato dall'art. 35-*ter* O.P.), può a suo libito alternativamente o congiuntamente comparire e/o trasmettere osservazioni e richieste - e, dall'altro, la mancata prescrizione di un obbligo di difesa tecnica, inducono a ritenere che il procedimento in esame non richieda la necessaria costituzione in giudizio a mezzo dell'Avvocatura dello Stato: la quale, peraltro, come chiarito nella circolare citata, può tuttavia intervenire, su richiesta dell'Amministrazione penitenziaria o di sua iniziativa, ogniqualvolta ricorrano questioni di massima di particolare importanza che impongano o consiglino la sua diretta partecipazione al procedimento.

Relativamente al secondo grado - rispetto al quale la questione della rappresentanza ed assistenza tecnica presenta indubbiamente profili di evidente, intuibile, maggiore delicatezza - si ritiene parimenti, e con riserva di successivo riesame, di confermare, allo stato, le già impartite direttive.

Fermo restando che il problema si pone solo ed esclusivamente riguardo al procedimento rientrante nella competenza giurisdizionale della magistratura di sorveglianza - posto che il procedimento di competenza del giudice civile si articola in un unico grado di merito -, questa Avvocatura generale rammenta che con la circolare in precedenza citata si era espresso l'avviso che, per effetto del rinvio alle disposizioni generali sulle impugnazioni operato dall'art. 680, comma 3, cod. proc. pen. - il quale disciplina l'impugnazione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza relativi alle misure di sicurezza e in tema di delinquenza qualificata -, dovesse ritenersi estesa alla materia in esame anche la norma di cui all'art. 571 cod. proc. pen. la quale, com'è noto, consente all'imputato di proporre l'impugnazione anche personalmente, senza necessità, quindi, del ministero tecnico di un difensore (comma 1).

E poiché il complesso normativo di cui agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* O.P. rinvia a sua volta, quanto al procedimento relativo al reclamo, alle disposizioni di cui agli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. e, quindi, relativamente al procedimento di appello, alla norma di cui all'art. 680 cod. proc. pen., su tali basi si era perciò concluso che analoga facoltà di impugnazione e difesa diretta in fase di reclamo competesse all'Amministrazione penitenziaria.

A tali considerazioni, da ritenersi tuttora valide, può qui aggiungersi che l'art. 680, comma 1, cod. proc. pen. stabilisce che avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza concernenti le misure di sicurezza *“possono proporre appello il pubblico ministero, l'interessato e il difensore”*.

La disposizione riconosce dunque una legittimazione **autonoma** e **concorrente** all'impugnazione **sia** - personalmente - al destinatario della misura di sicurezza o della dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato o di

tendenza a delinquere (ovvero, *ex art. 666*, comma 8, cod. proc. pen., al di loro tutore o curatore se infermi di mente) - **sia** al difensore dei medesimi soggetti, legittimazione autonoma e concorrente confermata, quanto al ricorso per cassazione, dall'art. 666, comma 6, cod. proc. pen.

E poiché il termine “*interessato*”, impiegato dalla disposizione all'esame, è di una genericità e latitudine tale da consentire di ricomprendere in esso **non soltanto** - secondo l'originaria, limitata accezione codicistica - colui al quale è stata applicata una misura di sicurezza o gli altri soggetti sopra indicati, **ma anche** - in via di interpretazione evolutiva - ogni altro soggetto, diverso dal pubblico ministero, che, come il detenuto reclamante *ex artt. 35-bis e 35-ter O.P.* o come l'Amministrazione penitenziaria reclamata, sia **parte necessaria** del procedimento disciplinato dagli artt. 678 e segg. del codice di rito penale per effetto di normative sopravvenute che quel procedimento abbiano successivamente esteso ad altre materie, è ragionevole concludere che **anche** l'Amministrazione penitenziaria possa interporre reclamo avverso la decisione del magistrato di sorveglianza direttamente e senza necessità del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Peraltro, ove si opinasse diversamente, dovrebbe necessariamente concludersi, per il principio di parità delle parti nel processo e, ancor prima, per evidenti ragioni di coerenza logica, che l'obbligo di difesa tecnica nella fase di gravame del procedimento di reclamo *ex artt. 35-bis e 35-ter O.P.* riguarderebbe, in pari misura, **sia** l'Amministrazione penitenziaria convenuta **sia** il detenuto attore.

*

Né a diverse conclusioni è suscettibile di indurre il recente arresto di cui a Cass., Sez. un., 17 novembre 2014, n. 47239 che, com'è noto, ha affermato il principio di diritto secondo il quale “*la mancanza della procura speciale ai sensi dell'art. 100 cod. proc. pen. delle parti private diverse dall'imputato al difensore non può essere sanata, previa concessione di un termine da parte del giudice, ai sensi dell'art. 182, comma secondo, cod. proc. civ., ma comporta l'inammissibilità dell'impugnazione*”.

La pronuncia, resa in riferimento a ricorso per cassazione *ex art. 325 cod. proc. pen.* proposto, nell'ambito di un procedimento di prevenzione patrimoniale *ex l. 31 maggio 1965, n. 575*, dal difensore, privo di procura speciale, del terzo assoggettato a provvedimento di confisca immobiliare, non pare infatti pertinente - riguardando essenzialmente lo *jus postulandi* del difensore - ai fini della soluzione della questione che ne occupa - concernente invece il diritto/potere della parte/Amministrazione penitenziaria di proporre l'impugnazione personalmente, senza l'assistenza di un patrocinatore -.

L'art. 325 cod. proc. pen., il quale prevede e disciplina il ricorso per cassazione avverso le ordinanze in materia di misure cautelari reali emesse a norma degli artt. 322-*bis* e 324 cod. proc. pen. - disposizione applicabile anche

alle impugnazioni proposte contro provvedimenti che dispongono misure di prevenzione patrimoniale -, riconosce infatti il diritto di impugnazione, rispettivamente, al pubblico ministero, all'imputato (o al proposto) e al suo difensore nonché alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione.

Il difensore della persona alla quale le cose sono state sequestrate e di quella che avrebbe diritto alla loro restituzione **non** ha dunque, a differenza del difensore dell'imputato (e del proposto), un autonomo e concorrente diritto di impugnazione.

Inoltre, come afferma la Cassazione, questi soggetti processuali sono, al pari delle altre parti private diverse dall'imputato - parte civile, responsabile civile e persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria -, gravati "*dall'onere di patrocinio*": con la conseguenza che essi, non solo - come previsto, in termini generali, dall'art. 100, comma 1, cod. proc. pen. - debbono necessariamente stare in giudizio col ministero di un difensore - il quale, non essendo titolare, a differenza del difensore dell'imputato, di un autonomo diritto di impugnazione, può proporre appello o ricorso per cassazione **solo** se a ciò abilitato, a mezzo di procura speciale, dalla parte rappresentata -, ma, *a fortiori*, non possono neppure, e a differenza, ancora una volta, dall'imputato, proporre personalmente l'impugnazione.

Diversamente, come s'è detto, l'art. 680, comma 1, cod. proc. pen. riconosce una legittimazione autonoma e concorrente all'impugnazione **sia** agli "interessati" - e, quindi, per quanto s'è detto in precedenza e per quanto qui rileva, **anche** alle parti (**necessarie**) del procedimento di reclamo *ex artt. 35-bis e 35-ter O.P.* - sia al difensore di questi: di conseguenza, e a differenza delle altre parti private, gli "interessati" - e, quindi, **anche** le parti del procedimento di reclamo *ex artt. 35-bis e 35-ter O.P.*, **Amministrazione penitenziaria compresa** - possono proporre gravame, quantomeno di merito, **anche personalmente**, senza necessità del patrocinio di un difensore tecnico.

*

Nulla deve invece ritenersi innovato in relazione al procedimento davanti alla Corte di cassazione per il quale resta ferma la competenza esclusiva dell'Avvocatura dello Stato.

*

Sul presente parere è stato sentito, ai sensi dell'art. 26 della legge 3 aprile 1979, n. 103, il Comitato consultivo dell'Avvocatura dello Stato il quale si è espresso in conformità.

Onere di pagamento del contributo unificato in caso di soccombenza reciproca nel giudizio

PARERE 12/02/2015-70211, AL 39157/14, AVV. ALESSANDRO DE STEFANO

1. Con la nota in riferimento codesta Amministrazione chiede il parere di questa Avvocatura sulla imputazione dell'onere di pagamento del contributo unificato di cui all'art. 13, comma 6 *bis*, del d.p.r. n. 115 del 2002 (introdotto dall'art. 21, comma 4, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e più volte modificato con leggi successive), nell'ipotesi di soccombenza reciproca o parziale nel giudizio.

2. Sulla questione questa Avvocatura si è già espressa con parere del 10 maggio 2013, prot. 204029, reso su audizione del Comitato Consultivo ed allegato in copia. In tale parere si è sostenuto che il contributo deve essere posto *“a carico della o delle parti soccombenti nei limiti della loro soccombenza”*; da ciò consegue che, se le parti devono ritenersi soccombenti in parti uguali, l'onere del contributo deve essere diviso per metà.

3. Sul tema si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato con sentenza del 3 febbraio 2014, n. 473, secondo cui in sede di ottemperanza al giudicato il giudice amministrativo non può disporre il rimborso del contributo anticipato dalla parte che sia risultata parzialmente vittoriosa, in quanto *“il contributo in questione è oggetto di una obbligazione ex lege sottratta alla potestà del giudice, sia quanto alla possibilità di disporre la compensazione, sia quanto alla determinazione del suo ammontare”*.

4. In senso opposto si è invece pronunciato il Tar Basilicata con sentenza del 23 gennaio-28 febbraio 2013, n. 105, che - richiamando giurisprudenza del Consiglio di Stato asseritamente prevalente (Cons. Stato, sentenze nn. 4596/11 e 1657/11) - ha affermato che *“il predetto art. 13, comma 6 bis, DPR n. 115/2002 va interpretato nel senso che il rimborso del Contributo Unificato va corrisposto al ricorrente ogni volta che questi risulti vittorioso ed è comunque dovuto a prescindere indipendentemente da come il Giudice disponga in ordine alle spese, essendo lo stesso connesso esclusivamente al verificarsi della situazione di fatto rappresentata dall'accoglimento del ricorso”*. Da ciò consegue che *“in caso di accoglimento parziale del ricorso, la parte resistente soccombente va condannata [in sede di ottemperanza: n.d.r.] al pagamento del Contributo Unificato”*.

5. Le richiamate sentenze del Consiglio di Stato nn. 4596/11 e 1657/11, a propria volta, non affrontano in realtà il problema del riparto delle spese in caso di soccombenza reciproca o parziale, ma si limitano ad affermare che in sede di ottemperanza il giudice amministrativo può condannare la parte soccombente al pagamento - oltre che delle spese di lite e degli accessori (IVA, della CPA, spese generali) - anche del contributo unificato.

6. L'analisi della giurisprudenza citata induce dunque a ritenere che il recupero del contributo da parte del soggetto vittorioso (in tutto o in parte) rientra tra gli effetti del giudicato ed è soggetto, come tale, alla cognizione del giudice amministrativo in sede di ottemperanza.

7. Nel caso di soccombenza parziale o reciproca, peraltro, sussistono orientamenti divergenti: la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 473/14 nega il diritto al rimborso a favore di colui che abbia anticipato il pagamento del contributo, mentre il Tar Basilicata lo ammette in ogni caso in misura intera. Entrambe queste pronunce appaiono peraltro alquanto sommarie: la prima si limita a rilevare che il diritto al rimborso non può discendere dalla mera compensazione delle spese, e non esamina "*ex professo*" la disciplina relativa alla rivalsa, che è contenuta nell'art. 13, comma 6 *bis* 1, del citato d.p.r. n. 115 del 2006; la seconda non appare adeguatamente motivata, perché si richiama a giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato, che in realtà si limita ad esaminare gli aspetti di ordine processuale, e non quelli di carattere sostanziale.

8. Queste oscillazioni giurisprudenziali hanno indotto questa Avvocatura a riesaminare la questione, al fine di verificare la correttezza delle conclusioni a suo tempo raggiunte con la consultazione innanzi citata. A seguito di un attento esame, si ritiene di dover confermare le conclusioni cui si è pervenuti con il precedente parere.

9. Il citato art. 13, comma 6 *bis* 1, del d.p.r. n. 115 del 2006, dispone che: "*L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza*".

10. Tale norma disciplina dunque i rapporti interni tra le parti inerenti al pagamento del contributo, e prevede il diritto di rivalsa del ricorrente o dell'appellante nel caso di esito favorevole della lite. La soccombenza nel giudizio della parte resistente o dell'appellato origina dunque un rapporto obbligatorio di natura civilistica, rimesso alla cognizione del giudice amministrativo in sede di ottemperanza e riguardante il recupero del contributo da parte del soggetto obbligato al versamento.

11. In base ad una prima interpretazione, che sembra implicitamente accolta dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 473/14, si potrebbe sostenere che la norma abbia inteso affermare che il soggetto obbligato al versamento del contributo è tenuto "*in ogni caso*" a sopportare il relativo onere economico, qualora sia risultato in qualche misura "*soccombente*". In questo modo, si accentua il carattere tributario del contributo, quale onere connesso all'accesso alla tutela giurisdizionale, e si limita la rivalsa al solo caso in cui tale onere appaia manifestamente iniquo in considerazione dell'esito totalmente favorevole della lite.

12. Ad una più attenta analisi, occorre rilevare tuttavia che la norma ha

inteso favorire “*in ogni caso*” la rivalsa, anche se sia stata disposta la compensazione delle spese e se la parte resistente o appellata non si sia costituita. In questa ottica, non si giustifica il diniego del recupero del contributo anticipatamente versato nei casi in cui la parte resistente o appellata sia risultata soccombente solo in parte.

13. Il diritto alla rivalsa anche in caso di soccombenza parziale non implica tuttavia che il recupero possa avvenire per l'intero. Tale soluzione non appare proporzionata, né appare giustificata dalla lettera della legge (la quale stabilisce che il soccombente è sempre tenuto a sostenere l'onere del contributo, ma non dice che l'intero onere del contributo è a carico del soccombente parziale).

14. L'inattendibilità delle due soluzioni estreme impone di ricercare una soluzione logica che, nell'apparente silenzio del citato art. 13, comma 6 *bis* 1, del d.p.r. n. 115 del 2006, consenta di realizzare l'equo riparto dell'onere del contributo tra tutte le parti del giudizio nel caso di soccombenza parziale o reciproca. Questa soluzione appare evidente qualora si consideri che la norma, riferendosi formalmente al caso in cui si debba ravvisare un solo soccombente, ha inteso in realtà affermare che l'onere del contributo deve essere sostenuto da qualunque soccombente; ne consegue che, nel caso di soccombenza reciproca esso è dovuto non “*dalla parte*”, ma “*dalle parti soccombenti*”. In altri termini, la norma “*minus dixit quam voluit*”, perché si è riferita al caso della soccombenza di una sola parte per affermare una regola valevole anche nel caso di soccombenza di più parti.

15. Per quanto riguarda il criterio di riparto applicabile in quest'ultima ipotesi, occorre fare riferimento ai principi desumibili dalla rivalsa nelle obbligazioni solidali, alla quale la fattispecie in esame è riconducibile. Per tale ragione, in applicazione dell'art. 1298 c.c., l'obbligazione si divide in parti uguali tra tutti i soccombenti, salva la prova che la soccombenza si sia verificata in misura proporzionalmente diversa. In quest'ultimo caso, il riparto dovrà avvenire in rapporto alla rispettiva misura di soccombenza, da determinare in via equitativa sulla base delle risultanze di causa.

16. Poiché nel caso di specie si può ragionevolmente affermare che la soccombenza si sia registrata in uguale misura, e non vi sono comunque elementi per stabilire che si sia verificata in misura diversa, si può riconoscere il diritto della controparte a recuperare il 50% dei contributi versati.

17. Il presente parere è stato reso dopo l'audizione del Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella seduta del 6 febbraio 2015.

L'obbligo di pubblicazione dei dati patrimoniali da parte dei componenti degli organi di indirizzo politico delle p.A.

PARERE 20/02/2015-86746, AL 31876/14, AVV. ANTONIO GRUMETTO

È richiesto alla Scrivente un parere sui seguenti quesiti:

“se un consigliere di amministrazione di codesta Amministrazione () sia tenuto a comunicare i dati di cui all'articolo 14, comma 1, lettera f) del D.lgs 33/2013”*

“se in caso di risposta affermativa al precedente quesito, il rifiuto di fornire tali dati consenta l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui al predetto D.lgs anche dopo le dimissioni del soggetto obbligato”.

1. PREMESSA

Giova preliminarmente osservare che, come precisato - su richiesta della Scrivente - da codesta Amministrazione nella nota del 9 dicembre 2014, il primo quesito sottoposto a questo Organo legale non riguarda l'obbligo di un consigliere di amministrazione di comunicare gli altri dati previsti dall'articolo 14 del D.Lgs n. 33/2013, ma solo l'obbligo, da parte del predetto soggetto, di rendere la dichiarazione patrimoniale di cui alla lettera f) della predetta disposizione.

Sempre nella predetta nota, anche in questo caso su richiesta della Scrivente, codesta Amministrazione ha cura di precisare che “gli altri componenti del Consiglio di Amministrazione ... hanno fornito le dichiarazioni ... riferite all'anno 2012 ...” nonché “che ... al momento è in corso la richiesta ai Consiglieri di aggiornamento annuale delle informazioni”.

Il presente parere, quindi, verrà reso partendo dal dato di fatto, non esaminato dalla Scrivente, che il consigliere di amministrazione di codesta Amministrazione sia soggetto agli obblighi previsti ai sensi dell'articolo 14 del D.Lgs n. 33 del 2013 in quanto *“incarico politico, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico”*.

In altri termini, il parere reso dalla Scrivente è limitato al profilo oggettivo della questione, vale a dire: se i presupposti perché sorga l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 14 lett. f) siano gli stessi previsti per l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 della L. n. 441 del 1982.

2. SUL PRIMO QUESITO

Così delimitato il quesito sottoposto alla Scrivente, si osserva quanto segue.

(*) Termine interposto in sede di pubblicazione al fine di evitare l'identificazione del soggetto pubblico al quale il parere è diretto.

La disposizione dell'art. 14 del D.lgs 33/2013 prevede che:

*Obblighi di pubblicazione concernenti i componenti
degli organi di indirizzo politico*

1. *Con riferimento ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale regionale e locale, le pubbliche amministrazioni pubblicano con riferimento a tutti i propri componenti, i seguenti documenti ed informazioni:*

a) *l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo;*

b) *il curriculum;*

c) *i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici;*

d) *i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti;*

e) *gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti;*

f) *le dichiarazioni di cui all'articolo 2, della legge 5 luglio 1982, n. 441, nonché le attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso. Alle informazioni di cui alla presente lettera concernenti soggetti diversi dal titolare dell'organo di indirizzo politico non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 7.*

2. *Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati cui al comma 1 entro tre mesi dalla elezione o dalla nomina e per i tre anni successivi dalla cessazione del mandato o dell'incarico dei soggetti, salve le informazioni concernenti la situazione patrimoniale e, ove consentita, la dichiarazione del coniuge non separato e dei parenti entro il secondo grado, che vengono pubblicate fino alla cessazione dell'incarico o del mandato. Decorso il termine di pubblicazione ai sensi del presente comma le informazioni e i dati concernenti la situazione patrimoniale non vengono trasferiti nelle sezioni di archivio.*

Ritiene la Scrivente che, al fine di determinare l'ambito di applicazione dell'obbligo di pubblicazione dei dati di cui all'articolo 14 lett. f), non si debba far riferimento all'ambito di applicazione della legge n. 441 del 1982, bensì alla *sedes materiae* in cui tale obbligo di pubblicazione è inserito.

L'articolo 14, infatti, individua l'ambito dell'obbligo di pubblicazione da esso disciplinato attraverso il riferimento, contenuto nel comma 1 del medesimo articolo, ai documenti e alle informazioni relative ai "titolari di incarichi politici di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico di livello statale regionale e locale".

È con riferimento a tale delimitazione soggettiva, contenuta nel comma

1 dell'articolo 14, che deve essere determinato l'ambito di applicazione dell'obbligo di pubblicazione di documenti e informazioni disciplinato dalla medesima disposizione.

Ritenere diversamente - e cioè sostenere che ai fini della pubblicazione dei documenti delle informazioni di cui alla lettera f) dell'art. 14 debba farsi riferimento all'ambito di applicazione della legge n. 441 del 1982 ivi richiamata - significherebbe far dipendere l'applicazione di una disposizione del D.lgs n. 33 del 2013 da disposizioni contenute in un diverso contesto normativo.

A ciò si aggiunga che il richiamo contenuto nell'articolo 2 della legge 5 luglio 1982 n. 441 non può essere inteso come un integrale rinvio ad una disposizione applicabile anche ai fini del D.lgs n. 33 del 2013 e ciò in quanto:

1. solo la lettera f) dell'articolo 14 prevede che venga data evidenza al mancato consenso alla pubblicazione delle dichiarazioni di cui all'articolo 2 della legge n. 441 del 1982 che riguardino il coniuge non separato e ai parenti entro il 2° grado, laddove la disposizione da ultimo richiamata nulla prevede a tale proposito;

2. solo per la mancata comunicazione dei documenti e delle informazioni di cui all'articolo 14 è prevista la possibilità di applicare una sanzione amministrativa pecuniaria da € 500 a 10.000 a carico del responsabile della mancata comunicazione, laddove non è prevista alcuna sanzione amministrativa per le dichiarazioni di cui all'articolo 2 della legge 5 luglio 1982 n. 441.

La differenza di disciplina fra le 2 disposizioni in esame, quindi, rende ragione dell'interpretazione proposta, secondo cui la f) dell'articolo 14 non è meramente riproduttiva della disposizione di cui all'articolo 2 della legge n. 441 del 1982.

3. SUL SECONDO QUESITO

Quanto al secondo quesito sottoposto, la Scrivente ritiene che la cessazione dall'incarico per dimissioni non faccia venire meno il potere di applicare la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 47 del D.lgs n. 33 del 2013, per l'ipotesi di mancata incompleta comunicazione dell'informazione dei dati di cui all'articolo 14 concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica.

Nel sistema del D.lgs n. 33 del 2013, infatti, la cessazione dell'incarico rileva solo ai fini dell'eventuale rimozione della pubblicazione dei dati e delle informazioni per i quali è obbligatoria la pubblicazione. Il comma 2 dell'articolo 14, infatti, prevede che alla cessazione dell'incarico o del mandato venga meno l'obbligo di continuare a dare pubblicità alle informazioni concernenti la situazione patrimoniale e, ove consentito, alla dichiarazione del coniuge non separato e dei parenti entro il 2° grado; ma ciò non implica che la cessazione dell'incarico o del mandato costituisca una causa di decadenza dal potere di irrogare la sanzione amministrativa prevista per l'inadempimento dell'ob-

bligo di comunicare le informazioni e dati di cui all'articolo 14.

Giova a questo proposito quanto previsto dal 3° comma dell'articolo 47 del D.lgs n. 33 del 2013: quest'ultimo, infatti, prevedendo che le sanzioni di cui ai commi 1 e 2 sono irrogate dall'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla legge 24 novembre 1981 n. 689, comporta che per le cause di estinzione del potere di applicare la sanzione debba aversi riguardo al sistema previsto in generale per le sanzioni amministrative dalla legge n. 689 del 1981, con ciò escludendosi, pertanto, la possibilità di individuare cause di estinzione della potestà sanzionatoria diverse da quelle previste in via generale da quest'ultima legge.

*

Giova da ultimo segnalare che, con deliberazione del 21 gennaio 2015 n. 10, l'ANAC, dopo aver ricostruito l'evoluzione normativa relativa alla disciplina in materia di anticorruzione, in special modo con riguardo alle modifiche introdotte dal decreto-legge 90/14, ha ritenuto che *"poiché il sistema della trasparenza che discende dalla legge 190/2012, dal D.Lgs 33/2013 e dal decreto-legge 90/2014 rientra nell'ambito della competenza statale, anche la disciplina sanzionatoria come delineata nell'articolo 47, comma 3, si ritiene debba essere sottratta da altre fonti normative ed interpretata ed applicata coerentemente"*; alla luce di tale premessa l'ANAC ha ritenuto, con la citata deliberazione, ancora che tale Autorità *"... è il soggetto competente ad avviare il procedimento sanzionatorio per le violazioni di cui all'articolo 47, co. 1 e 2, del D.Lgs 33/2013, provvedendo all'accertamento, alle contestazioni e alle notificazioni ai sensi degli articoli 13 e 14 della legge 689/1981 ai fini del pagamento in misura ridotta ..."* e che *"qualora non sia stato effettuato ad ANAC il pagamento in misura ridotta, il Presidente dell'Autorità, ..., ne dà comunicazione con un apposito rapporto ai sensi dell'articolo 17, co. 1, della legge 689/1981, al prefetto del luogo ove ha sede l'ente in cui sono state riscontrate le violazioni per l'irrogazione della sanzione definitiva"*.

La citata delibera si conclude affermando che la disciplina ora riassunta si applica qualora, alla data di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della delibera stessa, il procedimento sia stato avviato ma la fase istruttoria non sia stata ancora conclusa con la trasmissione degli atti all'ufficio cui spetta l'irrogazione della sanzione.

Pertanto vorrà codesta Amministrazione tener conto di tali indicazioni nel successivo svolgimento del procedimento applicativo della sanzione.

Nei sensi detti è il parere della Scrivente sul quale è stato sentito il Comitato consultivo il quale si è espresso in conformità.

Applicabilità di misure di salvaguardia di assetto idrogeologico in mancanza di approvazione di una generale attività di pianificazione

PARERE 24/02/2015-93026, AL 40843/14, AVV. ALESSANDRO DE STEFANO

1. Con la nota in riferimento codesta Amministrazione chiede il parere di questa Avvocatura sulla legittimità del provvedimento adottato dal Comitato Istituzionale dell’Autorità di bacino dei fiumi Liri-Garigliano e Volturno nella seduta del 3 luglio 2014, con il quale sono state approvate misure di salvaguardia per le aree individuate a più elevata pericolosità e rischio idraulico (non ancora perimetrare nei Piani di Assetto Idrogeologico vigenti e non ancora soggette ad alcuna specifica regolamentazione), ai sensi dell’art. 65, comma 7, del d.lgs. n. 152 del 2006, che riproduce l’art. 17, comma 6 bis, della l. n. 183 del 1989.

2. A tal proposito, codesta Amministrazione osserva che le misure di salvaguardia rappresentano misure di carattere provvisorio *“da osservare in difetto della approvazione di una specifica disposizione di piano, allo scopo di consentire che gli effetti di quest’ultimo possano essere garantiti fino al momento in cui il provvedimento potrà esplicare in pieno la sua efficacia”*, e che *“in materia di territorio e di acque, le misure di salvaguardia si caratterizzano per l’estrema genericità del loro oggetto e per il fatto di non essere necessariamente collegate alla previa adozione di un piano di bacino, o di un suo stralcio”*.

3. Tuttavia, codesta Amministrazione rileva che alcune recenti pronunce giurisprudenziali hanno escluso che il potere di adottare misure di salvaguardia possa essere esercitato indipendentemente dall’avvenuta adozione del piano da parte dell’organo deliberante, e che con recente nota del 20 agosto 2014, n. 345203, diretta all’Autorità di bacino del fiume Tevere, questa Avvocatura ha sostenuto che non sia opportuno adottare misure di tal genere in pendenza dell’espletamento della procedura di valutazione ambientale strategica; chiede quindi un definitivo parere sulla potestà delle Autorità di Bacino di adottare simili misure e sulle iniziative da adottare a seguito della citata deliberazione del Comitato Istituzionale dell’Autorità di bacino dei fiumi Liri-Garigliano e Volturno.

4. Questa Avvocatura osserva che le misure di salvaguardia sono previste da varie norme di natura urbanistica ed ambientale (cfr., tra le altre, art. 3, l. n. 765 del 1967, in materia urbanistica; art. 6 della l. n. 394 del 1991, relativo alla tutela delle aree protette; art. 17, comma 6 bis, della l. n. 183 del 1989 ed art. 65, comma 7, della l. n. 152 del 2006, in tema di acque pubbliche) come strumenti di natura transitoria e con finalità cautelari, prive di carattere conformativo, dirette ad evitare che i previsti effetti di un’attività di pianificazione in corso di svolgimento possano essere vanificati mediante interventi che con-

trastino con i suoi obiettivi e che siano favoriti (o non impediti) dalla persistente mancanza di divieti e vincoli.

5. Tenuto conto della strumentalità delle misure di salvaguardia rispetto ai definitivi effetti che potranno derivare dalla imposizione di vincoli conformativi del territorio, la giurisprudenza della S. Corte ha costantemente affermato che la loro adozione è consentita solo quando sia stata già compiuta e resa nota un'attività di pianificazione, che sia tuttavia ancora in corso di approvazione.

6. In materia urbanistica si è affermato che *“le misure di salvaguardia... non hanno natura conformativa, trattandosi di misure transitorie con finalità meramente cautelari e di salvaguardia... [e si riferiscono] a PRG adottato ma non ancora approvato”* (Cass., 17 dicembre 2003, n. 19314. In senso conforme: Cass., 26 maggio 2004, n. 10126). Analogamente, si è precisato che le predette misure hanno lo scopo di *“impedire che... con l'emissione di provvedimenti incompatibili con il piano in fase di approvazione, possa esserne pregiudicata la concreta attuazione”* (Cass., n. 17681 del 2010); con la conseguenza che, qualora manchi l'adozione di un piano regolatore, *“non possono essere adottate le misure di salvaguardia, in quanto non si ha una situazione di pendenza della fase di approvazione”* (Cass., n. 6171 del 2007).

7. Analoghi principi sono stati costantemente affermati con specifico riferimento alle misure di salvaguardia adottate a protezione del territorio dal rischio idrogeologico. Secondo la sentenza resa dalle SS.UU. della Corte di Cassazione il 16 marzo 2004 con il n. 5318, *“Le misure di salvaguardia di competenza dell'Autorità di bacino, ai sensi dell'art. 17, comma sesto - bis, Legge n. 183 del 1989, configurano un'anticipazione dell'operatività di determinazioni già prese e di contenuto noto o conoscibile e sono rivolte ad evitare che i tempi occorrenti per il completamento dell'iter procedimentale, a sua volta necessario per l'efficacia di quelle determinazioni, possano vanificare gli obbiettivi perseguiti, consentendo (o addirittura stimolando) comportamenti divergenti dal tenore dell'atto in corso di approvazione. Esse, pertanto, presuppongono l'adozione di un piano di bacino in attesa di approvazione che, ove mancasse, porrebbe di fronte ad un'anomala ed inammissibile funzione di supplenza indirizzate ad ovviare all'inerzia degli organi competenti nel promuovere e concludere le fasi procedurali della sua predisposizione e adozione”*.

8. In senso analogo si è affermato che: *“In tema di acque pubbliche, il potere dell'Autorità di bacino di prendere misure di salvaguardia, ai sensi dell'art. 17, comma 6 bis, della legge 18 maggio 1989, n. 183, presuppone l'adozione di un piano di bacino in attesa di approvazione e, pertanto, quando tale piano non sia stato ancora adottato, esso difetta del tutto. La salvaguardia, difatti, riguarda le scelte effettuate con il piano di bacino, non le finalità a tutela delle quali il piano medesimo deve essere predisposto ed adottato, per*

cui essa trova i suoi limiti - genetici, funzionali e cronologici - nell'alveo progettuale cui deve raccordarsi. Diversamente, si attribuirebbe all'Autorità di bacino un'anomala funzione di supplenza, per ovviare all'inerzia degli organi competenti nel promuovere e concludere le fasi procedurali della predisposizione e dell'adozione del piano, e si eluderebbero modalità indispensabili per la coordinata difesa di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati" (Cass., 23 maggio 2006, n. 12084).

9. La stretta connessione ed il rapporto di strumentalità tra le misure di salvaguardia ed il piano di bacino si evincono d'altronde dal criterio sistematico di interpretazione. Sia l'art. 17, comma 6 *bis*, della l. n. 183 del 1989, sia l'art. 65, comma 7, del d.lgs. n. 152 del 2006 (nel quale la norma originaria è stata trasfusa), collocano la disciplina delle misure di salvaguardia all'interno di quella riguardante la formazione dei piani di bacino, così evidenziando l'intima relazione tra i due istituti.

10. Per queste ragioni, si deve escludere la possibilità di adottare misure di salvaguardia - come sembra avvenuto nel caso dell'Autorità di bacino dei fiumi Liri-Garigliano e Volturno qui segnalato - in funzione meramente anticipatoria di un'attività di pianificazione non ancora avviata ed allo scopo di supplire alla mancanza di una adeguata regolamentazione del territorio. Né sembra possibile sostenere che l'adozione di simili misure possa essere legittimata dalla sola individuazione delle 4 classi di rischio di cui al D.P.C.M. del 29 settembre 1998. Infatti, sebbene le mappe di rischio costituiscano lo strumento principale per orientare gli obiettivi del piano di gestione del rischio alluvioni, non si può affermare che la loro approvazione equivalga all'elaborazione di un piano, del quale devono essere ancora precisati e pubblicizzati i contenuti ed al quale i provvedimenti di salvaguardia devono fare necessario riferimento in funzione anticipatoria.

11. Occorre a tal punto identificare il momento in cui il piano può ritenersi "adottato", secondo i principi enunciati dalla giurisprudenza della S. Corte, ed in cui si possano ritenere integrate le condizioni per applicare le opportune "misure di salvaguardia", allo scopo di conservare lo "*status quo ante*" e di evitare irreversibili e pregiudizievoli trasformazioni del territorio, capaci di compromettere gli obiettivi dell'intervento nelle more della sua definitiva approvazione. A tal fine, appare necessario considerare l'attuale disciplina del procedimento finalizzato all'approvazione dei piani di bacino, approfondendo e rimeditando le indicazioni (di carattere prevalentemente operativo) che sono state fornite all'Autorità del fiume Tevere con la consultazione precedentemente richiamata.

12. Questa analisi si rivela alquanto complessa e disagiata, per la difficoltà di ricostruire le fasi del procedimento secondo l'attuale Codice dell'Ambiente. Nell'ambito dello stesso d.lgs. n. 152 del 2006, si ravvisa infatti un concorso di norme apparentemente concorrenti o contrastanti tra loro, che oc-

corre perciò armonizzare tra loro attraverso la attenta ricostruzione dell'evoluzione normativa e previa verifica della loro effettiva vigenza.

13. Occorre considerare che le disposizioni sull'approvazione dei Piani di bacino sono contenute nella Terza Parte, Titolo II, Capo II, del citato Codice dell'Ambiente (artt. 65 e ss. del d.lgs. n. 152 del 2006), e recepiscono le norme già contenute nel Titolo II, Capo II, della citata legge n. 183 del 1989. In sintesi, esse affidano all'Autorità di bacino il compito di redigere il piano (art. 65, comma 2) e di adottare le correlate misure di salvaguardia (art. 65, comma 7), sulla base degli indirizzi, dei metodi e dei criteri fissati dalla Conferenza Istituzionale permanente (art. 65, comma 3) e con la partecipazione dei tutti i soggetti interessati (art. 66, comma 7). A conclusione dell'istruttoria, il piano deve essere "adottato" dalla Conferenza Istituzionale permanente (art. 66, comma 2), ed "approvato" con d.p.c.m. (art. 66, comma 6).

14. L'art. 66, comma 1, del d.lgs. in esame, prevede che nell'ambito di questo procedimento si inserisce, prima dell'approvazione, la valutazione ambientale strategica statale (V.A.S.). Inizialmente, questa disposizione si coordinava coerentemente con quelle dell'originario testo della Seconda Parte del Codice, che configurava la V.A.S. statale come un sub-procedimento, di competenza del Ministero dell'Ambiente, che si inseriva tra la fase dell'adozione e quella dell'approvazione del piano e si esauriva nella formulazione di un parere in merito al piano, già debitamente redatto ed adottato (o comunque proposto) dall'Autorità di bacino nelle forme che si sono brevemente delineate al punto precedente (cfr. artt. 15 e ss. del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo originario).

15. L'originario testo degli artt. 65 del d.lgs. n. 152 del 2006 è rimasto sostanzialmente inalterato; il Titolo II della Seconda Parte del Codice (che contiene, tra l'altro, la disciplina della V.A.S.) è stato invece interamente sostituito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

16. La novella legislativa ha profondamente modificato la struttura e la funzione della V.A.S.: mentre in precedenza essa costituiva un sub-procedimento "*integrato nelle procedure ordinarie in vigore per l'adozione ed approvazione dei piani*", e perciò finalizzato alla verifica ambientale di un piano già compiutamente redatto e proposto o adottato dall'Amministrazione competente, dopo la riforma essa si è trasformata nella sede privilegiata per la redazione del piano, attraverso la partecipazione ed il confronto tra tutti i soggetti interessati e la valutazione integrata di tutti gli elementi che devono essere presi in considerazione per assicurare la tutela ambientale ed uno sviluppo sostenibile.

17. Nel nuovo contesto, le norme della Parte Terza, Titolo II, Capo II, del Codice dell'Ambiente, recanti la disciplina del procedimento di approvazione del piano di bacino, pur essendo rimaste formalmente invariate, hanno subito una inevitabile ed implicita modificazione. Infatti, esse devono essere oggi in-

terpretate in correlazione non più alla vecchia V.A.S., alla quale fanno sostanziale riferimento, ma in combinazione con la nuova V.A.S., che - come detto - disciplina in modo totalmente diverso le modalità di formazione del piano. Mentre la vecchia V.A.S. era *“integrata nelle procedure ordinarie”*, la nuova V.A.S. *“costituisce ... parte integrante del procedimento di adozione ed approvazione”* del piano o programma (art. 11, u.c., d.lgs. cit., nel testo attuale). Da ciò consegue che le norme contenute negli artt. 65 e ss. del Codice devono ritenersi implicitamente modificate o abrogate, allorché si pongano in contrasto con le disposizioni del Titolo II della Seconda Parte, così come sostituito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

18. Ciò premesso in via generale, si osserva che nel contesto normativo istituito dalla riforma del 2008, l'art. 66, comma 1, del Codice, che sottopone a valutazione ambientale strategica (V.A.S.) i piani di bacino, deve essere correlato con l'attuale testo dell'art. 6, comma 2, lett. a, dello stesso Codice, secondo cui sono sottoposti a tale valutazione *“i piani e i programmi... che sono elaborati per la valutazione e gestione... delle acque”*, allo scopo di *“garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile”* (art. 4, comma 4, lett. a, d.lgs. n. 152 del 2006).

19. La V.A.S. è avviata dall'autorità procedente *“contestualmente al processo di formazione del piano o programma”* (art. 11, comma 1, d.lgs. cit.), *“sulla base di un rapporto preliminare sui possibili impatti ambientali significativi dell'attuazione del piano o programma”* (art. 13, comma 1, d.lgs. cit.). Come si è già rilevato, essa *“costituisce ... parte integrante del procedimento di adozione ed approvazione”* del piano (art. 11, u.c., d.lgs. cit.); essa *“comprende... l'elaborazione del rapporto ambientale”* (art. 11, comma 1, lett. b, cit.), in base ad una attività di collaborazione tra l'autorità procedente e quella competente ad esprimere la valutazione ambientale strategica (art. 11, comma 2, lett. b, d.lgs. cit.), secondo le disposizioni contenute nel predetto art. 13.

20. L'elaborazione del rapporto ambientale conduce alla formulazione di una *“proposta di piano o di programma”*, che *“è comunicata... all'autorità competente”* e che, per quanto prescritto dall'art. 14, commi 2 e 3, del d.lgs. in esame, è messa a disposizione, unitamente al rapporto ambientale, *“dei soggetti competenti in materia ambientale e del pubblico interessato affinché questi abbiano l'opportunità di esprimersi”* (art. 13, comma 5, d.lgs. cit.).

21. Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo vigente, *“contestualmente alla comunicazione di cui all'articolo 13, comma 5, l'autorità procedente cura la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana o nel Bollettino Ufficiale della regione o provincia autonoma interessata”*, contenente *“il titolo della proposta di piano o*

di programma, il proponente, l'autorità procedente, l'indicazione delle sedi ove può essere presa visione del piano o programma e del rapporto ambientale e delle sedi dove si può consultare la sintesi non tecnica". Dalla data di pubblicazione di tale avviso "decorrono i tempi dell'esame istruttorio e della valutazione" (art. 13, comma 5, cit.). Il rapporto ambientale "costituisce parte integrante del piano o del programma e ne accompagna l'intero processo di elaborazione ed approvazione" (art. 13, comma 3, d.lgs. cit.).

22. Alla redazione del piano ambientale segue la fase di valutazione, che si svolge "anteriormente all'approvazione del piano o del programma... e comunque durante la fase di predisposizione dello stesso", al fine di "garantire che gli impatti significativi sull'ambiente derivanti dall'attuazione di detti piani e programmi siano presi in considerazione durante la loro elaborazione e prima della loro approvazione" (art. 11, comma 3, d.lgs. cit.). La valutazione viene espressa, a seguito di consultazioni aperte alla partecipazione di tutti i soggetti interessati (art. 14 del d.lgs. in esame) e di apposite "attività tecnico-istruttorie", attraverso un "parere motivato" dell'autorità competente (art. 15, comma 1, d.lgs. cit.), che costituisce "un provvedimento obbligatorio e vincolante che sostituisce o coordina, tutte le autorizzazioni, le intese, le concessioni, le licenze, i pareri, i nulla osta e gli assensi comunque denominati in materia ambientale e di patrimonio culturale" (art. 5, comma 1, lett. o, del d.lgs. in esame). Sulla base di tale parere e tenuto conto dell'esito delle consultazioni, "l'autorità procedente, in collaborazione con l'autorità competente, provvede, prima della presentazione del piano o programma per l'approvazione ..., alle opportune revisioni del piano o programma" (art. 15, comma 2, d.lgs. cit.).

23. Ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. in esame, il piano o programma così elaborato è trasmesso infine "all'organo competente alla adozione o approvazione", unitamente al rapporto ambientale ed al parere motivato ed alla documentazione acquisita nell'ambito della consultazione.

24. Dall'analisi normativa che precede si evince che la formazione del piano costituisce il frutto di un complesso iter procedurale, che è avviato contestualmente al procedimento V.A.S., si sviluppa all'interno di essa e si articola nelle seguenti fasi:

- Redazione del "rapporto preliminare" da parte dell'Autorità procedente;
- Elaborazione del "rapporto ambientale" (che costituisce parte integrante del piano e ne accompagna l'intero processo di elaborazione ed approvazione), attraverso un'attività di collaborazione tra l'autorità procedente e quella competente per la V.A.S.;
- Elaborazione di una "proposta di piano", da mettere a disposizione di tutti i soggetti interessati alla partecipazione al procedimento di V.A.S.;
- "Elaborazione" o "predisposizione" del piano, che è contestuale allo

svolgimento della attività di valutazione che si realizza attraverso opportune consultazioni, sulla base delle necessarie indagini tecniche e di appositi atti istruttori;

- Formulazione di un “*parere motivato*” da parte della autorità competente ad esprimere la V.A.S.;
- Revisione del piano;
- “*Adozione*” o “*approvazione*” del piano da parte dell’Autorità procedente.

25. Nell’ambito di questo nuovo procedimento, occorre dunque identificare il momento in cui è possibile adottare le misure di salvaguardia, nel rispetto dei principi enunciati dalla giurisprudenza della S. Corte di Cassazione.

26. Ad avviso di questa Avvocatura, questo momento si identifica con quello in cui sia stata formulata la “*proposta di piano*” da sottoporre a consultazione. Infatti, questo documento (a differenza di quelli redatti nelle fasi antecedenti) appare in grado di soddisfare i requisiti sostanziali individuati dalle SS.UU. della Cassazione con la sentenza n. 5318 del 2004 e ribaditi dalla S. Corte con la sentenza n. 12084 del 2006 e con le altre analoghe. Si tratta infatti di un documento sufficientemente preciso e dettagliato, che è idoneo ad individuare gli obiettivi prefissati, risponde a criteri di pubblicità e di trasparenza, e fornisce una base sufficientemente affidabile per la elaborazione del progetto definitivo. Per tali ragioni, esso rappresenta un valido parametro per definire le misure che sono richieste in funzione preventiva e transitoria, secondo i citati indirizzi della giurisprudenza di legittimità.

27. Non appare ostativa la circostanza che gli obiettivi prefissati potrebbero essere modificati nella fase di elaborazione o di revisione del piano, perché questa possibilità rappresenta un fatto naturale per qualsiasi piano che sia stato già predisposto, ma non abbia ancora ricevuto la sua approvazione definitiva. La circostanza che il piano proposto sia suscettibile di rielaborazione nell’ambito delle consultazioni, può comportare piuttosto che le misure di salvaguardia adottate inizialmente possono essere progressivamente modificate ed opportunamente adattate nel corso del procedimento in modo da armonizzarsi con gli sviluppi dell’attività di pianificazione, sempre nel rispetto del termine triennale di efficacia stabilito dall’art. 65, comma 7, d.lgs. n. 152 del 2006.

28. Con riferimento al caso specifico, si ritiene che non si possa ritenere legittimo il provvedimento adottato dal Comitato istituzionale dell’Autorità di bacino dei fiumi Liri-Garigliano e Volturno nella seduta del 3 luglio 2014, in mancanza di qualunque strumento urbanistico e sulla sola base delle mappe della pericolosità e del rischio alluvioni già approvate ai sensi della Direttiva 2007/60/CE e del d.lgs. n. 49 del 2010. In via di astratto diritto, infatti, la citata delibera non avrebbe potuto essere adottata prima dell’avvio del procedimento finalizzato all’approvazione del piano di gestione del rischio alluvioni previsto

dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 219 del 2010, nonché della formazione e della pubblicazione di una proposta di piano nell'ambito della procedura V.A.S. da attivare contestualmente.

29. Occorre tuttavia considerare che non si ravvisano le condizioni per ricorrere all'annullamento d'ufficio del provvedimento adottato, ai sensi dell'art. 21 *novies* della l. 7 agosto 1990, e s.m.i., per insussistenza di ragioni di interesse pubblico che possano giustificare una simile determinazione. Viceversa, un eventuale provvedimento di autotutela contrasterebbe con tale interesse, perché priverebbe di tutela le zone individuate a rischio e favorirebbe inopportuni interventi che potrebbero compromettere le esigenze di sicurezza.

30. Ancor più decisamente, si ritiene che l'originario vizio del provvedimento potrebbe aver perduto rilevanza perché - come emerge dal sito dell'Autorità di bacino dei fiumi Liri-Garigliano e Volturno e come è stato confermato in un recente incontro che si è svolto presso questa Avvocatura sulle tematiche in discussione - la predetta Autorità ha dato avvio nel contempo alla procedura di V.A.S. In tale ambito, sarebbero stati già redatti il rapporto ambientale e la proposta di Piano.

31. Qualora da un'apposita istruttoria che l'Autorità vorrà incidentalmente svolgere dovesse emergere che le misure di salvaguardia adottate sono coerenti con l'attività di pianificazione così avviata, si sarebbero realizzate le condizioni per la sanatoria di ogni eventuale illegittimità della citata delibera del 3 luglio 2014. Secondo i principi generali del diritto amministrativo, infatti, si verifica la sanatoria quando un presupposto di legittimità del procedimento, mancante al momento dell'emanazione dell'atto, viene emesso successivamente in modo da perfezionare *ex post* il procedimento di formazione del provvedimento illegittimo. In tali condizioni, dunque, il provvedimento di adozione delle misure di salvaguardia potrà conservare validità ed efficacia fino all'approvazione definitiva del piano, e comunque per un periodo non superiore ai tre anni dalla data di emissione.

32. Il presente parere è stato reso previa audizione del Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella seduta del 6 febbraio 2015.

Sulla gestione del demanio marittimo

*PARERE 27/02/2015-100167/196, AL 22724/13,
AVV. MARCO STIGLIANO MESSUTI, AVV. INES SISTO*

La Direzione Marittima di Bari ha chiesto alla Avvocatura dello Stato un parere in ordine all'applicabilità dell'art. 34 ovvero dell'art. 36 del Codice della Navigazione per la disciplina di alcune aree che, pur se ancora appartenenti al demanio marittimo, hanno sostanzialmente perso ogni funzione demaniale e sono di fatto da lungo tempo in uso al Comune di Bari che vi ha installato dei parcheggi pubblici a pagamento a volte gestiti direttamente e a volte dati in gestione a terzi.

L'Autorità marittima, volendo regolarizzare quella che sostanzialmente è un'occupazione di fatto di aree appartenenti al demanio marittimo, ha chiesto all'Avvocatura di chiarire se nella fattispecie si possa far ricorso all'istituto della consegna in uso gratuito di cui all'art. 34 del C.N. ovvero se sia invece necessario ricorrere al rilascio di una concessione ai sensi dell'art. 36 del medesimo Codice.

L'art. 34 del C.N., nel testo modificato dall'art. 1 della L. n. 308/2004, prevede che, su richiesta dell'amministrazione statale, regionale o comunale, determinate parti del demanio marittimo possono essere destinate ad altri usi pubblici, cessati i quali riprendono la loro destinazione normale.

L'art. 36 del Regolamento del C.N., che disciplina concretamente tale possibilità, prevede che la destinazione temporanea delle aree demaniali in favore di altre amministrazioni debba essere autorizzata dal Ministro e debba avvenire attraverso un processo verbale di consegna redatto dal capo compartimento, precisando che tale consegna non comporta il versamento di alcun canone.

Il terzo comma del medesimo articolo prevede però che l'utilizzazione da parte di terzi di beni demaniali compresi nelle zone consegnate gratuitamente ad altre amministrazioni resta soggetto alla disciplina dell'art. 36 del C.N. ai sensi del quale l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali avviene attraverso il rilascio di una concessione a titolo oneroso.

È stata proprio tale ultima previsione a far paventare all'Amministrazione una possibile responsabilità contabile, in quanto la concessione demaniale marittima di cui all'art. 36 C.N. comporta il versamento di un canone da parte del terzo utilizzatore che andrebbe devoluto allo Stato.

Riferisce la Direzione marittima che la Regione Puglia con circolare 2 marzo 2012 n. 3668 ha affermato che le entrate riveniente dai parcheggi a pagamento non sono di ostacolo alla possibilità di applicare l'art. 34 C.N. in quanto i proventi scaturenti dalla gestione del parcheggio pubblico a pagamento avrebbero una destinazione vincolata alla manutenzione, riqualificazione e valorizzazione dell'area, ai sensi dell'art. 7 comma 7 del D. Lgs n. 285/1992 (Codice

della Strada) il quale prevede che i proventi rivenienti dalla gestione del parcheggio pubblico a pagamento, in quanto spettanti agli Enti proprietari della strada, sono destinati alla installazione, costruzione e gestione di parcheggi in superficie, sopraelevati e sotterranei e al loro miglioramento e le somme eventualmente eccedenti ad interventi per migliorare la viabilità urbana.

Analoga posizione è stata successivamente assunta dalla Direzione Regionale dell'Agenzia del Demanio (nota 21 dicembre 2012 n. 28342) la quale ha affermato che l'introito ottenuto dal pagamento del prezzo da parte dei privati per la sosta compensa le spese di manutenzione e gestione e che le aree del demanio marittimo destinate alla realizzazione dei parcheggi a pagamento si possono assimilare alle aree su cui sono presenti opere pubbliche di urbanizzazione per cui vige l'istituto della consegna ex art. 34 C.N.

Viceversa, il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Direzione Generale dei Porti, ha espresso l'avviso che la destinazione dell'area a parcheggi a pagamento, comportando comunque un provento, anche se non necessariamente un lucro (nozione questa connessa a un fine speculativo) è inconciliabile con la possibilità di applicare l'art 34 del C.N. il quale contempla la consegna gratuita delle aree demaniali solo nel caso della contemporanea presenza di tre requisiti: l'assolvimento di funzioni di pubblica utilità comprese nella sfera di competenza istituzionale dell'amministrazione regionale o locale, la temporaneità dell'uso e l'assenza di scopo lucrativo (nota 16 aprile 2012 n. 4893)

Il quesito posto all'Avvocatura è quindi il seguente: *se le aree ancora appartenenti al demanio marittimo ma di fatto utilizzate dall'Ente Locale che ne ha irreversibilmente mutato la destinazione, urbanizzandole e utilizzandole per la gestione di un servizio di parcheggi a pagamento svolto dall'Ente locale o da terzi, possano costituire oggetto di un provvedimento di consegna in uso gratuito ai sensi dell'art. 34 del C.N., ovvero se per questi casi si debba applicare l'art. 36 del C.N. con la conseguente necessità del rilascio di una concessione demaniale a titolo oneroso.*

Esaminato il quesito posto si ritiene che la questione vada affrontata e risolta in una prospettiva diversa da quella suggerita dall'Amministrazione.

Si premette che l'art. 34 del C.N. nel testo novellato richiede, per la sua applicazione, la contemporanea presenza di tre requisiti:

- 1) l'assolvimento di funzioni di pubblica utilità comprese nella sfera di competenza istituzionale dell'amministrazione regionale o locale;
- 2) la temporaneità dell'utilizzazione;
- 3) l'assenza di scopo lucrativo.

Nella fattispecie l'uso pubblico cui le superfici demaniali sono state destinate dall'amministrazione comunale non sembra essere temporaneo bensì definitivo, mancando quindi il secondo dei richiamati requisiti.

Anche il terzo requisito non può ritenersi sussistente in quanto l'utilizzo del bene demaniale, pur se destinato ad assolvere un fine di pubblica utilità, non può ritenersi privo di scopo lucrativo.

Pertanto non sussistono i presupposti per ritenere applicabile l'art. 34 C.N. e l'art. 36 del Regolamento.

Fatta questa premessa, si ritiene che la soluzione più opportuna per sanare le situazioni in esame, nelle quali il mutamento della destinazione delle aree demaniali è ormai irreversibile avendo esse perso qualsiasi funzione attinente agli usi del mare, sia quella di procedere ad una loro sdemanializzazione con successiva cessione all'Ente locale.

A quest'ultimo fine si rammenta che ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. n. 85/2010 sono trasferiti ai Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni, a titolo non oneroso, i beni appartenenti al demanio marittimo e relative pertinenze, con esclusione di quelli direttamente utilizzati dalle amministrazioni statali.

Il procedimento per attuare tale trasferimento è stato successivamente disciplinato dall'art. 56 bis, del D.L. n. 69/2013 convertito in L. n. 98/2013.

Medio tempore, in attesa che la procedura si completi, si ritiene che le preoccupazioni dell'Autorità Marittima in ordine ad un'eventuale responsabilità contabile possano essere agevolmente superate facendo riferimento al disposto di cui all'art. 105, del D. Lgs. n. 112/1998, nel testo modificato dall'art. 9 della L. n. 88/2001, ai sensi del quale sono state conferite alle Regioni (e da queste successivamente delegate ai Comuni ai sensi dell'art. 42 del D. Lgs. n. 96/1999) le funzioni relative *“al rilascio delle concessioni di beni del demanio marittimo per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia, ad eccezione che nei porti finalizzati alla difesa militare e alla sicurezza dello Stato, nei porti di rilevanza internazionale e nazionale, nonché nelle aree di preminente interesse nazionale”* (lett.g, art. 105).

L'art. 3, del già citato D. Lgs. n. 85/2010, sul trasferimento dei beni dallo Stato agli Enti Locali, espressamente fa salve le funzioni amministrative già conferite agli Enti Territoriali dalla normativa vigente e l'art. 4 comma 12 quarter del D.L. n. 16/2012 convertito in L. n. 44/2012 espressamente prevede che: *“Nelle more dell'attuazione delle disposizioni dell'articolo 5, commi 1, lettera e), e 5-bis, del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85, le amministrazioni competenti proseguono nella piena gestione del patrimonio immobiliare statale, ivi comprese le attività di dismissione e valorizzazione”*.

È pertanto evidente che allo stato attuale ogni funzione amministrativa sui beni del demanio marittimo, fatte salve quelle espressamente conservate allo Stato, appartenga alle Regioni ed ai Comuni.

Con riferimento alla Regione Puglia occorre far riferimento alla L. R. n. 17/2006 con cui è stato disciplinato l'esercizio delle funzioni amministrative connesse alla gestione del demanio marittimo e delle zone del mare territoriale

conferite dallo Stato ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, intendendosi per *“gestione del demanio marittimo e delle zone del mare territoriale tutte le attività e i compiti individuati dall'articolo 105, comma 2, lettera l), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112”* (art. 1 comma 3).

L'art. 6 di detta legge, ha trasferito ai comuni costieri *“l'esercizio di tutte le funzioni amministrative relative alla materia del demanio marittimo, fatte salve quelle espressamente individuate all'articolo 5”* il quale ultimo ha riservato alla Regione *“il rilascio della concessione di beni del demanio marittimo richiesti nell'uso del Comune”* (art. 5 lett. f).

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che dal combinato disposto degli articoli 104 lett. v) e pp) e 105 commi 1 e 2 del D. Lgs n. 112/1998 emerge un quadro normativo nel quale il demanio marittimo è considerato essenzialmente sotto il profilo funzionale piuttosto che della appartenenza, essendo state trasferite alle Regioni e, tendenzialmente, in via di ulteriore decentramento, ai Comuni tutte le funzioni che non siano relative ad usi specifici di portata nazionale (quali appunto la sicurezza della navigazione marittima e l'approvvigionamento energetico).

Venendo ad applicare le richiamate disposizioni al caso prospettato si osserva che nessuna delle zone su cui sono stati realizzati i parcheggi a pagamento rientra fra quelle per le quali sono state riservate allo Stato funzioni autorizzatorie (art. 104 D. Lgs. n. 112/1998).

Pertanto si ritiene che l'Autorità marittima non possa più esercitare su di esse alcuna funzione amministrativa, al di fuori dei poteri di vigilanza e controllo sul corretto uso del bene comunque spettanti, essendo ogni potere ormai attribuito alla Regione o al Comune.

Ne consegue che, ove i parcheggi a pagamento siano dati in gestione a terzi, sarà necessario che il Comune rilasci una concessione demaniale.

Ove invece il parcheggio sia gestito dal Comune, si è dell'avviso che non occorra alcun titolo concessorio in quanto l'ente locale, nell'esercizio delle funzioni sopra illustrato, si limita a riservare a sé l'uso del bene. È pur vero che l'art. 5 lett. f) della L.R. n. 17/2006 prevederebbe, anche per tal casi, il rilascio di una concessione, tuttavia è da ritenere che la legge regionali utilizza in senso atecnico tale terminologia, posto che, secondo pacifica giurisprudenza, tra soggetti pubblici non può intercorrere un rapporto di concessione in senso proprio.

Da ultimo, si evidenzia che, tra le diverse modalità di gestione del bene da parte del Comune, quest'ultimo - ricorrendone le condizioni di legittimità più volte chiarite dalla giurisprudenza - potrà utilizzare l'affidamento a società c.d. in house.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo di quest'Avvocatura, che nella seduta del 19 febbraio 2015 si è espresso in conformità.

Negoziazione assistita e patrocinio erariale

PARERE 25/03/2015-146998, AL 45465/14, AVV. ALESSANDRO DE STEFANO

Con la nota in riferimento codesta Agenzia rappresenta che l'art. 2 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 10 novembre 2014, n. 162, ha introdotto l'istituto della convenzione di negoziazione assistita, che - ai sensi del successivo art. 3 ed al di fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1 *bis* del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 - costituisce condizione di procedibilità delle controversie giurisdizionali aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro non eccedenti cinquantamila euro. Il comma 1 *bis* del citato art. 2 del d.l. n. 132 del 2014 dispone che: *“È fatto obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove presente”*.

Codesta Agenzia è destinataria di quest'ultima disposizione, in quanto rientra tra gli Enti della Pubblica Amministrazione previsti dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, e fruisce del patrocinio di questa Avvocatura ai sensi dell'art. 43 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, come modificato dall'art. 11, l. 3 aprile 1979, n. 103. Tuttavia, considerato che - in virtù di delibera del Consiglio di Amministrazione del 18 giugno 2008, n. 315, adottata con l'assenso di questo Generale Ufficio - si è affermata la prassi di affidare ad Avvocati del libero foro le cause attive e passive riguardanti pagamenti o recuperi di aiuti comunitari di valore inferiore ad € 30.000,00 e le cause seriali di natura patrimoniale di valore medio non superiore ad € 10.000,00 che non implicino la soluzione di questioni giuridiche delicate o complesse, codesta Agenzia chiede se possa affidare ad Avvocati del libero foro anche le relative procedure di negoziazione assistita, e se il limite di valore di € 30.000,00 previsto dalla predetta delibera possa essere aumentato ad € 50.000,00.

Questa Avvocatura ritiene che l'art. 2, comma 1 *bis*, del d.l. n. 132 del 2014 deve essere letto ed interpretato in coerenza con le regole generali che disciplinano il patrocinio legale degli Enti pubblici. Esso ha inteso affermare che gli Enti pubblici affidano le procedure di negoziazione assistita alla propria Avvocatura, nelle stesse forme e negli stessi termini (e, quindi, con le eventuali limitazioni) con cui affidano ad esse la trattazione delle relative cause. Sembra invece manifestamente infondata un'interpretazione puramente letterale, secondo cui la procedura di negoziazione assistita debba essere inderogabilmente affidata all'Avvocatura pubblica, anche quando la trattazione della causa nel merito possa essere rimessa, in via di ipotesi, ad un avvocato del libero foro.

A prescindere da possibili considerazioni sul contrasto di una simile interpretazione con i canoni di efficienza e di buon andamento della pubblica amministrazione, a causa dell'irragionevole duplicazione degli affari e del

possibile sdoppiamento delle linee difensive che essa comporterebbe, occorre infatti considerare che la negoziazione assistita non costituisce un procedimento “*sui generis*”, distinto ed indipendente dalla causa che potrà essere successivamente intrapresa dinanzi all’Autorità giudiziaria, ma costituisce piuttosto una fase preliminare dell’“*iter*” contenzioso, così da potersi considerare parte dell’intera controversia. Poiché essa costituisce una “*species*” di un più ampio “*genus*”, occorre ritenere che nel proprio ambito l’attività di difesa deve essere svolta nel rispetto delle stesse forme e degli stessi principi che regolano il patrocinio legale dell’Ente nel suo complesso.

Per questi motivi, occorre ritenere che la negoziazione assistita deve essere curata, in via di principio, dallo stesso difensore che sarà poi chiamato a difendere la causa nella fase giurisdizionale. Pertanto, essa dovrà essere necessariamente curata da questa Avvocatura nei (soli) casi in cui la trattazione della relativa causa sia ad essa riservata; inoltre, i criteri stabiliti dalla citata delibera del Consiglio di Amministrazione del 18 giugno 2008, n. 315, che consentono di affidare specifiche tipologie di cause ad avvocati del libero foro, devono riferirsi al patrocinio della controversia nel suo complesso, comprendendo in essa la fase prodromica della negoziazione assistita.

Si ritiene peraltro che la richiesta di parere cui si porge riscontro offre l’occasione per rivedere ed approfondire alcuni aspetti della prassi alla quale si è fatto riferimento innanzi, sulla base dell’analisi delle disposizioni contenute nell’art. 43 del r.d. n. 1611 del 1933, che - come è noto - contiene la disciplina generale del patrocinio legale di questa Avvocatura a favore di Enti statali e di Pubbliche Amministrazioni diverse dallo Stato.

Si osserva al riguardo che il terzo comma di tale norma dispone che il patrocinio legale di questa Avvocatura a favore di questi Enti ed Amministrazioni ha carattere “*organico ed esclusivo*”; e ciò nell’intento di assicurare ad essi la medesima uniformità di indirizzi che questa Avvocatura assicura alle Amministrazioni dello Stato, a salvaguardia della legalità e della imparzialità della propria azione.

Occorre altresì considerare che questo principio deve essere armonizzato con il comma successivo, in base al quale: “*ove le Amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza*”. Questa disposizione, letta ed interpretata in base ai principi di legalità ed efficienza dell’attività amministrativa contenuti nell’art. 97 della Costituzione, fornisce la base legale per derogare, “*in casi speciali*”, alla regola della esclusività del patrocinio.

In particolare, la previsione di possibili deroghe alla regola generale del patrocinio esclusivo potrebbe fornire la base legale di una disciplina convenzionale che, pur garantendo la natura “organica” della tutela erariale, consenta di ricorrere ad altre forme di difesa per particolari tipologie di controversie,

preventivamente ed obiettivamente individuate, che si incentrino prevalentemente su questioni di fatto, non prospettino significative questioni di diritto, abbiano un modesto valore economico e possano essere risolte sulla base di principi di massima consolidati.

Questa soluzione potrebbe favorire la più immediata e diretta trattazione di tali affari, consentendo anche a questa Avvocatura di razionalizzare l'utilizzo delle proprie risorse e delle proprie capacità operative, di valorizzare le proprie funzioni consultive, di meglio elaborare le strategie difensive e coordinare la gestione delle singole vertenze, e di attendere con maggiore efficienza alle numerose altre funzioni istituzionali ad Essa affidate dall'ordinamento.

Come si è già accennato, per prassi amministrativa ormai consolidata questo Ente si avvale del patrocinio di Avvocati del libero foro per la difesa delle seguenti tipologie di vertenze:

- a. Controversie attinenti ai rapporti di lavoro dei propri dipendenti regolati dal diritto privato;
- b. Procedimenti dinanzi alla Corte dei Conti;
- c. Procedimenti civili nei quali Agea è parte attiva, implicanti contestazioni di indebita percezione di aiuti comunitari e conseguente recupero dei relativi importi, di valore non superiore ad € 30.000,00;
- d. Procedimenti civili nei quali Agea è parte passiva promossi per negate erogazioni totali o parziali di aiuti comunitari di importo non superiore ad € 30.000,00;
- e. Cause seriali di valore medio per ciascuna causa non superiore ad € 10.000,00, sempre che non vengano in rilievo questioni giuridiche delicate o di difficile soluzione.

L'esperienza fino ad ora maturata appare meritevole di una verifica congiunta, nel rispetto dei criteri ermeneutici che si sono innanzi delineati, nell'intento sia di verificare e risolvere alcune possibili criticità, sia di darvi eventuale sviluppo (ad esempio, elevando da € 30.000,00 ad € 50.000,00 il limite massimo delle cause per negate erogazioni di aiuti comunitari che possono essere trattate senza il patrocinio di questa Avvocatura, così come proposto con la nota in riferimento).

In particolare, appare necessario un adeguato esame delle seguenti questioni:

- a) Possibilità di privilegiare il patrocinio diretto per la difesa di queste tipologie di cause, ai sensi dell'art. 3 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611;
- b) Compatibilità del patrocinio da parte di avvocati del libero foro con le disposizioni dell'art. 7, d.lgs. n. 29 del 1993;
- c) Criteri di attribuzione degli incarichi di collaborazione esterna;
- d) Coordinamento tra l'attività di patrocinio legale di questa Avvocatura e le altre forme di patrocinio;
- e) Limitazione del patrocinio esterno ai gradi di giudizio di merito, con

esclusione di quello di legittimità dinanzi alle Magistrature superiori, che dovrebbe essere riservato in ogni caso a questa Avvocatura;

f) Esigenza di uniformare il patrocinio delle cause di lavoro dei dipendenti alle disposizioni dell'art. 417 *bis* del c.p.c., con conseguente assunzione del patrocinio diretto nei giudizi di primo grado (salvo il caso in cui vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici) ed affidamento della difesa a questa Avvocatura nei gradi successivi;

g) Necessità di limitare il patrocinio delle cause seriali, diverse da quelle relative al recupero di aiuti comunitari, a quelle di valore massimo di € 10.000,00 (eventualmente elevabile ad € 20.000,00, per tener conto dell'intervenuta svalutazione monetaria e degli accresciuti carichi di lavoro), perché il riferimento al valore "medio" rappresenta un criterio eccessivamente incerto ed indeterminato.

Si rimane dunque a disposizione per l'esame congiunto delle predette questioni, onde assicurare la maggiore aderenza dell'attività difensiva ai parametri della legalità e dell'efficienza.

Il presente parere è stato reso previa audizione del Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella riunione del 6 febbraio 2015.

Opere protettive in corrispondenza dei cavalcavia autostradali: spettanza degli oneri manutentivi

PARERE 09/04/2015-172688/89, AL 29121/14, AVV. ETTORE FIGLIOLIA

Esaminata la documentazione trasmessa, preso atto dei chiarimenti forniti da codesto Ministero, sia con la nota del 28 novembre u.s. che, da ultimo, con la nota del 26 gennaio u.s., ritiene questa Avvocatura Generale quanto segue.

In primo luogo va rilevato che la circostanza che il soggetto concessionario della rete autostradale abbia a suo tempo realizzato con oneri a proprio carico le barriere di sicurezza laterali appostate sui cavalcavia in attraversamento delle opere autostradali, dimostra senz'altro che dette barriere perseguono anche rilevanti obiettivi di sicurezza della circolazione sulle autostrade, pur costituendo, a legislazione vigente, pertinenza della viabilità ordinaria soprapassante, la cui titolarità fa capo ad Enti diversi dal concessionario medesimo (Comuni, Province, ecc.), a titolo di proprietà ovvero di concessione.

Al riguardo va invero rilevato che il quadro informativo trasmesso sembra effettivamente deporre, anche sulla base del tenore di talune convenzioni tipo che sono state qui inviate, per la duplice funzionalità di dette barriere sia rispetto ai tratti autostradali, che riguardo alla viabilità interessante i cavalcavia: ciò è dimostrato, oltretutto, da talune disposizioni presenti nelle citate convenzioni tipo in cui è prevista la divaricazione degli oneri manutentivi tra Concessionario ed Ente pubblico titolare della gestione del tratto stradale soprapassante, rispetto alle opere murarie, alla manutenzione del manto stradale nonché afferente alla superficie dei manufatti stessi.

Per quanto precede, rispetto ai danni provocati alle predette barriere dal traffico veicolare interessante la rete viaria sovrappassante, sembra potersi sostenere, in linea di diritto, e sulla base delle pertinenti disposizioni del codice della strada, in assenza di eventuali convenzionamenti di tenore diverso, che gli interventi di ripristino competano all'Ente titolare del tratto di strada ordinaria sovrappassante rispetto a quanto di stretta funzionalità della rete viaria di propria competenza, che avrà necessariamente cura di provvedervi nel rispetto della pertinente vigente normativa al momento della realizzazione delle iniziative di manutenzione, sia ordinaria che straordinaria, altresì provvedendo, ove necessario, all'integrale sostituzione dei dispositivi protettivi in parola, onde garantire all'utenza le occorrenti condizioni di sicurezza.

In altre parole, ad avviso della Scrivente, gli oneri di cui trattasi fanno capo all'Ente pubblico nei limiti di quanto rigorosamente funzionale alla sicurezza della circolazione sui tratti sopra passanti, laddove, per converso, per gli aspetti inerenti alla sicurezza della circolazione autostradale, i concessionari dovranno necessariamente farsi carico degli oneri connessi agli interventi concernenti le predette strutture protettive perché, appunto, strumentali a garantire

la sicurezza della circolazione autostradale sulla base della vigente normativa.

Peraltro, a prescindere dagli obblighi di ripristino delle barriere in argomento facenti capo al soggetto titolare della rete viaria sovrastante, il concessionario autostradale non può per ciò solo ritenersi esente da quei doveri di diligente vigilanza connessi al dinamismo connaturato alla fruizione da parte dell'utenza delle opere autostradali, al fine di impedire, comunque, situazioni di pericolo all'integrità delle persone e delle cose, se del caso praticando ogni utile intervento idoneo ad evitare contesti degenerativi del pericolo medesimo in situazioni di danno all'utenza medesima.

Conseguentemente, a fronte di situazioni di potenziale pregiudizio per l'utenza derivanti dalla carenza di adeguati interventi di ripristino delle predette barriere, i concessionari dovranno disporre per la limitazione del traffico veicolare nelle more della realizzazione degli interventi di ricostruzione delle strutture in parola, se del caso attivandosi anche in sostituzione ed in danno dei soggetti pubblici inadempienti.

Ciò, ovviamente, in disparte gli aspetti più prettamente economici afferenti alle eventuali azioni di rivalsa e di responsabilità esperibili a carico del soggetto gestore e proprietario della rete viaria dei cavalcavia autostradali, conseguenti alle possibili iniziative di carattere sostitutivo e cautelare praticate dal concessionario autostradale per le finalità di sicurezza dell'utenza.

In tal senso, pertanto, risulta rilevante il ruolo di codesta Struttura di vigilanza ministeriale sull'operato delle concessionarie autostradali rispetto alle finalità testé evidenziate nella presente consultazione, dovendo senz'altro procedere detta Struttura a compulsare adeguatamente gli enti gestori delle tratte autostradali affinché il traffico veicolare comunque avvenga in condizioni di assoluta sicurezza per gli utenti.

Nei termini suesposti è il richiesto parere.

Sulle questioni oggetto del presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di questa Avvocatura che, nella seduta del 27 marzo 2015 si è espresso in conformità.

Il fondo patrimoniale e la sua opponibilità ai creditori

PARERE RESO IN VIA ORDINARIA IN DATA 30/04/2015-207274, AL 34191/13, AVV. DIANA RANUCCI

Con la nota in riscontro codesta Direzione ha chiesto parere alla Scrivente in merito alla esecuzione delle sentenze rese dalla Corte dei Conti nel giudizi in oggetto, ed in particolare, indicazioni in merito ad eventuali ulteriori iniziative da intraprendere a tutela del credito erariale.

Esaminate le situazioni concernenti le tre pratiche di recupero nei confronti del sig. G., si rappresenta quanto segue.

1) Con riferimento al Progetto Port/IT/2/93, cd. Giudizio n. 1 (“Giudizio di responsabilità iscritto al n. 2479/EL del registro di Segreteria”, conclusosi con sentenza n. 205/2008 della Corte dei Conti - sez. giurisdizionale per la Regione Molise) e al Progetto 94/AC/98, cd. Giudizio n. 3 (“Giudizio di responsabilità iscritto al n. 2989/EL del registro di Segreteria”, conclusosi con sentenza n. 100/2010 della Corte dei Conti - sez. giurisdizionale per la Regione Molise), la Scrivente ritiene che tutte le iniziative intraprese fino a questo momento siano corrette e che, pertanto, in difetto di pagamento di quanto intimato al sig. G., bisognerà avviare la procedura esecutiva tramite Agente di riscossione.

2) Con riferimento, invece, al Progetto 22/AC/98, cd. Giudizio n. 2 (“Giudizio di responsabilità iscritto al n. 2453/EL del registro di Segreteria”, conclusosi con sentenza n. 204/2008 della Corte dei Conti - sez. giurisdizionale per la Regione Molise), codesta Amministrazione evidenzia che la procedura esecutiva è già stata avviata e che avverso la medesima cartella esattoriale di Equitalia Sud S.p.A. (per complessivi Euro 894.058,64) il sig. G. ha proposto:

- opposizione alla Commissione Tributaria Provinciale di Campobasso (che ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione e il giudizio è stato riasunto innanzi al Tribunale di Campobasso, ove è ancora pendente);

- atto di citazione in opposizione ex art. 615 c.p.c. innanzi al Tribunale di Campobasso (*rectius*, di Larino), conclusosi con la sent. n. 124/2014 dichiarativa della non assoggettabilità ad ipoteca e impignorabilità dei beni che l'amministrazione avrebbe voluto ipotecare, in quanto compresi in un fondo patrimoniale ex art. 167 c.c.;

- atto di citazione in opposizione a pagamento somme ex art. 617 c.p.c. innanzi al Tribunale di Campobasso, ove il relativo giudizio è ancora pendente;

- atto di citazione in opposizione all'iscrizione di ipoteca n. 11394/1158 innanzi al Tribunale di Campobasso, giudizio pendente.

Ciò posto, nel corso della causa conclusasi con la sentenza n. 124/2014, è emerso che il sig. G., in data 27 settembre 2004, ha costituito **un fondo patrimoniale ex art. 167 c.c.**, che produce l'effetto per cui i beni ivi destinati non sono aggredibili dai creditori al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 170 c.c.

L'art. 170 c.c. statuisce che *“L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”*.

In base a tale disposizione deriva quindi che se l'obbligazione è contratta, dal soggetto che ha costituito il fondo patrimoniale, per finalità familiari i beni che costituiscono il fondo possono essere aggrediti dai creditori; se, al contrario, l'obbligazione è contratta per scopi estranei ai bisogni familiari e il creditore ne è a conoscenza, la eventuale procedura esecutiva è azionabile solo su beni del debitore diversi da quelli costituenti il fondo patrimoniale.

Il che è esattamente quanto ritenuto dal Tribunale di Larino nella citata sentenza n. 124/2014, che ha accolto l'eccezione formulata dal G. di esistenza del fondo, così bloccando la procedura esecutiva azionata da codesta Amministrazione in forza delle sentenze del Giudizio n. 2 (*i.e.*, la sentenza n. 134/2012 della sez. I Centrale della Corte dei Conti di Roma, che ha confermato in ogni sua statuizione la sentenza n. 204/2008 della Corte dei Conti - sez. giur. per la Regione Molise). Tanto è vero che ivi il Tribunale di Larino ha statuito che *“i beni immobili elencati nelle comunicazioni preventive di iscrizione ipotecaria non sono assoggettabili ad ipoteca trattandosi di immobili ricompresi nel fondo patrimoniale ex art. 167 c.c.”*.

A parere della Scrivente la sentenza *de qua* avrebbe dovuto essere impugnata, anche per evitare un giudicato eventualmente pregiudizievole, per cui si chiede in via preliminare di sapere se la stessa sia stata appellata, ritenendosi sussistere valide ragioni per la censura, come si esporrà *infra*.

In questa situazione appare infatti evidente che il G., in egual modo, potrebbe bloccare anche le procedure esecutive che verranno intraprese per il recupero dei crediti erariali, di cui alle sentenze favorevoli pronunciate nei Giudizi n. 1 e n. 3, ben potendosi prevedere che si realizzerà la medesima situazione fattuale del Giudizio n. 2.

Alla luce delle sovraesposte considerazioni, la Scrivente ritiene, quindi, che occorre difendersi nel merito al fine di neutralizzare l'efficacia impeditiva del fondo patrimoniale, in quanto, palesemente, posto in essere dal sig. G. con fini meramente elusivi e con abuso del diritto.

3) Preliminarmente, questa Avvocatura ritiene pertanto necessario proporre azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. contro l'atto costitutivo del fondo patrimoniale, atteso che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno evidenziato come il fondo patrimoniale, ed il correlativo divieto di esecuzione sui beni che ne fanno parte, sia spesso utilizzato in modo fraudolento.

La giurisprudenza di legittimità, nel precisare che il limite all'espropriazione, previsto per i crediti estranei ai bisogni della famiglia, opera tanto nell'ipotesi in cui questi siano sorti anteriormente alla sua costituzione quanto in quella in cui essi siano sorti successivamente alla medesima (cfr. Cass., nn. 15862/2009, 12998/2006, 4933/2005, 8991/2003, 4422/2001, 3251/1996), ha

infatti ribadito la possibilità di agire in revocatoria ordinaria, ex art. 2901 c.c., rispetto all'atto costitutivo del fondo, in tutte le ipotesi in cui possa ritenersi che sia stato costituito al solo fine di eludere le ragioni creditorie (1).

In dettaglio, la Suprema Corte, con la sent. n. 3251/1996, ha affermato che *“l'art. 170 del codice civile non limita il divieto di esecuzione forzata ai soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla costituzione del fondo, ma estende la sua efficacia anche ai crediti sorti anteriormente, salva la possibilità per il creditore, ricorrendone i presupposti, di agire in revocatoria ordinaria (...) al fine di far dichiarare l'inefficacia nei propri confronti dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale che reca pregiudizio alle sue ragioni”*.

Come è noto, a norma dell'art. 2901 c.c., il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, purchè concorrano le seguenti condizioni:

a) se trattasi di atto a titolo gratuito, che il debitore sia a conoscenza del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore (se l'atto è successivo al sorgere del credito), oppure che l'atto sia preordinato a pregiudicare il soddisfacimento del creditore;

b) in caso di atto a titolo oneroso, che il terzo sia consapevole del pregiudizio che l'atto arreca al creditore (la cd. *scientia damni*), in caso in cui l'atto di disposizione sia successivo al sorgere del credito, oppure che il terzo sia partecipe della dolosa preordinazione (il cd. *consilium fraudis*), se l'atto è precedente al sorgere del credito.

Con riferimento, invece, all'*eventus damni* è opportuno ricordare che, secondo la pacifica giurisprudenza, ai fini del suo perfezionamento è sufficiente che sussista l'*animus nocendi* e che l'atto del quale si chiede la revocatoria renda più onerosa o difficile la riscossione di un credito determinando una variazione solo qualitativa o quantitativa del patrimonio, senza necessità che porti al totale azzeramento della garanzia patrimoniale offerta dal debitore.

Pertanto, per quanto in questa sede rileva, se è vero che la costituzione del fondo comporta l'effetto di anteporre in linea generale gli interessi della famiglia a quelli dei creditori, è anche vero che la legge non ha sottratto il fondo patrimoniale alla revoca ex art. 2901 del codice civile, al fine appunto di evitare che l'istituto possa essere utilizzato per scopi meramente strumentali o addirittura elusivi di obbligazioni di pagamento (sul punto, Cass. n. 17418/2007) (2).

(1) Così, M. ANTINOLFI, *L'uso fraudolento del fondo patrimoniale. Il Fisco "creditore involontario"?*, in *Notariato*, 2010, 3, p. 262 (nota a sentenza). Sul punto si v. inoltre A. BORGOGGIO, *Fondo patrimoniale e iscrizione di ipoteca sui beni*, in *Il Fisco*, 2013, 12.

(2) S. CAPOLUPO, *Fondo patrimoniale: è sempre inattaccabile dal Fisco?*, in *Il Fisco*, 2010, 21 (commento alla normativa).

Siffatta conclusione è conforme a quanto dalla Suprema Corte affermato ripetutamente (Cfr. Cass. n. 4933/2005, n. 22537/2002, n. 4524/1997, n. 8013/1996), per cui la costituzione del fondo patrimoniale può essere dichiarata inefficace nei confronti dei creditori mediante l'azione revocatoria ordinaria, quale mezzo di tutela del creditore rispetto agli atti del debitore di disposizione del proprio patrimonio.

Nel caso di specie, peraltro, considerato che le vicende da cui sono scaturiti i giudizi contabili sono state accertate in sede penale già nei primi mesi dell'anno 2004 e che il fondo patrimoniale è stato costituito nel settembre del medesimo anno (segnatamente, il 27 settembre 2004), appare logico dedurre che lo scopo dello stesso sia stato semplicemente quello di eludere l'obbligo di restituzione dei contributi ricevuti dal sig. G.

Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali, sembra potersi concludere che ragionevolmente l'azione revocatoria potrebbe avere esito favorevole con l'effetto di ottenere la declaratoria di inefficacia del fondo patrimoniale nei confronti dei crediti erariali.

Per tali motivi, la Scrivente evidenzia la urgente necessità di azionare quanto prima la descritta azione revocatoria, al cui relativo incombente dovrà provvedere l'Avvocatura distrettuale di Campobasso competente per territorio, cui la presente nota è pure indirizzata.

4) Si rileva ancora che il tribunale di Larino non ha nè sospeso né annullato la cartella esattoriale emessa da Equitalia Sud S.p.A., che conserva pertanto la sua efficacia di titolo esecutivo, essendosi limitato a dichiarare la intangibilità dei beni aggrediti.

Per tale motivo questa Avvocatura ritiene opportuno insistere nel dare esecuzione, tramite Agente della riscossione, a tutte le sentenze favorevoli definitive, e quindi esecutive, della Corte dei Conti relative ai Giudizi di responsabilità n. 1 e 3, ai fini del recupero dell'ingentissimo credito erariale.

Ciò al fine quanto meno di incardinare i relativi giudizi ed interrompere la prescrizione.

Come detto, è certo che controparte proporrà le relative opposizioni, eccedendo l'esistenza del fondo patrimoniale, cui potrà replicarsi con le seguenti argomentazioni.

Si premette che la giurisprudenza e la dottrina non sono univoche circa l'individuazione dei crediti per i quali non opera il divieto di aggressione sui beni facenti parte del fondo patrimoniale.

Sembra comunque potersi ritenere che, secondo la giurisprudenza di legittimità, i crediti in discorso possano essere non soltanto quelli contratti per soddisfare i bisogni della famiglia, intesi in senso restrittivo, ma anche quelli contratti per le *“esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente spe-*

culativi” (Cass. n. 11683/2001, Cass. n. 134/1984). Dunque, alla nozione in parola, va attribuito un significato piuttosto ampio, in modo tale da non considerare quali “bisogni della famiglia” semplicemente quelli ritenuti indispensabili e strettamente legati all’esistenza della famiglia, bensì tutte quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all’armonioso sviluppo della stessa (3).

In base a tale interpretazione, con ordinanza n. 3738 del 24 febbraio 2015, la Corte di Cassazione, sez. tributaria, ha accolto il ricorso del Fisco statuendo l’erroneità della sentenza impugnata, che aveva operato una indebita e non provata equazione ritenendo il “*credito di natura tributaria* (ndr, debito sorto nell’esercizio dell’attività imprenditoriale del marito) e per ciò stesso, *credito di natura extrafamiliare*».

Al contrario, la Corte ha sostenuto che va sempre accertato in fatto se il debito in questione si possa dire contratto per soddisfare i bisogni della famiglia; con la precisazione che, se è vero che tale finalità non si può dire sussistente per il solo fatto che il debito sia sorto nell’esercizio dell’impresa, è vero altresì che tale circostanza non è nemmeno idonea a escludere in via di principio che il debito si possa dire contratto, appunto, per soddisfare i bisogni familiari.

In quest’ottica, dunque, non potranno essere sottratti all’azione esecutiva dei creditori i beni costituiti per bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione del tenore di vita familiare, così da ricomprendere anche i debiti derivanti dall’attività professionale o di impresa di uno dei coniugi qualora il fatto generatore dell’obbligazione sia stato il soddisfacimento di tali bisogni, da intendersi nel senso ampio sopra descritto (4).

A parere della Corte quindi sussistono debiti, quali quelli tributari, che non devono ritenersi necessariamente estranei ai bisogni della famiglia, in quanto proprio nelle attività lavorative e imprenditoriali che costituiscono fonti di reddito, e quindi base di imposizione fiscale, essa trova i mezzi di sostentamento. Ne consegue che dette attività non possono essere considerate estranee al soddisfacimento dei bisogni familiari e, di conseguenza, non possono esserlo neanche le correlate obbligazioni tributarie, che costituiscono una indefettibile condizione per la legittima esplicazione delle attività stesse. In proposito è determinante l’insegnamento dei Giudici di legittimità secondo i quali va considerato che “*vanno ricompresi nei bisogni della famiglia anche le esi-*

(3) Così, M. BAILO LEUCARI, *Corollari applicativi in tema di revocatoria del fondo patrimoniale: brevi note a margine della sentenza 13 ottobre 2009, n. 21658, Sezioni Unite Civili, Suprema Corte di Cassazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, 6 (nota a sentenza). Sul punto si v. anche V. AMENDOLAGINE, *Il fondo patrimoniale della famiglia nella giurisprudenza*, in *Corriere Giur.*, 2011, 7, p. 921 (commento alla normativa).

(4) Così, A. TERLIZZI, *Il doveroso adempimento delle obbligazioni tributarie e la costituzione del fondo patrimoniale*, in *Il Fisco*, 2014, 7 (commento alla normativa). Sul punto si v. anche V. AMENDOLAGINE, *Il fondo patrimoniale della famiglia nella giurisprudenza*, in *Corriere Giur.*, 2011, 7, p. 921 (commento alla normativa).

genze volte al pieno soddisfacimento ed all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi” (CTR Lazio n. 818/2014).

Aggiunge ancora la giurisprudenza che il debito tributario derivante dall'attività economica degli intestatari del fondo è equiparabile, in punto di qualificazione giuridica, alle obbligazioni civili contratte nell'esercizio dell'impresa ovvero nel corso della professione, da parte di tali soggetti (Cfr. Cass., Sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862, n. 1439/2009; 2845/2010; n. 1295/2012; n. 7880/2012; n. 5385/2013).

Applicando gli esposti principi al caso in esame, la Scrivente ritiene che i fondi illecitamente percepiti dal G. - da qualificare come obbligazioni creditorie dallo stesso assunte - possano ricomprendersi nella lata nozione di “crediti assunti per i bisogni della famiglia”, poiché non è dubbio che si tratti di fondi percepiti per l'esercizio di una attività imprenditoriale, i cui profitti presumibilmente sono stati destinati al soddisfacimento dei bisogni familiari.

Nella specie, poiché in base all'insegnamento della Suprema Corte (5) è necessario un accertamento concreto, da constatare caso per caso, volto a verificare se l'attività che ha generato il debito (fiscale o "ordinario" che sia) non risulti voluttuaria o meramente speculativa (6), dovrà accertarsi quali cespiti immobiliari compongono il fondo patrimoniale, la natura degli stessi e la loro destinazione.

Fermo restando quanto sopra esposto, si osserva infine che la Cassazione con la sentenza n. 15862/2009, pronunciata all'esito di orientamenti non sempre convergenti, ha posto un importante punto fermo, chiarendo in ipotesi di iscrizione ipotecaria avvenuta a fronte del mancato pagamento, da parte del debitore, delle cartelle esattoriali, che “*si deve tenere conto della "relazione esistente tra gli scopi per cui il debito è stato, in concreto, contratto ed i bisogni della famiglia"*”.

Copiosa giurisprudenza di merito (7) ha ritenuto inoltre che la costitu-

(5) M. FRANCISSETTI BROLIN, *Fondo patrimoniale, debito fiscale, onere della prova*, in *I Contratti*, 2014, 7, IPSOA, p. 722.

(6) Cfr. Cass., Sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862, e n. 7880/2012, la quale aggiunge che si deve tenere conto della “*relazione esistente tra gli scopi per cui il debito è stato, in concreto, contratto ed i bisogni della famiglia*”.

(7) In tal senso si v. C.T.R. Piemonte sent. n. 16/1/11 dep. 31 gennaio 2011, la quale precisa, altresì, che “*la necessità eventuale di espletamento di un'azione revocatoria del fondo patrimoniale, costituito dopo l'emissione della cartella esattoriale, che si rendesse necessario, a fronte dell'opposizione all'esecuzione da parte del debitore, non incide sul diritto ad iscrivere ipoteca, anzi, se mai giustifica il ricorso alla cautela per tutelare, nelle more del giudizio, il credito per cui è causa*”; C.T.P. Bari sent. 373/2008, la quale ha statuito che l'ipoteca “*ha il preminente interesse funzione di garantire il diritto, di credito, preservando i beni del debitore, sui quali è stata iscritta da atti impeditivi della loro suscettibilità a soddisfare le ragioni creditorie: i beni ipotecari non vengono tuttavia sottratti alla disponibilità*”.

zione del fondo patrimoniale non sia opponibile all'Amministrazione finanziaria, la quale è ammessa ad iscrivere ipoteca ex artt. 76 e 77 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 in quanto non trattasi di atto esecutivo bensì di misura di natura cautelare alla quale non osta il disposto dell'art. 170 del codice civile particolarmente laddove il mero consenso dei coniugi consenta di alienare, ipotecare o dare in pegno i beni (8).

Nello stesso senso la Cassazione (sez. III, n. 5385/2013) ha statuito che *“l'Agente della riscossione può iscrivere ipoteca anche sui beni conferiti in un fondo patrimoniale e che spetta al contribuente che intende contestare tale iscrizione l'onere di dimostrare che l'ente creditore era a conoscenza del fatto che i relativi debiti erano stati contratti per scopi estranei alla famiglia”* (9).

Peraltro, si rileva che la disciplina probatoria (10) in siffatta materia (Cfr. Cass. n. 12730/2007, Cass. n. 5684/2006, Cass. n. 11683/2001) appare sfavorevole ai titolari del fondo, in quanto la prova dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia spetta al debitore *“esistendo una presunzione di inerenza dei debiti a detti bisogni”* (Cass., 15 marzo 2006, n. 5684) (11).

In ultimo, con specifico riferimento ai debiti tributari derivanti dall'esercizio di attività commerciali di uno dei coniugi, anche il Giudice amministrativo, nel pronunciarsi su un ricorso avverso gli atti esecutivi (con conseguente riconoscimento della giurisdizione), ha ritenuto che la costituzione dell'immobile esecutato in fondo patrimoniale non è di ostacolo all'esecuzione immobiliare per crediti fatti valere dall'Amministrazione finanziaria *“dato che i debiti per IRPEF, IVA e tasse varie devono ritenersi, per definizione, inerenti*

del fondo, la cui consistenza non viene intaccata”; T.A.R. Friuli Venezia Giulia sent. 369/2007, il quale, pronunciandosi su un ricorso avverso gli atti esecutivi (con conseguente riconoscimento della giurisdizione) ha ritenuto che la costituzione dell'immobile esecutato in fondo patrimoniale non sarebbe di ostacolo all'esecuzione immobiliare per crediti fatti valere dall'Amministrazione finanziaria *“dato che i debiti per I.R.P.E.F., I.V.A. e tasse varie devono ritenersi per definizione, inerenti in maniera diretta e immediata ai bisogni della famiglia, dato che anche l'attività lavorativa ed imprenditoriale da cui il ricorrente trae i redditi che hanno dato origine ai vari debiti di imposta, è finalizzata al generale mantenimento dello stesso e della sua famiglia”*; da ultimo, C.T.P. Vercelli sent. n. 11/04/11 dep. il 14 febbraio 2011, ha ritenuto che il debito verso l'erario, non derivando da attività voluttuarie o speculative, non possa essere ritenuto estraneo ai bisogni della famiglia ed ha posto in capo al contribuente l'onere di provare la conoscenza da parte del fisco-creditore dell'estraneità del credito alle esigenze familiari.

(8) Sul punto si v. LUCA DOMENICI, *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, in *Notariato*, 2011, 5, p. 549 (commento alla normativa).

(9) Così, A. BORGOGGIO, *Ipoteca esattoriale e beni del fondo patrimoniale*, in *Il Fisco*, 2013, 12, p. 1823.

(10) Per uno studio approfondito sul tema, si rinvia a A. FERRARI, *Fondo patrimoniale e debiti erariali o d'impresa*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 3, 301.

(11) Nello stesso senso si v. Trib. Genova, 26 marzo 2007, in *Banca Dati Pluris-Cedam.Utetgiuridica*, e Corte d'Appello di Genova, 19 agosto 2006, in *Banca Dati Pluris-Cedam.Utetgiuridica*, la quale ha inoltre statuito che *“l'appellante non ha fornito alcuna prova in tal senso, limitandosi a sostenere in linea generale, che il debito tributario in ogni caso si pone in antitesi con le necessità della famiglia, affermazione che è inidonea ad integrare la prova”*.

in maniera diretta e immediata ai bisogni della famiglia, dato che anche l'attività lavorativa ed imprenditoriale da cui il ricorrente trae i redditi che hanno dato origine ai vari debiti di imposta, è finalizzata al generale mantenimento dello stesso e della sua famiglia” (TAR Friuli Venezia Giulia, n. 369/2007).

Il TAR ha anche ritenuto che non sarebbe neanche possibile chiedere all'Amministrazione finanziaria di dimostrare che era a conoscenza del fatto che il debitore non aveva adempiuto all'obbligazione tributaria *“per ragioni estranee ai bisogni della famiglia, essendo difficilmente ipotizzabile che un soggetto ometta il pagamento delle imposte dovute per motivi voluttuari o intenti speculativi, così come lo stesso presupposto della debenza di tali imposte (ottenimento di determinati redditi e/o espletamento di una data attività lavorativa) non possono ritenersi motivati da altra ragione che non sia la necessità di provvedere al mantenimento di se stesso e del proprio nucleo familiare” (12).*

In conclusione codesti Uffici, ognuno per la parte di rispettiva competenza, dovranno adottare le seguenti azioni.

- a) proporre azione revocatoria contro il fondo patrimoniale;
- b) impugnare la sentenza del tribunale di Larino eccependo la inopponibilità del fondo all'amministrazione per i motivi sopra esposti;
- c) porre in esecuzione tutte le altre sentenze favorevoli, ed in caso di opposizione, difendersi secondo quanto esposto sub b).

(12) Sul punto, si rinvia a S. CAPOLUPO, *Fondo patrimoniale: è sempre inattaccabile dal Fisco?*, in *Il Fisco*, 2010, 21 (commento alla normativa).

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Opere pubbliche: il progetto e poi, l'appalto (*)

È opinione diffusa che la corruzione negli appalti pubblici presenti in Italia aspetti sistemici, che portano a riproporre il fenomeno malgrado i ricorrenti scandali e l'unanime condanna che li accompagna. Diventa, quindi, utile capire quali siano questi problemi strutturali e vedere se esistono percorsi per risolverli. Robert McNamara, ministro della difesa ai tempi di J.F. Kennedy, poneva come requisito essenziale per realizzare senza sprechi una grande opera pubblica tre semplici condizioni: “*the money*” (i finanziamenti), “*the management*” (la gestione) e “*the environmental impact assessment*” (l'EIA, che corrisponde in Italia alla VIA, la valutazione d'impatto ambientale). *Le tre condizioni riguardavano tutte il progetto definitivo, la cui esistenza e completezza costituiscono una pre-condizione e la base di partenza di ogni iniziativa.*

Il progetto e la direzione dei lavori.

In questo contesto è noto che le amministrazioni pubbliche italiane, a partire dagli anni Ottanta, hanno perso progressivamente, in quasi tutti i settori della loro attività, la loro tradizionale capacità tecnica: occorre oggi in qualche modo ricostruirla e metterla a disposizione di chi decide. È un'operazione lunga e complicata, che tuttavia può essere agevolata creando il modo, nel medio periodo, di fidelizzare i piccoli e grandi progettisti privati all'amministrazione che progetta piuttosto che alle imprese appaltatrici. Il rapporto tra i progettisti, anche privati, e i poteri pubblici deve essere diretto e non può dipendere dall'impresa che realizza l'opera. Il vantaggio dei progettisti sarebbe quello di avere maggiore stabilità e trasparenza negli incarichi e di evitare il taglio dei loro onorari usualmente praticato dalle ditte appaltatrici. Per le amministrazioni quello di poter contare su un progetto ed una direzione dei lavori di pieno affidamento.

(*) Versione integrale dell'articolo già pubblicato su “Il Sole 24 Ore” - 20 apr. 2015.

L'OICE (l'associazione delle Organizzazioni di Ingegneria e Consulenza tecnico economica) nel 2000 - ministro dei Lavori pubblici Nerio Nesi - rifiutò questa ipotesi, prevalendo nelle votazioni ditte d'ingegneria collegate alle imprese di costruzioni. Da allora il problema non si è più posto: il progetto e le sue varianti restano il più delle volte saldamente in mano alle ditte appaltatrici. La separazione tra l'iter, tutto pubblico, del progetto e l'appalto, contratto privatistico necessario per realizzarlo, è il primo passo sulla strada della trasparenza e dell'efficienza. In altri termini l'attività di progettazione va finanziata autonomamente, anche a rischio di aspettare qualche anno per mettere i progetti in cantiere ... I prefetti in Francia ne hanno i cassetti pieni, pronti all'occorrenza, in relazione alla congiuntura economica, a renderli operativi.

La stabilità del progetto da mettere a gara.

Qui la fretta è spesso cattiva consigliera e i dibattiti (e gli studi) preventivi non svolti nella fase in cui si elabora un progetto, si trascinano poi, per anni, nelle aule giudiziarie davanti ai TAR. L'inchiesta pubblica sul progetto e una procedura, anche semplificata, di Valutazione dell'Impatto Ambientale garantiscono la ragionevolezza (e probabilmente la non impugnazione) della scelta finale. Aspettare autorizzazioni, visti e pareri nella fase in cui l'opera è già stata appaltata apre un discorso a più interlocutori, foriero di tangenti e maffare, che allunga indefinitamente i tempi dell'appalto. Se c'è un progetto approvato ci dovrebbero essere contestualmente anche i permessi.

I finanziamenti.

La spesa per le opere pubbliche fa mille passaggi, viene parcellizzata ed erogata con il contagocce; tutto ciò non consente una programmazione dei pagamenti correlata a un realistico crono programma dei lavori. Le somme stanziare dovrebbero tener conto dei tempi nei quali si realizzano e si pagano le opere pubbliche e, ragionevolmente, degli eventuali oneri finanziari delle imprese appaltatrici. Una buona amministrazione deve tener inoltre conto anche delle spese di conservazione e manutenzione, programmando in sede di progetto le modalità di gestione (il *management* di cui parla McNamara). Una serie di accordi con il mondo bancario può facilmente fluidificare questa fase, nella quale le somme risultano previste e/o vincolate sul bilancio pubblico, ma non sono a disposizione di chi deve realizzare l'opera, magari ferma a metà.

Va infatti considerato che un'opera pubblica in corso di realizzazione presenta una doppia passività: per i soldi fino a quel momento spesi e per la circostanza che non produce il servizio alla collettività che l'opera completa è destinata a rendere. La soluzione spesso adottata dei cosiddetti stralci funzionali è spesso solo una scusa per coprire un compromesso tra le priorità politiche nella ripartizione dei fondi. I mancati collaudi e le richieste di risarcimento da parte degli appaltatori completano lo scenario dei costi aggiuntivi che restano a carico dei cittadini.

Resta un'ultima questione, che potremmo definire dell'*indotto*.

L'opera pubblica, anche attraverso la sua mera localizzazione, valorizza uno spicchio di territorio: si propone un nuovo stadio con gli impianti connessi e, con l'occasione, si urbanizza a fini residenziali l'area limitrofa fino a quel momento destinata ad area protetta. Questa scelta di urbanizzazione, collaterale e secondaria, aderisce all'opera principale e finisce per condizionarla nel bene o nel male. Ma qui il problema diviene più complesso. Da sempre l'Italia é l'unico Paese in Europa a non conoscere una legge generale sul *regime dei suoli*, che renda economicamente neutra la scelta di dove allocare una infrastruttura pubblica servente.

Fare opere pubbliche in un contesto così variabile diventa una sorta di gioco d'azzardo, spesso connotato da illegittimità e corruzione. Meglio, almeno per questo aspetto, procedere con la regola di fare una cosa alla volta: l'opera pubblica.

G.F.

Per una lettura costituzionale dell'art. 262 del codice penale

*Federico Casu e Giuseppe Cerrone**

SOMMARIO: 1. Il Problema - 2. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità - 3. Una possibile ipotesi di lavoro - 3.1. (segue) Il potere di dichiarare una notizia non divulgabile ai sensi dell'art. 262 del c.p. - 3.2. (segue) Il concetto di Autorità competente a stabilire il vincolo d'indivulgabilità ex art. 262 del c.p. - 4. Conclusioni.

1. Il Problema.

L'art. 262 del codice penale - una volta depurato delle sue disposizioni di dettaglio finalizzate ad incidere (1) sui livelli di punibilità del delitto - contempla una condotta incriminatrice molto lineare: esso, infatti, punisce chiunque rivela, dolosamente o colposamente, notizie delle quali l'Autorità competente abbia vietato la divulgazione (2).

La sua struttura pone degli interrogativi sulla soglia di resistenza di una fattispecie che, se non adeguatamente "sintonizzata" con i principi dell'ordinamento costituzionale, potrebbe prima o poi impattare rovinosamente contro l'art. 25 della Costituzione.

In dottrina, del resto, c'è già chi sostiene che "... l'art. 262 si pone in netto contrasto con il principio di stretta legalità, sotto il duplice profilo della riserva di legge e della determinatezza del fatto, nella misura in cui la determinazione dell'elemento centrale del precetto è affidata a un provvedimento amministrativo, senza la previa indicazione legale di parametri oggettivi stringenti" (3).

Nessun dubbio, invece, sulla piena aderenza della norma all'ordinamento giuridico sussisteva per i primi commentatori del Codice penale che, nell'ottica ideologica di uno Stato autoritario, limitava scientemente il principio di legalità di cui all'art. 1 c.p. con una serie di accorgimenti tecnici quali, ad esempio, l'utilizzo della responsabilità oggettiva quale criterio d'imputazione della responsabilità penale o la previsione di norme caratterizzate da fatti tipici a "basso tasso di specificazione".

È, in proposito, interessante rileggere le osservazioni di un Commentario Teorico-Pratico del 1930 riferite al combinato disposto degli artt. 256 terzo comma c.p. (4) e 262 primo comma c.p. (5) e ai due concetti di "notizie di vietata

(*) Viceprefetti Aggiunti in servizio presso gli Uffici centrali del Ministero dell'Interno.

(1) Ora facendo leva sulle circostanze aggravanti ed ora sulla specificità o meno dell'elemento soggettivo.

(2) In disparte il IV comma in base al quale "Le pene stabilite nelle disposizioni precedenti si applicano anche a chi ottiene la notizia".

(3) FIORELLA A., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Ristampa agg. al 30 settembre 2013, Giappichelli, Torino, p. 500. Si veda sul punto anche FIANDACA G. - ENZO M., *Diritto Penale - Parte Speciale* Vol. I, pp. 76-77, Zanichelli, Bologna, 2001.

divulgazione” e di “*divieto di divulgazione*” disposto dall’Autorità competente.

Tali notizie, osservano gli autori (6), “... *non costituiscono l’oggetto di segreti militari, nello stretto significato di quest’espressione, né costituiscono segreti di Stato. Si tratta, tuttavia, di notizie rispetto alle quali l’Autorità competente abbia fatto divieto di divulgazione, in considerazione di speciali esigenze dello Stato, ossia sempre nell’interesse dello Stato. Ciò risulta dal collocamento della disposizione tra quelle concernenti i delitti contro la personalità dello Stato. La legge non indica gli specifici interessi a cui la notizia si riferisce, perché qualsiasi interesse dello Stato ... ha giuridica rilevanza*” (7). Sul divieto di divulgazione si precisava che mentre “... *il Progetto del 1927 parlava di <<notizie, di cui il Governo, nell’interesse dello Stato, ha vietato la divulgazione>>, il codice usa l’espressione <<notizie di cui l’Autorità competente ha vietato la divulgazione>>. Di solito, quindi, il divieto sarà emanato dal Governo; ma potrà essere imposto da altre Autorità, come, per es., dal comandante di una piazzaforte, nei limiti delle facoltà che gli sono conferite dalla legge. Il divieto dell’Autorità competente non è necessario che si concreti in una delle forme in cui si attua il potere di ordinanza, perché il divieto può essere disposto con una circolare o con una comunicazione ufficiale. In questi due ultimi casi, però, poiché il divieto non deriva da una norma giuridica, deve essere dimostrato che l’agente abbia avuto notizia del contenuto della circolare o della comunicazione ufficiale. Il divieto può derivare anche da una diffida fatta da un’Autorità competente a una persona, nel senso di non divulgare, nell’interesse dello Stato, notizie che siano a sua conoscenza*” (8).

Articolato e ampio risultava, inoltre, il concetto di “*interesse*” meritevole di tutela e ciò in funzione della necessità di assicurare una protezione molto forte al bene giuridico della sovranità statale interna ed esterna: “*I beni o interessi politici dello Stato sono ... interni o costituzionali, ovvero esterni o internazionali, secondo che lo Stato viene riguardato nei rapporti interni, ovvero nei rapporti esterni o internazionali. I beni o interessi politici interni o costituzionali attengono all’esistenza, all’organizzazione costituzionale dello Stato e all’attività degli organi costituzionali dello Stato stesso e perciò alla perso-*

(4) “*Se si tratta di notizie di cui l’Autorità competente ha vietato la divulgazione, la pena è della reclusione da due a otto anni*”.

(5) “*Chiunque rivela notizie, delle quali l’Autorità competente ha vietato la divulgazione, è punito con la reclusione non inferiore a tre anni*”.

(6) Si trattava di Carlo Saltelli, Sostituto Procuratore Generale della Corte di Cassazione e Segretario della Commissione ministeriale per la riforma del Codice penale, e di Enrico Romano - Di Falco, Consigliere di Corte d’Appello, libero docente di Diritto penale e Segretario della citata Commissione ministeriale.

(7) SALTELLI C. - ROMANO-DI FALCO E., *Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale*, con prefazione del Guardasigilli Alfredo Rocco, Vol. II-Parte prima (artt. 241-498), 1930, Regia Tipografia delle Mantellate, Roma, pagg. 67-68.

(8) SALTELLI C. - ROMANO-DI FALCO E., *op. cit.*, pagg. 68-69.

nalità, alla sovranità e al governo dello Stato; i beni o interessi politici esterni o internazionali attengono all'esistenza dello Stato, alla sua organizzazione internazionale e all'attività dei suoi organi internazionali...” (9).

Tuttavia, a distanza di più di 80 anni dall'entrata in vigore del Codice Rocco il senso e la portata applicativa dell'art. 262 c.p. non sono più così scontati come negli anni '30, nel senso che il concetto di “interesse” dello Stato meritevole di tutela penale, che ora come allora presenta un ampio spettro di significati, non può fungere da unico parametro di riferimento per una decisione amministrativa di non divulgabilità di una data notizia.

Mutato il quadro prospettico, si pone la necessità, alla luce dei principi costituzionali di tipicità, tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice (10), di individuare le norme che, ad ordinamento vigente, circoscrivano il potere discrezionale dell'Autorità di stabilire quando una notizia debba o meno ritenersi protetta ai sensi dell'art. 262 del c.p.

E a ciò va, inoltre, aggiunta la questione di comprendere cosa debba intendersi per “*Autorità competente*” e quale sia la forma del provvedimento recante il vincolo di indivulgabilità.

2. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Non pienamente soddisfacenti, in questo senso, risultano gli arresti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che pure sono intervenute sulla tematica.

Ancora oggi gli assunti esegetici di matrice giurisprudenziale relativi alla norma in esame sono riconducibili a Cass. Pen., I Sez., n. 3348 del 29 gennaio 2002 e a Corte Costituzionale n. 295 del 28 giugno 2002 (11).

I Giudici della Consulta hanno sostenuto, sulla scorta dell'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 3348/2002, la legittimità costituzionale dell'art. 292 che non configurerebbe un'ipotesi di norma penale in bianco.

Al contrario, la disposizione presenterebbe una “... *sufficiente specificazione dei presupposti, del carattere, del contenuto e dei limiti dell'atto di natura amministrativa che impone il divieto assistito da sanzione penale...*”.

Più nel dettaglio, ad avviso della Corte costituzionale è condivisibile quanto affermato dalla Corte di Cassazione circa il fatto che le notizie di vietata divulgazione “... *costituiscono categoria omogenea, sul piano dei requisiti oggettivi di pertinenza e di idoneità offensiva, rispetto a quella delle notizie sottoposte a segreto di Stato. Facendo leva sul collegamento storico-sistematico riscontrabile*

(9) SALTELLI C. - ROMANO-DI FALCO E., *op. cit.*, pag. 8.

(10) Cfr. BRICOLA M., *Commento all'art. 25, 2° e 3° comma, della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Rapporti civili (art. 24-26)*, Zanichelli, Bologna, 1981, pagg. 227-316.

(11) È la data di deposito della sentenza. La data della decisione è il 19 giugno 2002.

tra le due categorie di notizie... il giudice di legittimità ha affermato... non soltanto che le notizie riservate debbono inerire ai medesimi interessi che, a mente dell'art. 12 della legge n. 801 del 1977 (12), giustificano il segreto di Stato; ma altresì che la loro diffusione deve risultare idonea - al pari di quanto avviene per le notizie sottoposte a segreto di Stato, in forza della norma definitoria da ultimo citata - a recare un concreto pregiudizio ai predetti interessi... (13).

Secondo questa ricostruzione, dunque, il perno intorno a cui ruoterebbe l'applicazione dell'art. 262 c.p. sarebbe costituito dal concetto di *"interesse o ragion di Stato"* (14) che, al tempo di quelle pronunce, rinveniva ancora il proprio ambito definitorio nell'art. 12 della legge 801 del 1977 (15) in base al quale: *"Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato..."*.

Semplificando il percorso argomentativo della Corte costituzionale, ogni notizia in grado di ledere gli interessi dello Stato in misura non così incisiva da meritare la sua copertura attraverso l'apposizione del "segreto di Stato", ma comunque meritevole di tutela mediante il vincolo d'indivulgabilità, discrezionalmente stabilito da una data Autorità, sarebbe tutelato ai sensi dell'art. 262.

Essendo tuttavia molto lata la definizione di "interesse" dello Stato, non specificando granché l'abrogato art. 12 della legge 801 del 1977 rispetto ai confini a suo tempo tracciati dai primi commentatori del Codice penale, altrettanto ampia risulta la discrezionalità nell'ambito della quale l'*"Autorità competente"* può decidere il vincolo d'indivulgabilità.

Certo, l'art. 12 delimitava il concetto di Stato tramite l'aggettivo "democratico", nel senso che con l'avvento della Repubblica anche lo Stato mutava le sue caratteristiche costituzionali, ma nulla di più aggiungeva alla definizione del concetto d'interesse di Stato che il Commentario Teorico-Pratico del 1930, voce ufficiale di chi materialmente aveva partecipato alla redazione del Codice, sostanzialmente riconduceva a tutto ciò che poteva in qualche modo entrare nell'orbita della personalità interna ed internazionale dello Stato.

(12) Oggi abrogata e sostituita dalla legge 124/2007.

(13) Detta argomentazione è stata ripresa e condivisa anche da Cass. Pen, I Sez., n. 47224 del 28 novembre 2013.

(14) Concetto politico-giuridico oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi rinascimentali, la "Ragion di Stato" fu anche il titolo di una fortunata opera di Giovanni Botero (1544-1617). Il libro ebbe un posto di rilievo nell'ambito degli studi sulla storia del pensiero politico condotti, dalla metà del XIX secolo, da intellettuali di rilievo quali Burckhardt e Meinecke: cfr. BOTERO G., *La ragion di Stato*, Donzelli, Roma, 2009.

(15) Recante *"Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato"*.

Affermazione questa suffragata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, nel tentativo di definire il bene giuridico tutelato dagli articoli 256 c.p. (16) e 261 c.p. (17), adotta la generica espressione di “*interesse relativo alla personalità internazionale o interna dello Stato*”, ovvero tutto ciò che attiene alla sicurezza o ad un altro interesse politico interno o internazionale dello Stato (18).

Del resto e sempre con riferimento all’art. 12 della legge 801 del 1977, se l’aggettivo “democratico” individuava, a livello costituzionale, una determinata forma di Stato, la congiunzione “anche” rimandava ad una serie indefinita di ipotesi cui connettere l’interesse all’integrità statale.

Troppo poco, comunque, per assicurare una tenuta costituzionale di lungo periodo dell’art. 262 c.p. e ciò, soprattutto, per l’assenza di parametri normativi volti sia a delimitare la discrezionalità nella decisione sul vincolo d’indivulgabilità, sia a chiarire cosa debba intendersi per “*Autorità competente*”.

Perplessità che, probabilmente, sussistevano anche nei pensieri dei Giudici della Consulta che, proprio nella sentenza 295 del 2002, ritennero auspicabile che il legislatore si facesse carico “... *dell’esigenza di una revisione complessiva della materia in esame: esigenza avvertita, per vero, già all’epoca dell’emanazione della legge n. 801 del 1977, il cui art. 18 assegnava carattere di “transitorietà” al regime delineato dal titolo I del libro II del codice penale, in vista dell’emanazione di una “nuova legge organica relativa alla materia del segreto ...*”.

3. Una possibile ipotesi di lavoro.

Una revisione complessiva non già del titolo primo del libro secondo del Codice penale, ma della disciplina del segreto di Stato è alla fine arrivata con la legge 3 agosto 2007 n. 124 (19) cui vanno affiancati, ai fini del presente lavoro, due provvedimenti normativi di attuazione: il d.P.C.M. 12 giugno 2009, n. 7/2009 (20) e il d.P.C.M. 22 luglio 2011 (21).

A fronte delle novità ordinamentali della legge 124 del 2007 e dei connessi provvedimenti attuativi ed integrativi, risultano invero percorribili due strade: mantenere inalterato il percorso logico-argomentativo della sentenza

(16) Rubricato “*Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato*”.

(17) Rubricato “*Rivelazione di Segreti di Stato*”.

(18) Cass. Pen., n. 8018 del 12 settembre 1985.

(19) Recante “*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*”.

(20) Recante “*Determinazione dell’ambito dei singoli livelli di segretezza, dei soggetti con potere di classifica, dei criteri d’individuazione delle materie oggetto di classifica, nonché dei modi di accesso nei luoghi militari o definiti di interesse per la sicurezza della Repubblica (Decreto 7/2009)*”.

(21) Recante “*Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate*”. Per un’analisi delle novità ordinamentali introdotte dalla presente legge cfr. ILLUMINATI G. ed altri, *Nuovi profili del segreto di Stato e dell’attività di intelligence*, Giappichelli, Torino, 2010.

della Consulta n. 295 del 2002 oppure rinvenire parametri normativi utili per tipizzare e specificare ulteriormente il fatto tipico del 262.

La prima soluzione sarebbe basata sulla semplice sostituzione del richiamo, contenuto nella sentenza n. 295/2002, all'art. 12 dell'abrogata legge 801 del 1977 con l'art. 39 della legge 127 del 2007, secondo cui *“Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato...”*.

Così facendo, però, le questioni sistematiche brevemente esposte nel precedente paragrafo potrebbero non trovare risposta.

Ed infatti, l'art. 39, riproponendo lo schema dell'art. 12 della legge 801 del 1977, non solamente non risolve il problema della delimitazione del concetto di “interesse” dello Stato, ma non offre alcun parametro per circoscrivere l'ambito di operabilità dell'art. 262 c.p., sia per quanto riguarda i confini della discrezionalità entro cui esercitare il potere d'indivulgabilità, sia in riferimento all'individuazione dell'“Autorità competente” ad apporre il vincolo.

A quest'ultimo riguardo, l'art. 39 potrebbe paradossalmente rendere ancora più indeterminata la fattispecie incriminatrice e ciò in ragione della riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione e, più nello specifico, dell'art. 114 della Cost., che ha determinato un'espressa scissione fra il concetto di Repubblica e quello di Stato (22).

Se, in altri termini, la Repubblica è ora l'architettura giuridica entro cui Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato concorrono - nel rispetto dei ruoli loro assegnati dall'ordinamento - alle politiche pubbliche di tutela e sviluppo delle rispettive comunità, ovvero si configura come un insieme di istituzioni tutte parimenti costitutive dell'ordinamento repubblicano, ne deriva che le stesse potrebbero a pieno titolo risultare coinvolte nella difesa dell'integrità della Repubblica ai sensi dell'art. 39 della legge 124 del 2007: ciò, ovviamente, a meno di interpretare il termine “Repubblica” ex art. 39 in chiave non costituzionale, limitandolo al significato di Stato repubblicano.

Ma se così non fosse o non fosse possibile, se per “Repubblica” dovesse viceversa intendersi l'insieme dei suoi elementi costitutivi, questo significherebbe, in teoria, che anche un Comune o una Regione potrebbero, in talune

(22) Cfr., CRISAFULLI V. - PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, vers. aggiornata ad opera di Bartole S. e Bin R., II ed., CEDAM, Padova, 2008, pp. 5-6, 50, 1037-1039. La questione era comunque oggetto di dibattito sotto la vigenza del precedente testo Costituzionale: per una ricostruzione delle posizioni cfr. MORTATI C., *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali (art. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1982, 1-9 e BERTI G., *Commento all'art. 5 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali (art. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1982, 277-286.

circostanze, reputare, in veste di “*Autorità competente*” ai sensi dell’art. 262 c.p., di determinarsi nel senso di apporre un vincolo d’indivulgabilità.

Tanto più se si considera il fatto che i Comuni, oltre ad assicurare le esigenze delle rispettive popolazioni, sono tradizionalmente titolari di funzioni tipicamente statali (anagrafe, stato civile, elettorale etc.) o che le Regioni - secondo la nuova formulazione dell’art. 117 della Cost. - risultano coinvolte, nelle materie di loro competenza e “... *nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato...*”, nel processo di attuazione ed esecuzione di accordi internazionali e degli atti dell’Unione europea; proprio quegli accordi internazionali che, ai sensi dell’art. 39 della legge 124 del 2007, potrebbero sottendere un interesse a tutelare l’integrità della Repubblica.

Peraltro, un’applicazione dell’art. 262 c.p. basata su una semplice dichiarazione, ampiamente discrezionale, circa la non divulgabilità di una notizia, potrebbe, nei fatti, comprimere, invadendone la relativa sfera d’azione, il delitto di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio ex art. 326 c.p.

Eppure - e questa è l’altra via percorribile - ad ordinamento vigente è possibile individuare un percorso esegetico che consenta di ri-allineare l’art. 262 c.p. con l’art. 25 della Costituzione all’insegna di una maggiore specificazione della discrezionalità governante l’esercizio del potere di vietata divulgazione e del concetto di “*Autorità competente*” all’apposizione del relativo vincolo.

3.1. (segue) *Il potere di dichiarare una notizia non divulgabile ai sensi dell’art. 262 del c.p.*

La legge 124 del 2007 distingue, rispettivamente agli articoli 39 e 42, due categorie omogenee di notizie:

- le notizie coperte dal Segreto di Stato ai sensi del sopra citato art. 39: il vincolo è apposto e, ove possibile, annotato su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei Ministri sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all’estero;

- le notizie coperte dalle seguenti classifiche di segretezza: segretissimo, segreto, riservatissimo e riservato (art. 42).

In base all’art. 19 del d.P.C.M. 22 luglio 2011, le citate classifiche assicurano la tutela amministrativa di informazioni la cui diffusione sia idonea a recare un pregiudizio agli interessi della Repubblica e sono attribuite per le finalità e secondo i criteri stabiliti dall’art. 4 del d.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009 secondo cui:

a) la classifica di **segretissimo** è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno **eccezionalmente grave** agli interessi essenziali della Repubblica;

b) la classifica di **segreto** è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un **danno grave** agli interessi essenziali della Repubblica;

c) la classifica di **riservatissimo** è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un **danno** agli interessi essenziali della Repubblica;

d) la classifica di **riservato** è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un **danno lieve** agli interessi essenziali della Repubblica.

Inoltre, ai sensi del comma 6 dell'art. 4 del d.P.C.M. n. 7/2009, le tabelle A, B, C e D “... *allegate al presente regolamento individuano l'ambito dei singoli livelli di classifica, i soggetti cui è conferito il potere di classifica e le materie che possono essere oggetto di classifica, tra le quali quelle elencate nella colonna 3 delle tabelle stesse*”: ad esempio, la colonna 3 della tabella A, riguardante le notizie classificate segretissimo, individua fra le varie informazioni quelle concernenti interessi nazionali di natura politica, economica, finanziaria, industriale, scientifica, tecnologica, sanitaria e di tutela ambientale; la tutela della sovranità popolare, dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica; la tutela da qualsiasi forma di eversione o di terrorismo etc.

Proseguendo, si potrebbe, dunque, sostenere che le notizie coperte da segreto di Stato e quelle oggetto di classifica di segretezza siano tutelate, rispettivamente, dall'art. 261 del c.p. e dall'art. 262 c.p.

Con riferimento a quest'ultima disposizione, l'Autorità competente potrà stabilire il vincolo d'indivulgabilità della notizia solamente apponendo sul documento (23) la dicitura corrispondente ad una delle quattro classifiche sopra citate; il che significa anche che solamente quando il documento è classificato con una delle quattro classifiche di cui all'art. 42 della legge 124 del 2007 esso potrà dirsi penalmente tutelato ex art. 262 c.p.

Secondo questa ipotesi d'analisi, dunque, l'apposizione sul documento d'interesse o su un atto separato di una semplice dichiarazione recante un divieto di divulgazione, non associata a nessuna delle quattro citate classifiche di segretezza, non sarebbe sufficiente a consentire l'integrazione della fattispecie incriminatrice in esame; ma per garantire una piena applicabilità della norma sarebbe altresì necessario che alla dicitura, apposta sul documento, corrispondente ad una delle classifiche (24) sia associata anche la dichiarazione del vincolo d'indivulgabilità ex art. 262 c.p. e ciò per evitare che l'imputato possa far leva sull'ignoranza inevitabile del precetto.

Come noto, infatti, la giurisprudenza ha oramai chiarito come l'ignoranza

(23) La classifica potrà riguardare anche attività o cose, ma il caso più frequente è quello di documenti.

(24) L'adempimento è, tra l'altro, espressamente richiesto dalla normativa di settore. L'art. 19, quarto comma, del d.P.C.M. 22 luglio 2011, stabilisce, infatti, che “...*la data di classificazione di un'informazione deve essere annotata sull'informazione stessa, contestualmente all'apposizione della classifica, mediante dicitura “classificato ... dal ...” opportunamente compilata...*”: es. “classificato RISERVATO (o RISERVATISSIMO) dal...”.

del precetto penale possa assumere rilevanza o come ignoranza della legge extrapenale ex art. 47, comma 3, c.p. (25) o come ignoranza inevitabile della norma penale ai sensi dell'art. 5 c.p. (26), così come modificato dalla sentenza n. 364 della Corte costituzionale (27):

“In ordine all'art. 47 c.p., comma 3... la giurisprudenza... distingue, fra norme extrapenali integratrici del precetto che, essendo in esso incorporate, sono da considerarsi legge penale, per cui l'errore su di esse non scusa, ai sensi dell'art. 5 c.p.; e norme extrapenali non integratrici del precetto, ossia disposizioni destinate in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, non richiamate, neppure implicitamente, dalla norma penale. L'errore che cade su di esse esclude il dolo, generando un errore sul fatto, a norma dell'art. 47 c.p., comma 3 (*ex plurimis*, Cass., Sez. 5, 20 febbraio 2001, Martini, Cass. pen. 2002, 3872; Cass., Sez. 6, 18 novembre 1998, Benanti, Cass. pen. 2000, 2636). Orbene, anche a voler qualificare la L. n. 646 del 1982, art. 30 come norma extrapenale, appare difficile sostenere che essa non integri il precetto di cui all'art. 31, L. cit. che non solo la richiama espressamente ma si configura come una norma esclusivamente sanzionatoria della violazione del precetto di cui all'art. 30. Di talché anzi la fattispecie incriminatrice risulta dal combinato disposto delle due norme: l'art. 30, norma precettiva, e l'art. 31, norma sanzionatoria. L'ignoranza del disposto dell'art. 30 si traduce quindi in ignoranza di legge penale, che ricade sotto il disposto dell'art. 5 c.p. Rimane da verificare se non sia ravvisabile ignoranza inevitabile della legge penale. Prospettazione che occorre sempre riguardare con cautela, nella vastissima area dei *mala quia prohibita*. Orbene, al riguardo, la giurisprudenza, come è noto, sulla scia della citata pronuncia della Corte costituzionale, ha elaborato tre criteri: il criterio oggettivo; il criterio soggettivo; il criterio misto. Il criterio oggettivo è basato su una marcata spersonalizzazione, nel senso che esso opera laddove debba ritenersi che qualsiasi consociato, in una determinata situazione di tempo, di luogo ed operativa, sarebbe incappato nell'ignoranza o nell'errore sulla norma penale. Ciò può dipendere dall'oscurità o dalla contraddittorietà del testo legislativo; da un generalizzato caos interpretativo; dall'assoluta estraneità del suo contenuto precettivo ai valori correnti nella società (Cass. Pen., VI Sez., n. 33590 del 3 settembre 2013 (ud. 15 giugno 2012))”.

Alla luce del quadro giurisprudenziale sopra descritto, essendo gli artt. 42 della legge 124 del 2007, 19 del d.P.C.M. 22 luglio 2011 e 4 del d.P.C.M. n. 7/2009 norme extrapenali non integratrici del precetto di cui all'art. 262 del c.p. - “... *ossia disposizioni destinate in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, non richiamate, neppure implicitamente, dalla norma penale ...*” (28) - la loro, ancorché indiretta, conoscenza da parte dell'agente risulta indispensabile ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo; ciò essendo possibile solamente con l'avvertimento espresso, apposto sul docu-

(25) “L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato”.

(26) “Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”.

(27) Cfr. altresì Cass. Pen. SS.UU., n. 8154 del 10 giugno 1994.

(28) Cass. Pen., VI Sez., n. 33590 del 3 settembre 2013.

mento, che la divulgazione di notizie ad esempio classificate “riservato” o “segreto” determinerebbe una responsabilità ex art. 262 c.p.

Come già osservato, la tesi che si propone sostiene che:

- mentre l’art. 261 del c.p. punisce la rivelazione di segreti di Stato, l’art. 262 c.p. sanziona la rivelazione di notizie classificate, ai sensi della normativa vigente, “riservato”, “riservatissimo”, “segreto” e “segretissimo”;

- l’aggancio del 262 c.p. alla legge 124 del 2007 e ai conseguenti provvedimenti normativi attuativi e/o integrativi consente, ai fini del rispetto dell’art. 25 secondo comma della Costituzione, di circoscrivere le ipotesi per le quali possa essere stabilito un divieto di divulgazione e i criteri secondo cui le quattro classifiche di segretezza possano essere apposte;

- le notizie coperte da classifica di segretezza costituiscono - per usare le parole della Corte costituzionale (sent. 295 del 2002) - una “... categoria omogenea, sul piano dei requisiti oggettivi di pertinenza e di idoneità offensiva, rispetto a quella delle notizie sottoposte a segreto di Stato” al cui interno la distinzione è basata sull’importanza delle informazioni e sulla gravità del danno agli interessi essenziali della Repubblica, che una loro divulgazione potrebbe determinare.

Taluni potrebbero, tuttavia, sostenere che solamente le notizie classificate “riservato” o “riservatissimo” possano, al limite, essere riconducibili all’art. 262 c.p., ma non già quelle classificate “segreto” e “segretissimo” che, al pari delle notizie coperte dal segreto di Stato, sarebbero tutelate dal più grave delitto di cui all’art. 261 c.p.

Ciò in forza di un’argomentazione in base alla quale l’art. 261, benché rubricato “rivelazione di segreti di Stato”, punirebbe la rivelazione delle notizie di “carattere segreto” indicate nell’art. 256; disposizione che prevede il delitto di “Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato”, ovvero di chi si “... procura notizie che, nell’interesse della sicurezza dello Stato, o comunque nell’interesse politico, interno o internazionale, dello Stato, debbono rimanere segrete”.

In altri termini, il Codice Penale, che all’epoca in cui fu scritto non stabiliva certe nette demarcazioni fra notizie coperte da segreto di Stato o altrimenti segrete o riservate, contemplerebbe due categorie di notizie: quelle *lato sensu* segrete, in cui includere le ipotesi di segreto di Stato ex art. 39 della legge 124 del 2007 e le informazioni classificate “segreto” e “segretissimo” ai sensi dell’art. 42 della legge 124 del 2007, e quelle comunque riservate e quindi non divulgabili, ovvero classificate “riservato” o “riservatissimo”.

È, tuttavia, possibile contro argomentare che il Codice prevede una serie di disposizioni - gli artt. 256 (29), 257 (30), 258 (31), 261 (32) e 262 (33) - in cui emerge la presenza di due categorie omogenee, ma distinte, di notizie:

(29) Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato: che punisce chiunque si procura sia notizie segrete, sia notizie di cui l’Autorità competente ha vietato la divulgazione.

quelle appunto coperte da segreto di Stato e quelle altrimenti classificate e dunque di vietata divulgazione.

Vero è che la suddetta distinzione risulta evidente nel binomio degli artt. 261-262, meno in quello costituito dagli artt. 257-258 e meno ancora nell'art. 256.

Vero, altresì, che quest'ultima disposizione, cui il 261 fa rinvio per la definizione delle notizie coperte da segreto di Stato, utilizza in rubrica la più generica espressione di “*notizie concernenti la sicurezza dello Stato*” e che nel testo non reca l'espressione “segreto di Stato”, ma solamente quella di “notizie segrete”.

La formulazione della rubrica è, tuttavia, volutamente generica poiché il corpo dell'articolo contempla le due ipotesi che gli articoli 258-259 e 261-262 viceversa distinguono in maniera netta, ovvero da una parte la compromissione di notizie “segrete” e dall'altra quella di notizie “*di cui l'Autorità competente ha vietato la divulgazione*”.

Del resto, ricondurre le notizie classificate “segretissimo” e “segreto” all'art. 261, al pari di quelle coperte dal “segreto di Stato”, solamente sulla base di un'analisi letterale dei testi normativi, significherebbe scardinare l'omogeneità delle quattro classifiche di segretezza, senza considerare che una simile operazione determinerebbe, tra l'altro, conseguenze sul piano sanzionatorio (34) e, in ragione di ciò, problemi di sostenibilità dell'art. 261 sotto il profilo del principio costituzionale di ragionevolezza.

3.2. (segue) *Il concetto di Autorità competente a stabilire il vincolo d'indivulgabilità ex art. 262 del c.p.*

Il potere di stabilire quando una notizia sia da classificare “segretissimo”, “segreto”, “riservatissimo” e “riservato” è riconducibile ad una serie circoscritta di Enti, pubblici o privati, facenti parte dell'Organizzazione nazionale per la sicurezza.

Tale Organizzazione, ai sensi dell'art. 5 del d.P.C.M. 22 luglio 2011, è costituita dall'Organo nazionale di sicurezza, che fa capo al Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dall'Ufficio centrale per la Segretezza istituito nell'ambito del citato Diparti-

(30) Spionaggio politico-militare: che punisce chi si procura, a scopo di spionaggio politico-militare, notizie segrete.

(31) Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione: che punisce chiunque si procura, a scopo di spionaggio politico-militare, notizie di cui l'Autorità competente ha vietato la divulgazione.

(32) Rivelazione di segreti di Stato: che, come già precisato, punisce chiunque rivela notizie segrete, che la rubrica meglio qualifica “segreti di Stato”.

(33) Rivelazione di notizie di cui è stata vietata la divulgazione: che, come già precisato, punisce chiunque rivela notizie di cui l'Autorità competente ha vietato la divulgazione.

(34) Le pene stabilite dal 261 sono ovviamente più severe di quelle del 262: l'ambito di applicabilità della normativa potrebbe, ad esempio, riguardare la diffusione a mezzo stampa di notizie classificate “segreto” o “segretissimo” di cui un giornalista sia venuto in possesso.

mento, dagli Organi centrali di sicurezza e dagli Organi periferici di sicurezza, prevalentemente facenti capo alle compagini ministeriali (35), e dagli organi di sicurezza presso gli operatori economici (36).

Il già citato d.P.C.M. 12 giugno 2009, n. 7 stabilisce per ogni tipo di classifica non solamente la corrispondente tipologia di informazione potenzialmente tutelabile, ma anche l'Autorità competente all'apposizione della stessa.

Tanto basta perché il concetto di "Autorità competente" di cui all'art. 262 c.p. sia determinato in modo sufficientemente accettabile rispetto al principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione.

4. Conclusioni.

Le presenti considerazioni fanno breccia su un terreno d'analisi vastissimo e complesso che è costituito dal Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, così come ridefinito dalla legge 124 del 2007.

Molte questioni restano inesplorate anche nel piccolo spazio ritagliato da queste pagine. Si pensi, ad esempio, al fatto che, nonostante le considerazioni di cui sopra, la cautela di apporre una classifica di segretezza su un documento, magari accompagnata dalla dichiarazione d'indivulgabilità, non sia comunque *ex se* sufficiente a rendere efficace l'art. 262 c.p., residuando comunque in capo al giudice penale il potere di stabilire se la predetta classifica sia stata apposta sulla base di una corretta o meno valutazione dell'Autorità competente: la giurisprudenza è, infatti, attestata nel senso che il divieto di divulgazione resta soggetto a sindacato di legittimità da parte del giudice penale, segnatamente in rapporto ai requisiti di inerenza contenutistica e di attitudine offensiva della notizia che ne costituisce oggetto (37).

Sarebbe, tra l'altro interessante, scandagliare i profili della legittimità dell'apposizione di una classifica di segretezza anche nell'ambito del diritto amministrativo e civile, soprattutto per quanto concerne gli atti e i procedimenti secretati inerenti a gare d'appalto della Pubblica Amministrazione.

Ed ancora, di rilievo potrebbe essere approfondire la natura giuridica (pubblica, privata, mista?) di un operatore economico parte dell'Organizza-

(35) Si pensi, ad esempio, al Ministero dell'interno e alle Prefetture.

(36) Ai sensi dell'art. 12 del d.P.C.M. 22 luglio 2011 "L'operatore economico abilitato alla trattazione delle informazioni classificate, previa autorizzazione dell'Organo nazionale di sicurezza, istituisce una propria organizzazione di sicurezza, adeguata alle categorie di informazioni classificate che l'operatore economico ha necessità di trattare, nonché alle proprie dimensioni o caratteristiche infrastrutturali o gestionali". Si pensi, solo a titolo di esempio, a quelle Società - molto spesso a partecipazione pubblica o comunque soggette a vigilanza da parte dello Stato - che svolgono attività di rilievo strategico come quelle volte alla produzione o allo sviluppo di tecnologie suscettibili di impiego civile/militare o alla gestione in concessione di infrastrutture stradali, ferroviarie, marittime ed aeree. L'operatore economico può anche essere un soggetto privato che, ai sensi dell'art. 40 del d.P.C.M. 22 luglio 2011, è abilitato a partecipare a gare d'appalto o procedure per l'affidamento di contratti classificati.

(37) In questo senso anche Corte costituzionale n. 295 del 2002.

zione nazionale della sicurezza e delle relative decisioni in merito alla trattazione del carteggio classificato, e ciò soprattutto quando detto operatore avesse una natura societaria mista o esclusivamente privata.

Non si è, neppure, analizzata la tematica della tutela delle informazioni classificate di altri Stati o di Organizzazioni internazionali, ad esempio riconducibili ad un'eventuale e fisiologica corrispondenza con lo Stato italiano; notizie che, difficilmente, potrebbero essere ricondotte sotto lo schermo protettivo del delitto di rivelazione di notizie di vietata divulgazione (38).

In questa sede ci si è, invece, limitati a tentare una possibile lettura costituzionale dell'art. 262 c.p. nella convinzione che detta fattispecie conservi, comunque, una sua utilità.

Certo, diviene oramai improcrastinabile una revisione dell'intera disciplina penale a tutela del segreto di Stato o delle notizie comunque coperte da classifiche di segretezza e ciò in funzione, in primo luogo, di una più circoscritta definizione dei beni giuridici da proteggere e delle relative condotte incriminatrici.

Vi è poi un aspetto più ampio, di natura sistematica, consistente nel fatto che la tutela penale del Segreto di Stato e delle classifiche di segretezza, così come disciplinati dalla legge 124 del 2007, è oggi connessa non già solo al profilo internazionale della personalità dello Stato, ma anche a quello interno. Ed infatti, come non considerare che la violazione di notizie comunque protette potrebbe, in teoria, agevolare quelle attività terroristiche o eversive sanzionate dall'art. 280 c.p., il quale risulta non a caso collocato fra i delitti posti a presidio della personalità interna dello Stato?

Ci si potrebbe, addirittura, interrogare, sull'opportunità di una riforma del titolo I del libro II del Codice basata sul superamento della distinzione fra "Personalità interna ed internazionale dello Stato" in favore del concetto di "Sovranità" quale più specifico bene giuridico da tutelare (39).

In conclusione, lo Stato repubblicano, benché in questi ultimi anni abbia subito travasi di sovranità verso l'esterno (l'Unione europea) e verso l'interno (le autonomie locali), continua ad essere titolare d'interessi ed esigenze ancora meritevoli di protezione penale. È, peraltro, tuttora valido il costrutto giuridico della "Sovranità" di cui la persona giuridica dello Stato è titolare, rappresen-

(38) Si segnala che ai sensi dell'art. 20 del d.P.C.M. 22 luglio 2011, rubricato "*Classifiche di segretezza internazionali e comunitarie*", "*Le classifiche di segretezza internazionali e comunitarie sono previste da trattati, convenzioni, accordi, regolamenti e decisioni comunque denominati, recepiti o a cui è data attuazione in conformità alle norme previste dall'ordinamento*". Segue l'art. 21 ("*Qualifiche di sicurezza*"), in base al quale "*Le informazioni classificate appartenenti ad organizzazioni internazionali e dell'Unione Europea ed a programmi intergovernativi recano le qualifiche previste dai rispettivi trattati, convenzioni, accordi, regolamenti e decisioni comunque denominati*".

(39) Per una disamina sistematica dei delitti del Titolo I del Libro II del Codice penale cfr. MARCO PELISSERO - MAURIZIO RIVERDITI, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010.

tandone un elemento costitutivo: vi è, tuttavia, l'esigenza di ridefinirne i contorni attraverso una rimeditazione di che cosa sia oggi lo Stato in un'epoca dai grandi cambiamenti.

In questo senso, il diritto costituzionale, e più in generale le discipline pubblicistiche, potranno rappresentare un valido strumento per orientare al meglio le future scelte legislative in campo penale.

BIBLIOGRAFIA

- BERTI G., *Commento all'art. 5 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali (art. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1982;
- BOTERO G., *La ragion di Stato*, Donzelli, Roma, 2009;
- BRICOLA M., *Commento all'art. 25, 2° e 3° comma, della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Rapporti civili (art. 24-26)*, Zanichelli, Bologna, 1981;
- CRISAFULLI V. - PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, vers. aggiornata ad opera di Bartole S. e Bin R., II ed., CEDAM, Padova, 2008;
- FIANDACA G. - ENZO M., *Diritto Penale - Parte Speciale*, Vol. I, pp. 76-77, Zanichelli, Bologna, 2001;
- FIGIELLA A., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Ristampa agg. al 30 settembre 2013, Giappichelli, Torino;
- ILLUMINATI G. ed altri, *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Giappichelli, Torino;
- MORTATI C., *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali (art. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1982;
- PELLISSERO M. - RIVERDITI M., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010;
- SALTELLI C. - ROMANO-DI FALCO E., *Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale*, con prefazione del Guardasigilli Alfredo Rocco, Vol. II-Parte prima (artt. 241-498), 1930, Regia Tipo-Litografia delle Mantellate, Roma.

La protezione sussidiaria per violenza indiscriminata ex art. 14 lett. c) D. L.vo 251/2007, tra diritto interno e diritto dell'Unione europea

*Fabrizio Gallo**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'applicazione della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata in Italia: il caso del Pakistan nelle valutazioni della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotona e delle Autorità giudiziarie del distretto di Corte d'Appello di Catanzaro - 2.1 La valutazione della Commissione territoriale di Crotona sul Pakistan - 2.2 La posizione della giurisdizione del distretto di Corte d'Appello di Catanzaro sul Pakistan - 3. Il diritto e la prassi negli altri Paesi europei - 4. Conclusioni.

1. Premessa.

La questione dell'applicazione della protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), D. L.vo 251/2007 è al momento l'aspetto di maggiore distonia, nel nostro Paese, tra gli orientamenti decisori delle autorità amministrative di prima istanza, incaricate di valutare le richieste di protezione internazionale, e gli indirizzi giurisprudenziali. Si può anche dire che, dal punto di vista quantitativo, per quella che è la percezione degli operatori pratici del sistema, proprio sul punto della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata si concentrano i ricorsi e le relative decisioni giurisdizionali (1).

La norma citata deriva dall'art. 15(c) della Direttiva 2004/83/CE (c.d. Direttiva Qualifiche - QD) (2), che recita: “*Sono considerati danni gravi: ... la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*”.

L'interpretazione della norma è stata orientata autorevolmente dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza *Elgafaji* (C-465/07 del 17 febbraio 2009) (3). La controversia proveniva da un contenzioso maturato in Olanda tra i coniugi Meki e Noor Elgafaji e lo *Staatssecretaris van Justitie*. I due coniugi, che avevano fondato la loro domanda di protezione internazionale sulla persecuzione derivante dal lavoro di uno di loro, in Iraq, presso un'impresa britannica di sicurezza, vedevano rifiutata la loro richiesta dalla competente autorità decidente, sulla base del fatto che non avevano dimostrato il

(*) Viceprefetto. Presiede la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotona.

(1) Sulla rilevanza del contenzioso giurisdizionale in materia di protezione internazionale, si veda MICHELE DI PACE, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014*, in <http://www.avvocaturastato.it/node/847>.

(2) Ora rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE.

(3) Testo della sentenza su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-465/07>.

rischio effettivo di minaccia grave ed individuale. Il Giudice olandese competente in ultima istanza sospendeva il giudizio per porre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea questioni interpretative pregiudiziali (4).

In relazione a ciò, la Corte di Giustizia, con la sentenza sopra citata (i cui parametri sono applicati, nel nostro Paese dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione (5)) ha stabilito che:

a) la predetta norma deve essere interpretata nel senso che la sussistenza di una minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile non necessita della prova che il richiedente sia oggetto di specifica minaccia per motivi peculiari alla situazione personale;

b) la minaccia si considera, infatti, provata, *eccezionalmente*, quando il conflitto armato in corso nel paese del richiedente è di *tale gravità* che la sola presenza del civile in quel paese rappresenta di per se un rischio effettivo di subire la minaccia;

c) occorre *bilanciare specificità e generalità*. Tanto più il richiedente è eventualmente in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale, tanto meno elevato sarà il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria (c.d. *sliding scale*).

Malgrado l'elevato approfondimento della Corte di Giustizia sulla portata specifica dell'istituto della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata, neanche la giurisprudenza comunitaria ha definito quale sia la *soglia* di tale violenza, oltre la quale si deve applicare a qualunque civile la protezione sussidiaria, né ha indicato i *criteri* per una tale valutazione (6).

(4) Per una sintetica ma esaustiva illustrazione della sentenza in questione, si veda *Le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea rilevanti in materia di asilo analizzate da Asilo in Europa*, in http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2014/03/Elgafaji_C465_2007.pdf.

(5) Si vedano, a titolo di esempio, le ordinanze Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., 4 aprile 2013, n. 8281 e Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord., 13 gennaio 2014, n. 506. Tale ultima decisione era relativa a fattispecie prospettata da richiedente ghanese denegato che censurava, in primo luogo, l'abdicazione dei giudici delle precedenti istanze rispetto ai doveri di indagine officiosa con riguardo alla concreta condizione del Ghana e delle sue province agricole, in termini di vigenza di sicurezza ed ordine statale e, in secondo luogo, la mancata applicazione delle norme sulla protezione sussidiaria pur in difetto dei requisiti per riconoscere uno *status* correlato a *vis persecutoria*. La Corte di Cassazione, nel riconoscere le ragioni del ricorrente, ha affermato che la protezione sussidiaria ben può essere accordata pur in difetto di effettiva *vis persecutoria* statale a danno del richiedente ma per elidere le conseguenze disastrose del rimpatrio a carico di chi versi in situazioni di pericolo grave alla persona, pericolo indotto da condizioni endemiche di violenza e conflitto interni, anche a base territoriale limitata, ingenerate dalla connivenza o dalla latitanza del potere statale: "*rientra quindi nel quadro idoneo a concedere la protezione sussidiaria una condizione di comprovata esposizione ad effettivo pericolo di vita indotta dalla assenza di potere statale di repressione del delitto e di prevalenza del potere delle autorità tribali, in grado di far seguire alla minaccia la effettiva "sanzione" capitale*".

(6) Si veda, al riguardo, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, p. 31, 27 July 2011, disponibile su: <http://www.refworld.org/docid/4e2ee0022.html>.

Una guida, in tal senso, è sempre stata ritenuta la sentenza *Sufi e Elmi v. UK* (7) che, pur essendo stata emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quindi da una diversa giurisdizione, che si occupa di una differente fonte normativa, ha fornito i parametri per giudicare se vi sia una situazione di conflitto interno tale da comportare, *ex se*, una violazione dell'art. 3 C.E.D.U. (8). La rilevanza di tale pronuncia sulla materia della protezione sussidiaria regolata dal diritto europeo si può evincere anche testualmente dal considerando 25 della Direttiva Qualifiche (9) che recita: “...È necessario introdurre i criteri per l'attribuzione, alle persone richiedenti protezione internazionale, della qualifica di beneficiari della protezione sussidiaria. Tali criteri dovrebbero essere elaborati sulla base degli obblighi internazionali derivanti da **atti internazionali in materia di diritti dell'uomo** e sulla base della **prassi esistente negli Stati membri**”.

La motivazione posta a fondamento della scelta del legislatore europeo di allargare il novero delle misure di protezione internazionale è la cristallizzazione, infatti, di un processo che ha condotto alla creazione dell'istituto della protezione sussidiaria proprio partendo dalle formulazioni contenute nelle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo ed in primo luogo dalla CEDU, nonché dalle prassi applicative dei paesi membri dell'Unione Europea (10).

I criteri indicati dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo sono:

- a) la presa in considerazione del fatto che le parti coinvolte nel conflitto utilizzino *metodi o tattiche di combattimento* tali da accrescere il numero delle perdite tra i civili, o se prendano di mira civili di proposito;
- b) *la diffusione dei suddetti metodi e/o tattiche* tra le parti in conflitto;
- c) se il conflitto è *localizzato o diffuso*;
- d) il *numero di civili uccisi, feriti e sfollati* a seguito del conflitto.

2. *L'applicazione della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata in Italia: il caso del Pakistan nelle valutazioni della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotona e delle Autorità giudiziarie del distretto di Corte d'Appello di Catanzaro.*

Nel contesto normativo sopra descritto, si palesano alcuni casi, nel nostro Paese, in cui le valutazioni delle Autorità decidenti sono divergenti rispetto a quelle della Giurisdizione, con riguardo alla situazione di violenza generalizzata presente in alcune aree del Mondo.

(7) *Aboubacar Diakité v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, European Union: Court of Justice of the European Union, 30 gennaio 2014, disponibile in: <http://www.refworld.org/docid/52ea51f54.html>.

(8) Il testo della convenzione in http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf.

(9) Direttiva 2004/83/CE.

(10) Sulla correlazione tra CEDU e protezione sussidiaria, si veda *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, a cura di MARCO BENVENUTI, Napoli, 2011, pp. 176 ss.

Nello specifico, nel distretto di Corte d'Appello di Catanzaro, la questione si pone in particolare per i cittadini provenienti dal Pakistan e segnatamente dalle province del Punjab, del Kashmir e del Sindh. In una sentenza esemplare della Corte d'Appello menzionata (11), il predetto Giudice, prendendo le mosse dai parametri stabiliti in materia di protezione sussidiaria per violenza generalizzata, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte di Cassazione, ha ritenuto che “... il grado di violenza raggiunto nel territorio del Punjab ... dal quale il richiedente proviene, è tristemente noto, e ribadito nel rapporto annuale Amnesty International del 2013 e la situazione non sembra affatto migliorata: basti pensare ai recenti attentati al mercato di Rawalpindi ... dei primi mesi del 2014, che hanno causato decine di morti, e riportati da tutte le testate di informazione nazionale ed internazionale. Non può pertanto negarsi che una siffatta perdurante situazione di lotta armata, pericolo ed instabilità politica, certamente sottoporrebbe il ricorrente - al di là delle sue condizioni personali e anche in qualità di semplice civile - a rischio grave ed effettivo di subire un danno grave alla vita o alla persona”. In ragione di ciò, al richiedente è stata riconosciuta la protezione sussidiaria.

Occorre precisare che tale questione è aperta su quasi tutto il territorio nazionale e che, in altri distretti, la diversità di valutazione si estende ad ulteriori Paesi come la Nigeria ma non solo (12).

2.1 La valutazione della Commissione territoriale di Crotone sul Pakistan.

Le valutazioni della Commissione di Crotone sulla possibilità di applicazione della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata rispetto a quella specifica area geografica, partono dalla considerazione che il Pakistan è una repubblica islamica federale che conta più 190 milioni di abitanti ed ha un'estensione territoriale di 796.095 km² (13) (il territorio italiano è pari a 301.340 km²). Il Pakistan comprende 4 province e 2 territori ed amministra anche parte del Kashmir. Le province sono il Balocistan, il Khyber Pakhtunkhwa- KP, il Punjab ed il Sindh. Ci sono inoltre le Federally Administered Tri-

(11) Corte d'Appello di Catanzaro, sentenza n. 933/2014 del 12 giugno 2014.

(12) Per il riconoscimento della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata in altri distretti di Corte d'Appello, si vedano, a proposito dei richiedenti originari della Nigeria, Tribunale di Roma, sentenza 10 - 13 dicembre 2012 n. 15530, Tribunale di Bologna, ordinanze nn. 1083, 21 marzo 2013 e 841, 7 marzo 2013. Per il Gambia, si veda la sentenza della Corte d'Appello di Roma, 17 gennaio 2012. Nella sintesi del sito *Melting Pot* (<http://www.meltingpot.org/Sentenza-della-Corte-di-Appello-di-Roma-del-17-gennaio-2012.html>), “La Corte di Appello di Roma ha riconosciuto a un cittadino del Gambia il diritto alla protezione internazionale, in ragione delle informazioni raccolte dal MAE, dai rapporti di Amnesty International e da quelli del Dipartimento di Stato USA. Il Gambia è ritenuto dalla Corte di Appello un paese la cui situazione dei diritti umani è preoccupante, dove sono particolarmente a rischio gli oppositori del regime a qualsiasi titolo”.

(13) I dati geografici e di popolazione del presente paragrafo sono tratti da *The World Factbook* in <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pk.html>.

bal Areas (FATA). Queste aree tribali, abitate esclusivamente da tribù Pashtun e dotate di uno speciale ordinamento autonomistico, sono sette: Khyber, Kurram, Orakzai, Mohmand, Bajaur, North Waziristan and South Waziristan (14).

In relazione a situazioni di violenza indiscriminata in Pakistan, La Commissione territoriale di Crotone sottolinea come essa, dai dati ricavati da diverse fonti, non si possa ritenere estesa a tutto il territorio nazionale, in quanto, pur avendo i gruppi terroristici la capacità di agire su gran parte del territorio nazionale, questi concentrano le proprie attività in alcune aree specifiche, in particolare: nel FATA, nel Khyber Pakhtunkhwa, nel Balochistan.

Come riportato anche dal rapporto dell'*United Kingdom - Home Office* del 2013 (15): "Il South Asia Terrorism Portal (SATP) ha citato diverse statistiche sugli incidenti causati da attentati terroristici ed ha affermato nel suo lavoro di valutazione del 2013 che - Come nel 2011, la Federally Administered Tribal Areas (FATA) è rimasta la regione maggiormente affetta, in termini di perdite di civili, seguita dal Shind. Il Balochistan, che era la quarta zona e il Khyber Pakhtunkhwa, che era in terza posizione nel 2011, si sono scambiati posizione nel 2012. Il Punjab rimane, nella sua precedente posizione, la quinta e meno afflitta area del Paese".

Il citato sito *South Asia Terrorism Portal (SATP)*, che tiene una lista estremamente aggiornata di vari attentati effettuati in Pakistan, emerge che nel 2014, a fronte di 205 attentati a mezzo bomba, verificatisi in Pakistan dal 1° gennaio al 18 maggio 2014, che hanno portato alla morte di 387 persone ed al ferimento di più di 1136 persone, un solo attentato a mezzo bomba - peraltro senza vittime - è stato compiuto nella regione del Punjab e nessuno nell'Azad Kashmir (16).

Per quel che riguarda invece le vittime di violenza di vario tipo - che può essere legata sia ad attività terroristiche, sia, invece a questioni di criminalità - sempre nel sito *South Asia Terrorism Portal (SATP)*, si possono ritrovare i dati relativi al 2013 ed al 2014. Da questi dati emerge chiaramente come le zone maggiormente rischiose - nelle quali c'è una maggiore incidenza degli attacchi ed anche una maggiore pericolosità di questi per la popolazione civile - sono il Sindh, il FATA, il Khyber Pakhtunkhwa ed il Balochistan, mentre la provincia del Punjab riporta un numero di molto inferiore di vittime civili, fino a giungere al Gilgit Baltistan e all'Azad Kashmir, dove non sono stati registrati episodi di sorta (17)(18).

(14) Da *BBC, Analysis: Pakistan's tribal frontiers*, in http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1711316.stm.

(15) *United Kingdom: Home Office, Country of Origin Information Report - Pakistan*, 9 August 2013, in: <http://www.refworld.org/docid/5209feb94.html>.

(16) *SATP: Bomb blast in Pakistan 2014*, in <http://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/database/bombblast.htm>.

(17) *SATP: Fatalities in Pakistan Region Wise: 2013*, in http://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/database/fatilities_regionwise2013.htm.

Sulla base delle predette evidenze, la Commissione di Crotone valuta che un grado di violenza indiscriminata tale da poter integrare i requisiti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, secondo i criteri definiti dalla sentenza Elghafaji, si possa rinvenire con particolare evidenza nella zona del FATA, che misura 27,220 km², popolata da poco più di 3.000.000 di abitanti, che si trova al confine con l'Afghanistan, subendo gli influssi negativi della situazione di combattimento che sono ancora in atto in quei luoghi (i gruppi talebani operanti in Afghanistan, utilizzano infatti la zona del FATA come rifugio dalle offensive delle forze militari afgane e internazionali e li hanno istituito anche le loro basi logistiche) e che ha registrato almeno 530 vittime nel 2014 e 1716 nel 2013.

Diversamente, emerge una situazione di minore pericolosità della provincia del Punjab, sia in riferimento alla situazione geopolitica (lontananza della stessa dalla zona di conflitto afgana), al minore radicamento dei gruppi terroristici ed al minore numero di attacchi / vittime (81 tra morti e feriti nel 2013 e 69 nel 2014) in quella che è la regione più popolosa del Pakistan (73,6 milioni, più della metà del totale) e la seconda più vasta (205.340 km²).

2.2 La posizione della giurisdizione del distretto di Corte d'Appello di Catanzaro sul Pakistan.

A fronte delle suddette valutazioni e decisioni dell'autorità decidente di prima istanza, la giurisprudenza del distretto di Corte d'Appello di Catanzaro si è andata orientando, segnatamente nel 2013 e 2014, verso il riconoscimento della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata, senza accertamento dell'esposizione individuale a rischio, ai cittadini provenienti da qualunque area del Pakistan.

Nello specifico, in questa direzione si è mosso il Tribunale di Catanzaro con numerose ordinanze (19). Non sono mancate, peraltro, in primo grado, decisioni di segno diverso che non riconoscevano la sussistenza dei requisiti per l'integrazione di quella forma di protezione in tutto il Pakistan. In uno di questi provvedimenti (20), il Tribunale citato rilevava come fosse nota la drammatica situazione che vivono le aree al confine con l'Afghanistan, il Balocistan, il Khyber Paktumkwa e le aree tribali. In tali aree, secondo quell'orientamento, doveva ritenersi sussistente un conflitto armato interno che mette a repentaglio la vita di chiunque vi risieda. Tuttavia, si concludeva, tale situazione non caratterizza l'intero Pakistan, nell'ambito del quale è ben possibile individuare delle aree ove non sussiste una situazione di conflitto armato.

(18) SATP: *Fatalities in Pakistan Region Wise: 2014*, in http://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/database/fatilities_regionwise2014.htm.

(19) Si vedano, tra le molteplici, le Ordinanze del Trib. di Catanzaro nn. 856/2011, 854/2011, 1464/2012 e 580/2013.

(20) Trib. di Catanzaro, 4 dicembre 2012.

Nel corso del 2014, l'orientamento favorevole al riconoscimento della protezione sussidiaria ai cittadini provenienti da qualsiasi area del Pakistan, a causa della violenza indiscriminata, si è andato consolidando in Corte d'Appello (21).

Secondo il ragionamento del Giudice di secondo grado, che partiva dalle statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea formulate con la sentenza *Elgafaji*, la situazione di violenza in aree come la provincia del Punjab era fatto notorio, richiamato anche nel rapporto di *Amnesty International* del 2013 e confermato da recenti attentati a Rawalpindi. Da ciò si desumeva una perdurante situazione di lotta armata e di pericolo, aggravata dall'instabilità politica, che esponeva i richiedenti a rischio di danno grave e meritevole, pertanto, del riconoscimento della protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), D.L.vo 251/2007.

3. Il diritto e la prassi negli altri Paesi europei.

Il problema in esame non riguarda solo il confronto tra autorità decidenti di prima istanza e giurisprudenza in Italia ma assume anche un rilievo notevole nella verifica di ciò che accade negli altri Paesi europei, tra diritto e prassi amministrativa. Molte informazioni sull'argomento si possono trarre dal rapporto dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) del luglio 2011 "*Safe at last?*", una ricerca finalizzata proprio all'esame dell'atteggiamento dei Paesi europei rispetto al riconoscimento della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata (22). Nello specifico, il rapporto citato esamina la situazione di Germania, Svezia, Gran Bretagna, Belgio, Francia ed Olanda. Per il carattere esemplare dei Paesi considerati, esso rappresenta un quadro conoscitivo veramente significativo.

Secondo un primo nucleo di Paesi (Gran Bretagna e Olanda), che traggono argomento dalla parola "*eccezionalmente*" riportata nella sentenza *Elgafaji* (23), solo in casi eccezionali di conflitto si possono considerare integrati i requisiti per l'applicazione della protezione sussidiaria. Per ciò che concerne la situazione della Gran Bretagna, in verità, occorre tenere presente che la relativa Corte d'Appello, ha affermato che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza *Elgafaji*, non ha introdotto un test aggiuntivo di eccezionalità ma ha solo voluto indicare che non tutti i conflitti o situazioni di violenza sono tali da integrare i presupposti per l'applicazione della misura di protezione ma solo quelli che raggiungono un livello di violenza tale per il quale, senza che il richiedente costituisca un obiettivo specifico, tuttavia corre

(21) Si vedano, tra i numerosi casi, le sentenze 31/2013, 773/2014 e 933/2014.

(22) UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, 27 luglio 2011, in: <http://www.refworld.org/docid/4e2ee0022.html> [accessed 2 March 2015].

(23) Vedi *supra*, paragrafo 1, lett. b).

rischi per la propria vita o per la propria incolumità (24). Tuttavia, le analisi condotte dall'UNHCR evidenzerebbero che, sia per i decisori di prima istanza sia per la giurisprudenza britannica, quel particolare livello di violenza è in pratica considerato eccezionale (25).

Ancora più netta ed esplicita è l'opzione che accomuna autorità decidenti e giurisprudenza olandesi. Il Consiglio di Stato olandese ha infatti esplicitamente affermato, nella decisione successiva al caso *Elgafaji* che, per l'appunto, vedeva come parte lo Stato olandese, il principio per il quale l'art. 15 (c) QD è applicabile solo in casi eccezionali ed offre protezione solo negli improbabili casi in cui il grado di violenza indiscriminata sia tale che il rientro in patria del richiedente lo esponga a rischio reale di grave danno (26).

Passando dal livello dell'interpretazione delle norme a quello delle valutazioni sui casi concreti, la rassegna della pratica amministrativa e giudiziaria indicava che, per le autorità decidenti e la giurisprudenza, in Gran Bretagna ed Olanda, la soglia dell'eccezionalità si riteneva superata solo per la città di Mogadiscio (27).

In una più recente sentenza, l'Upper Tribunal britannico, ha espresso una posizione maggiormente articolata continuando a negare l'esistenza di una situazione di violenza indiscriminata rilevante ai fini dell'art. 15 (c) QD ma richiedendo alle autorità decidenti di effettuare una precisa ricognizione dell'area di provenienza e delle informazioni aggiornate sullo stato del conflitto in quell'area (28).

In Germania, le autorità amministrative di prima istanza (29) riconoscono la sussistenza dei requisiti per l'applicazione generale della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata solo per la città di Mogadiscio. La ricognizione effettuata dall'UNHCR ha consentito di appurare che alcune sentenze della magistratura tedesca hanno riconosciuto quella misura di protezione nei confronti di cittadini provenienti dall'Afghanistan, dall'Iraq e dalla Somalia (30).

(24) Si veda UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), cit. p. 32: *"it is not every armed conflict or violent situation which will attract the protection of article 15 (c), but only one where the level of violence is such that, without anything to render them a particular target, civilians face real risks to their life or personal safety"*.

(25) *Ibidem*.

(26) *Ibidem*, p. 33: *"the unlikely event that the degree of indiscriminate violence in the ongoing armed conflict is so high that substantial grounds exist for believing that a civilian who returns to the country or, in this case, to the area concerned, simply by his presence there, [is at a real risk of serious harm]*. Sentenza 25 maggio 2009, nel caso 200702174/2/V2. Se ne veda il testo in www.raadvanstate.nl.

(27) *Ibidem*.

(28) Nella sentenza segnalata (UK - Upper Tribunal, 28 November 2011, *AMM and others v Secretary of state for the Home Department* [2011] UKUT 00445 in <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/uk-upper-tribunal-28-november-2011-amm-and-others-v-secretary-state-home-department-2011#content>), l'Upper Tribunal afferma anche che è probabile che una persona che non abbia recenti esperienze di vita in Somalia possa andare incontro a violazioni rilevanti ai sensi dell'art. 3 CEDU. Da tale linea argomentativa, sorgono articolate indicazioni dirette al riconoscimento dello status di rifugiato per specifiche categorie di persone, al di là di precedenti esperienze di persecuzione.

(29) BAMF - Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.

(30) Si veda UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), cit. p. 34.

Analogamente, in Francia, i decisori di prima istanza riconoscono la sussistenza per l'applicazione della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata alla sola città di Mogadiscio. Tuttavia, l'UNHCR ha segnalato diverse decisioni giurisprudenziali che individuano la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 15 (c) QD per alcune regioni dell'Afghanistan (31).

Le autorità belghe riconoscono quella forma di protezione sussidiaria per alcune province, e distretti nelle province, dell'Afghanistan, per Baghdad ed i cinque governatorati centrali dell'Iraq, per alcune regioni dell'Est della Repubblica Democratica del Congo, per il Darfur, per Gaza, per il centro e sud Somalia. Valutazioni simili sono effettuate dalle autorità di prima istanza della Svezia (32).

La ragione della diversità di valutazione e decisione rispetto ai casi pratici, che abbiamo appena avuto modo di segnalare e che, come si è visto, si determina sia confrontando le posizioni dei diversi Stati membri sia, all'interno di ciascuno di essi, le decisioni delle autorità di prima istanza con quelle giurisprudenziali, deriva fondamentalmente dai criteri utilizzati per individuare il livello di violenza indiscriminata oltre il quale trova applicazione il riconoscimento della protezione sussidiaria, come indicato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Elgafaji*.

Infatti, come bene ha sintetizzato il rapporto UNHCR che si commenta, la Corte di Giustizia, nel fornire il prezioso supporto interpretativo sulla misura di protezione in questione, non ha spiegato quanto intesa debba essere la violenza indiscriminata per raggiungere la soglia critica né come debba essere valutato il livello della violenza (33).

In generale, vi sono due tipi di approccio alla questione della valutazione del livello di violenza indiscriminata.

Il primo, che viene definito "olistico", si fonda sull'adozione di una serie di criteri di carattere misto, sia quantitativi che qualitativi. L'esempio principale di tale tendenza è quello desumibile dalla sentenza *Sufi e Elmi v. UK* (34). Con quella decisione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha individuato criteri di carattere qualitativo, relativi alle metodologie conflittuali adottate dalle parti contrapposte ed all'ampiezza del relativo utilizzo, e di carattere quantitativo (il numero dei civili uccisi, feriti e sfollati). Non dissimile è l'approccio proposto dall'UNHCR che fa riferimento alla generale situazione di sicurezza, al numero di attentati e di vittime, agli sviluppi prevedibili della situazione, alla capacità d'intervento degli attori di protezione (35).

La seconda tendenza, invece, fa esclusivo riferimento al numero dei civili ri-

(31) *Ibidem*, p. 35.

(32) *Ibidem*.

(33) *Ibidem*.

(34) Vedi *supra*.

(35) Si veda UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), cit. p. 42.

masti vittime del conflitto, a volte solo delle persone uccise, a volte anche dei feriti.

Tale ultimo criterio è esplicitamente affermato in Germania dalla Corte Federale Amministrativa (36) la quale ha stabilito il principio dell'utilizzo del solo parametro numerico che si definisce come una frazione nella quale, al numeratore si indica il numero degli atti di violenza (o delle vittime) ed al denominatore il numero degli abitanti (37).

Ancora più esemplare, seguendo il medesimo criterio di carattere quantitativo, è il ragionamento seguito dall'Home Office britannico nella valutazione della situazione della sicurezza in Afghanistan, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria per violenza indiscriminata. Nelle linee guida destinate alle autorità decidenti di prima istanza, si effettuata la comparazione tra il numero dei civili uccisi e feriti e la popolazione generale dell'Afghanistan. Se ne ricava la percentuale dello 0,02% dei civili colpiti nei primi sei mesi del 2014 e dello 0,03% nel 2013, insufficiente, nelle valutazioni di quell'autorità, a ritenere superata la soglia di rischio di cui alla sentenza *Elgafaji* (38).

Sebbene, in via di principio, la giurisprudenza britannica si esprima a favore dell'adozione di un criterio misto, che tenga conto sia di fattori quantitativi sia qualitativi, il risultato ultimo cui essa perviene non è dissimile da quello derivante dalle decisioni di prima istanza (39).

La giurisprudenza delle corti belghe ed olandesi sembra orientarsi, invece, verso un approccio olistico (40).

4. Conclusioni.

Il disallineamento applicativo che si registra tra i Paesi membri dell'Unione Europea e, all'interno degli stessi, tra autorità decidenti ed autorità giudiziarie, comporta notevoli ricadute negative che attengono alla tendenza di intere categorie di richiedenti asilo a spostarsi da una parte all'altra dell'Europa, alla ricerca di un luogo ove viga un'interpretazione più favorevole (41).

(36) FAC, sentenza del 27 aprile 2010. Se ne veda il testo, con una sintesi in inglese, in <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-federal-administrative-court-27-april-2010-10-c-409>.

(37) In un caso esaminato dall'Alta Corte Amministrativa del Baden-Württemberg (Sentenza del 25 marzo 2010), si esaminava la situazione di sicurezza della provincia di Kirkuk, in Iraq. In quell'ambito, si evidenziava che, nell'area esaminata, nel 2009, vi era una popolazione stimata tra 900.000 ed 1.130.000 abitanti. Nello stesso periodo, erano stati registrati 99 attacchi con un totale di 288 morti. Ciò determinava un dato oscillante tra 31,9 e 25,5 morti per 100.000 abitanti, insufficiente, nella valutazione di quella Corte, a raggiungere la soglia di violenza indiscriminata necessaria per riconoscere la protezione sussidiaria ex art. 15 (c) QD. Si veda UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), cit. p. 43.

(38) UK Home Office: *Country Information and Guidance Afghanistan: Security, August 2014* in http://www.ecoi.net/file_upload/1226_1407914367_afghanistan-cig-security-2014-v-1-0.pdf.

(39) Si veda UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), cit. p. 44.

(40) *Ibidem*.

(41) Sulle problematiche di sistema, si veda il resoconto della Conferenza internazionale *La gestione dei flussi di asilo: rafforzare gli strumenti, rafforzare il sistema*, Roma, 18-19 novembre 2014 in <http://www.ismu.org/2014/12/la-gestione-dei-flussi-di-asilo/>

Questo rinnovato “*asylum shopping*”, consegue anche, evidentemente, alle rilevanti difficoltà di funzionamento del meccanismo di determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, secondo i dettami del Regolamento c.d. “Dublino” (42).

Proprio la concretezza dei problemi sopraindicati reclama a gran voce la necessità di pervenire ad un’applicazione omogenea dell’istituto. Come si è cercato di evidenziare nella disamina precedente, non mancano i punti di riferimento che possono essere presi come parametri per la soluzione del problema, tenuto conto, per esempio, delle indicazioni fornite al riguardo dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, con la sentenza *Sufi e Elmi v. UK* ed anche dall’UNHCR.

Bisogna considerare, inoltre che vi sono numerosi ed accreditati centri di studio internazionali sul tema dei conflitti che, negli anni, hanno elaborato validi indicatori diretti alla loro classificazione.

Tra questi ultimi, si vuole citare il caso della Uppsala University, un centro di studi universalmente conosciuto in materia di diritti umani e citato nei rapporti internazionali quale fonte autorevole ed imparziale. Il Dipartimento della ricerca sulla pace ed i conflitti di quella Università detiene una delle più importanti banche dati al mondo in materia di conflitti. In quel contesto, l’intensità dei conflitti è stata così definita: *minor*, nei casi in cui si registrino almeno 25 ma meno di 1000 morti all’anno, dovute a conflitti; *war*, per i casi in cui vi siano almeno 1000 morti all’anno, sempre dovuti a conflitto (43).

Sotto il profilo metodologico, la prima via per pervenire a tale soluzione è senz’altro quella di un approfondimento giurisprudenziale interno. In proposito, occorre segnalare come la Corte d’Appello di Catanzaro, muovendo dalle posizioni prima richiamate, proprio all’inizio del 2015, nel mentre il presente scritto veniva redatto, ha cominciato ad elaborare una complessa giurisprudenza sull’argomento, incentrata principalmente nell’esame della situazione dei richiedenti asilo pachistani.

Nella nuova valutazione sul Pakistan, la Corte d’Appello prende le mosse da una descrizione geopolitica dello Stato, evidenziandone le grandi ripartizioni e le relative peculiarità. Successivamente, passa ad esaminare le dinamiche politiche di fondo, grazie anche alla consultazione del portale *South Asia Terrorism Portal* e l’incidenza degli attentati di matrice terroristica.

Si rileva, in tal modo, che le aree maggiormente colpite sono quelle tribali, il Khyber Paktumkwa ed il Balocistan mentre le altre zone del Paese risultano meno sottoposte ad un tale problema.

In particolare, per il Punjab, si effettua una comparazione tra il numero di

(42) Regolamento (CE) 604/2013.

(43) Si vedano le definizioni alla voce “*Intensity level*” in http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/definitions/#Warring_party_2.

attacchi e vittime e la notevole estensione territoriale e l'entità della popolazione.

A conclusione di tale disamina, la Corte d'Appello, ha riconosciuto la sussistenza dei requisiti per la protezione sussidiaria per violenza indiscriminata per il Khyber Paktumkwa (44) mentre non ha ritenuto di dover riconoscere quella forma di protezione per i cittadini provenienti dal Punjab (45). Seppure tale giurisprudenza muoveva i primi passi proprio mentre venivano redatte queste note, ulteriori provvedimenti di quel Giudice possono indurre a ritenere che l'orientamento in questione si venga consolidando (46).

Più in generale, allo scopo di colmare il divario tra i differenti atteggiamenti applicativi vigenti nei diversi Stati membri, sarebbe opportuno promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, diretto ad integrare l'indicazione interpretativa già fornita da quel Giudice con la sentenza *Elgafaji*, al fine di precisare quale sia la soglia oltre la quale la violenza indiscriminata produce, per la sola presenza del civile in quell'area, il serio rischio di danno grave e quali debbano essere i criteri per condurre tale valutazione.

Ancora, ed infine, l'istituto esaminato potrebbe essere chiarito, nelle parti suddette, attraverso interventi normativi che dovrebbero riguardare, quanto alla normativa nazionale, l'art. 14, lett. c), del D.L.vo 251/2007 e, per l'ordinamento europeo, l'art. 15(c) QD (47).

(44) Corte d'Appello di Catanzaro, Sez. I, n. 40/2015.

(45) Corte d'Appello di Catanzaro, Sez. I, nn. 37/2015 e 42/2015.

(46) Corte d'Appello di Catanzaro, Sez. I, nn. 270, 271 e 272 del 2015.

(47) In proposito, occorre tenere conto che il Considerando 48 della Direttiva 2011/95/UE rileva che *“L'attuazione della presente direttiva dovrebbe formare oggetto di valutazioni periodiche, tenendo conto in particolare dell'evolversi degli obblighi internazionali degli Stati membri in materia di «non respingimento», dell'evoluzione dei mercati del lavoro negli Stati membri e dell'elaborazione di principi fondamentali comuni in materia d'integrazione”*.

La legge di stabilità: le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo

Giancarlo Montedoro*
Mariana Giordano**

SOMMARIO: 1. La riforma della governance europea - 2. Il quadro interno - 3. La legge di stabilità nell'ordinamento italiano.

1. La riforma della governance europea.

Per far fronte alla crisi economica e finanziaria scoppiata nel 2008 le istituzioni europee hanno avviato la revisione della *governance* economica europea (Six-Pack, Fiscal Compact e Two-Pack).

L'Unione Europea ha rafforzato il Patto di stabilità e di crescita, imponendo regole numeriche di bilancio più stringenti, e prevedendo l'istituzione di un organismo nazionale di controllo del bilancio.

Il Trattato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, detta la disciplina sulla finanza pubblica degli Stati membri, individuando gli obiettivi per la convergenza europea, avviando il processo di costituzione dell'Unione monetaria europea. Il Trattato di Maastricht, oltre a richiedere il rispetto di due regole numeriche di bilancio (un rapporto indebitamento netto/PIL inferiore al 3% e un rapporto debito/PIL inferiore al 60% o comunque tendente a questo valore), prevede anche una procedura speciale, chiamata procedura per i disavanzi eccessivi, in caso di violazione di uno o di entrambi i criteri di finanza pubblica.

Nel 1997 gli Stati membri hanno adottato il **Patto di stabilità e crescita (PSC)**, diretto ad assicurare la solidità delle finanze pubbliche nella zona euro e una convergenza continua e duratura delle economie degli Stati membri. Il PSC è stato rivisto una prima volta nel 2005 (PSC-II) e poi nel 2011 (PSC-III), con il cd. Six-Pack. Il PSC definisce i parametri di riferimento delle regole di bilancio che guidano le politiche degli Stati membri e fornisce i principali strumenti per la sorveglianza delle politiche stesse (braccio preventivo) e per la correzione dei disavanzi eccessivi (braccio correttivo). Il braccio preventivo assicura che la politica fiscale sia condotta in modo so-

(*) Docente, Università Luiss Guido Carli; Consigliere di Stato; Direttore ufficio Affari Giuridici e Relazioni Costituzionali della Presidenza della Repubblica.

(**) Docente, Università Luiss Guido Carli.

Il presente scritto è la nota introduttiva al seminario "La legge di stabilità: le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo" tenutosi presso la Luiss Guido Carli, Aula Toti, martedì 17 marzo 2015.

La nota descrive la cornice europea ed interna dei temi trattati nel seminario.

stenibile *over the cycle*. Con la successiva modifica del PSC (regolamenti n. 1055/2005 e 1056/2005), lo strumento chiave per la disciplina di bilancio e per la sorveglianza multilaterale è diventato il **saldo strutturale**, ossia il saldo di bilancio pubblico depurato dagli effetti del ciclo economico e dalle misure una tantum e temporanee. In tal modo la disciplina di bilancio si focalizza sul miglioramento delle finanze pubbliche in termini strutturali, cioè escludendo gli effetti di un eventuale rallentamento o espansione dell'economia e delle misure una tantum. L'adozione del saldo strutturale come parametro guida nasce dalla considerazione che quello nominale non consente una corretta interpretazione della politica di bilancio discrezionale, in quanto il saldo nominale di bilancio è influenzato da fattori contingenti, a causa degli effetti del ciclo economico sulle entrate e sulle spese di bilancio. La componente ciclica del saldo di bilancio delle amministrazioni pubbliche si ottiene con un procedura a due passi, che richiede la determinazione del cosiddetto *output gap*, una variabile non osservabile e altamente instabile. Il Pilastro della disciplina di bilancio con le modifiche del 2005 è l'**Obiettivo di medio termine (MTO)**, cioè un certo valore-obiettivo del saldo di bilancio strutturale, che ciascun Stato membro deve adottare e rispettare. Si tratta dello strumento ideato per rispettare i vincoli di Maastricht sulla finanza pubblica. Il MTO dipende dalle condizioni cicliche normali del paese, dal livello del rapporto debito/PIL e dai costi derivanti dall'invecchiamento della popolazione (che impattano principalmente su pensioni, sanità e assistenza). Gli Stati membri dovrebbero conseguire un saldo di bilancio strutturale pari all'MTO nazionale, ovvero un saldo in rapida convergenza verso il MTO.

Occorre dunque osservare come, a partire dal 2005, la vera regola che deve essere rispettata non è tanto il limite del 3% sul saldo di bilancio nominale, che pure resta, ma la regola sul saldo strutturale, ossia il raggiungimento di quel valore del saldo strutturale scelto come target (MTO nazionale). Poiché si tratta di concetti complessi, la nuova regola risulta essere di più difficile comprensione per l'opinione pubblica rispetto a quella relativamente semplice del 3% sul saldo nominale di bilancio.

Poiché questo quadro giuridico non risultava sufficiente a garantire che gli squilibri macroeconomici e finanziari di alcuni paesi non si riflettessero sulla stabilità dell'intera Unione, la scelta dell'Unione Europea è stata quella di rafforzare ancor di più le regole dell'area euro, attraverso l'adozione della Direttiva e dei Regolamenti del Six Pack (2011) e del Two Pack (2013) e la stipula di un nuovo Trattato internazionale (Fiscal Compact).

I principali correttivi contenuti nel Six-Pack riguardano:

- 1) il rafforzamento del braccio preventivo del PSC (versione PSC-III), sia con la definizione di "deviazione significativa" dal MTO, o dal sentiero di convergenza verso di esso, sia con l'introduzione di sanzioni pecuniarie già in fase preventiva;

2) il rafforzamento del braccio correttivo, con sanzioni progressive, che partono dall'imposizione di un deposito infruttifero dello 0,2% del PIL nella prima fase di una EDP, fino ad una sanzione pecuniaria che può raggiungere lo 0,5% del PIL;

3) l'introduzione di una nuova regola sulla spesa (*expenditure benchmark*);

4) la definizione operativa del criterio del debito posto dal Trattato di Maastricht;

5) la definizione dei requisiti minimi del sistema di regole e procedure di bilancio di ciascun paese (sistema contabile, metodologie e prassi in materia di previsioni, norme e procedure di bilancio, sistemi di coordinamento tra livelli di governo). In particolare, ogni Stato deve dotarsi: a) di nuove regole nazionali di bilancio, che facilitino la disciplina di bilancio; b) di un sistema di programmazione di bilancio pluriennale, che preveda espressamente il rispetto del MTO nazionale (Direttiva n. 85/2011).

Il Two-Pack ha rafforzato la procedura di monitoraggio da parte della Commissione dei disegni di legge di bilancio degli Stati Membri appartenenti alla zona euro, e ha ribadito l'obbligo, già previsto dalla Direttiva 85/2011, di costituire un guardiano fiscale indipendente (*Fiscal council*) in ciascun paese. Il 2 marzo 2012 i Capi di Stato e di Governo degli Stati Membri dell'eurozona, nell'intento di sviluppare un coordinamento più stretto delle loro politiche economiche, hanno sottoscritto, il ***Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria (cd. Fiscal Compact)***.

Si tratta di un accordo di diritto internazionale, dunque al di fuori del diritto dell'Unione europea. Si applica nella misura in cui è compatibile con i Trattati su cui si fonda l'Unione europea e con il diritto dell'Unione europea, e non pregiudica la competenza dell'Unione in materia di unione europea (art. 2, paragrafo e) del Fiscal compact).

Riafferma l'obbligo del rispetto del MTO nazionale, di cui alla Direttiva n. 85/2011, e non contiene innovazioni sostanziali sulla disciplina già esistente dettata dal Patto di stabilità e crescita come risultante dalle modifiche e integrazioni apportate dal Six-Pack. Il TSCG riafferma inoltre quanto previsto già dal Six-Pack, in termini di velocità di riduzione del rapporto debito/PIL. Quando il rapporto tra debito pubblico e PIL di uno Stato supera il valore di riferimento del 60% di cui all'art. 1 del protocollo sui disavanzi eccessivi, lo Stato dovrà operare una riduzione "a un ritmo medio di un ventesimo all'anno" (art. 4).

Il mancato inserimento nell'ordinamento interno della regola del rispetto del MTO, consente agli Stati membri di adire la Corte di giustizia, dopo che la Commissione abbia presentato una relazione sulle disposizioni adottate, prevedendosi il potere della Corte di giustizia di irrogare sanzioni (art. 8).

La revisione della governance europea operata nel 2011-2013 con il Six-pack e il Two-Pack non ha comportato alcun cambiamento sostanziale delle regole di bilancio con riferimento agli investimenti. Il cammino verso la ridefinizione delle regole di bilancio europee, con l'esclusione degli investimenti dal computo dei saldi, come auspicato da molti osservatori, è tuttavia ancora molto lungo. Nel gennaio del 2015, in sede di interpretazione dei Regolamenti, la Commissione ha formalizzato le linee guida della cosiddetta "clausola degli investimenti", già delineata timidamente dalla Commissione nella nota lettera del Presidente Barroso del 3 luglio 2013, e applicabile in sede di attuazione operativa del braccio preventivo, sotto ipotesi molto restrittive (rispetto del vincolo sul saldo nominale del 3%, tasso di crescita del PIL negativo, limitate categorie di spese ammissibili). La principale innovazione rispetto alla impostazione originaria, sta nel fatto che il ricorso alla clausola degli investimenti diventa indipendente dalle condizioni cicliche dell'intera area euro e della Unione nel suo complesso, essendo collegata alla sola situazione ciclica dello Stato Membro. L'altro elemento di novità introdotto nel gennaio 2015 dalla Commissione, sempre in sede di interpretazione dei Regolamenti, consiste nello scomputo, nell'ambito del braccio preventivo e correttivo, dei contributi nazionali al costituendo Fondo EFSI, delineato dal Piano Juncker. Si tratta di una misura necessaria, affinché il Fondo, dotato inizialmente di soli 21 miliardi di euro, possa raccogliere capitali sufficienti. Peraltro, non sono ancora chiari i criteri di allocazione delle risorse del Fondo, e di conseguenza tale incertezza potrebbe inibire il coinvolgimento dei paesi membri.

2. Il quadro interno.

In Italia è stata approvata la Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (**introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale in revisione dell'art. 81 Cost.**).

La normativa avrà ricadute pratiche sul funzionamento del complesso delle pubbliche amministrazioni chiamate tutte ad assicurare "l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" (nuovo primo comma dell'art. 97 della Costituzione).

Il clima di emergenza economico-finanziaria attraversato dall'Italia ha certamente favorito un rapido iter parlamentare della riforma costituzionale, che oltre a dare attuazione a uno dei capisaldi del Six-Pack, e cioè la previsione del principio del rispetto del MTO, risponde alla specifica richiesta avanzata dalla lettera della BCE, spedita al Governo italiano il 5 agosto 2011 dall'allora Presidente della BCE Jean Claude Trichet, secondo cui sarebbe stata appropriata anche una riforma costituzionale che rendesse più stringenti le regole di bilancio.

A tal fine è stato innanzitutto riscritto l'art. 81 della Costituzione (1), introducendo il principio dell'equilibrio di bilancio per il bilancio dello Stato, e facendo venire meno il carattere formale della legge di bilancio (2).

Successivamente è stata approvata la **legge rinforzata n. 243 del 24 dicembre 2012, recante disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma, della Costituzione** (3).

(1) L'art. 81 Cost. novellato risulta così formulato: *“Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.*

Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte.

Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale”.

(2) La legge costituzionale n. 1 del 2012 è intervenuta anche sugli articoli 97, 117 e 119. Per quanto riguarda l'art. 97, aggiunge l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Nel 117 inserisce tra le materie di competenza esclusiva dello Stato l'"armonizzazione dei bilanci pubblici". All'art. 119, laddove afferma l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, la nuova legge costituzionale aggiunge che questa deve rispettare l'equilibrio dei relativi bilanci e che i citati enti locali concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. Nell'ottavo comma dell'art. 119, quando afferma che possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, specifica che tale ricorso è possibile "con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio". L'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 2012 disciplina il contenuto della legge cui fa riferimento il co. 6 dell'art. 81 (legge rinforzata), statuendo che la stessa (da approvare entro il 28 febbraio 2013, art. 5. co. 3), dovrà disciplinare, tra l'altro il contenuto della legge di bilancio dello Stato. L'ultimo comma dell'art. 5 della legge costituzionale prevede che "Le Camere, secondo modalità stabilite dai rispettivi regolamenti, esercitano la funzione di controllo sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese nonché alla qualità e all'efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni".

(3) Per quanto riguarda il suo contenuto, il capo I indica l'oggetto ed elenca le definizioni. In particolare l'art. 1 (Oggetto) specifica che la stessa potrà essere abrogata, modificata e derogata solo in modo espresso e da una legge successiva, con la stessa maggioranza assoluta adoperata per la sua adozione che è quella prevista dall'art. 81, co. 6 della Costituzione. Il Capo II ("Principio dell'equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche"), all'art. 3 ("Principio dell'equilibrio dei bilanci") definisce il concetto di equilibrio dei bilanci, specificando che l'equilibrio dei bilanci, che le pubbliche amministrazioni devono concorrere ad assicurare ai sensi del nuovo primo comma dell'art. 97 della Costituzione, corrisponde all'obiettivo di medio termine, individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea. L'art. 4 riafferma l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di concorrere ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico. Qualora il rapporto debito/PIL superi il valore di riferimento definito dall'ordinamento dell'Unione Europea (60% del PIL), in sede di definizione degli obiettivi deve tenersi conto della necessità di garantire una riduzione dell'eccedenza rispetto a tale valore. Gli eventi eccezionali, che consentono scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico devono intendersi i periodi di grave recessione economica, sia dell'area euro che dell'intera Unione europea, e gli eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, incluse le gravi

Con tale legge viene istituito l'organismo indipendente, di cui all'art. 5, co. 1, lettera f), della legge costituzionale n. 1 del 2012, denominato "Ufficio parlamentare di bilancio", presso le Camere, il cui compito è quello di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio (art. 16, Capo VII).

Tale normativa trova applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2014, ad eccezione del capo IV (Equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali e concorso dei medesimi enti alla sostenibilità del debito pubblico) e dell'art. 15 (contenuto della legge di bilancio), applicabili dal 1° gennaio 2016.

3. La legge di stabilità nell'ordinamento italiano.

La legge di stabilità per l'anno 2015 è stata il caso di prima applicazione e sperimentazione in vivo del nuovo quadro giuridico e costituzionale (4).

Va quindi analizzata al fine di coglierne il valore di primo precedente e in chiave prospettica cercando di collocarla nel quadro del percorso italiano

crisi finanziarie e le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del paese (art. 6). Il Capo III disciplina il meccanismo di correzione qualora si determinino scostamenti del saldo del conto consolidato o del saldo strutturale rispetto agli obiettivi programmatici, diversi da quelli già considerati per il caso di eventi eccezionali. Il Capo VI (Bilancio dello Stato) all'art. 15 indica il contenuto della legge di bilancio, la quale diventerà legge sostanziale a partire dal 2016 (anno di entrata in vigore della disposizione). Il contenuto della legge di stabilità confluirà nello stesso disegno di legge di bilancio. Per ragioni di trasparenza circa il contenuto e il peso delle innovazioni legislative, il contenuto della legge di bilancio sarà composto di due distinte sezioni. La legge 243/2012 stabilisce infatti che la prima sezione rechi le innovazioni legislative e il livello del saldo netto da finanziare, e la seconda contenga la previsione di bilancio a legislazione vigente. Entrambe le sezioni sono redatte sia in termini di competenza, sia di cassa.

(4) La legge di stabilità, insieme alla legge di bilancio, costituisce la manovra di finanza pubblica per il triennio di riferimento e rappresenta lo strumento principale di attuazione degli obiettivi programmatici definiti con la Decisione di finanza pubblica (DEF). Essa sostituisce la legge finanziaria e rispetto a quest'ultima prevede novità sia in ordine ai tempi di presentazione sia in merito ai contenuti. Il disegno di legge di stabilità viene presentato in Parlamento entro il 15 ottobre (in passato era il 30 settembre). Dal punto di vista del contenuto è snella. Non può contenere norme a carattere ordinamentale o organizzatorio, anche qualora esse si caratterizzino per un rilevante miglioramento dei saldi, norme di delega, né quelle relative ad interventi di natura localistica o micro settoriale. Al fine di rendere più immediato e trasparente il raccordo tra gli effetti della legge di stabilità sul bilancio dello Stato e sul conto economico delle Amministrazioni Pubbliche, è prevista, a corredo del disegno di legge di stabilità, la predisposizione di una apposita Nota tecnica illustrativa. Tale nota espone i contenuti della manovra, gli effetti sui saldi di finanza pubblica articolati nei vari settori di intervento e i criteri utilizzati per la quantificazione degli stessi. Essa contiene, altresì, le previsioni del conto economico delle amministrazioni pubbliche e del relativo conto di cassa, integrate con gli effetti della manovra per il triennio di riferimento. Occorre osservare che la materia, la cui disciplina era contenuta nella ormai abrogata legge 468 del 1978, è stata aggiornata dalla legge 196 del 2009 (Legge di contabilità e di finanza pubblica) per adeguarla al mutato contesto istituzionale ed economico (Unione Monetaria, evoluzione della struttura dell'economia, federalismo fiscale).

Per adeguare il sistema nazionale delle decisioni di bilancio alle nuove regole europee è stato necessario un successivo intervento legislativo, legge 39 del 2011, che ha modificato la legge 196/2009, al fine di assicurare la coerenza della programmazione finanziaria delle amministrazioni pubbliche con le procedure ed i criteri dettati dall'Unione Europea.

di rientro dal deficit e dal debito, cercando di capire quali sono le scelte successive che il Parlamento italiano dovrà affrontare nella prossima congiuntura economica (5).

Il Governo con la Nota di Aggiornamento al DEF 2014 ha modificato gli obiettivi di finanza pubblica, rimandando al 2017 il raggiungimento del Medium Term Objective (MTO), che per il nostro paese coincide con l'equilibrio strutturale di bilancio, pur impegnandosi a tenere il deficit nominale al di sotto del 3%.

La Commissione europea il 2 novembre scorso ha reso pubbliche le proprie valutazioni sui progetti di bilancio dei paesi euro, ai sensi del Regolamento Ue 473/2013 (parte del Two-Pack). Il programma dell'Italia ha ricevuto il via libera e non è prevista alcuna procedura di infrazione a suo carico, riconoscendo che la riduzione dello squilibrio macroeconomico relativo all'elevato livello di debito è resa particolarmente difficoltosa date le circostanze eccezionali (la prolungata recessione, la bassa inflazione, la differenza negativa tra prodotto reale e prodotto potenziale superiore al 4%). La Commissione ha però ravvisato un rischio di non conformità con i requisiti del Patto di stabilità e crescita e ha segnalato che in marzo sarà necessario valutare i progressi sotto il profilo del grado di attuazione delle politiche economiche, la finalizzazione delle leggi finanziarie e i passi avanti compiuti sul fronte delle riforme istituzionali.

Lo scopo del seminario è cercare di abbozzare un quadro teorico e di raccogliere riflessioni che valutino sul piano giuridico il valore della legge di bilancio e della legge di stabilità alla luce del nuovo parametro costituzionale, che comporta un'indubbia maggiore complessità delle scelte parlamentari e l'eventualità della loro contestazione in sede giudiziaria nazionale e sovranazionale. Si tratta altresì di raccogliere l'opinione di autorevoli economisti sul percorso che il futuro ci riserva, stretto fra esigenze di austerità ed adozione di misure che favoriscano la crescita.

L'idea del seminario è l'idea di un esercizio intellettuale "riformista" che, a partire dai vincoli di bilancio, cerchi di definire che spazio hanno i riformisti, le politiche di riforma economica possibili.

Il problema è l'indagine rigorosamente tecnica sulla consentita "flessibilità" delle regole di bilancio nel diritto vigente.

A diritto vigente la famosa "flessibilità" delle regole di bilancio che cosa

(5) Sulla legge di bilancio e la legge stabilità è poi intervenuta la legge rinforzata di attuazione del principio del pareggio dei bilancio, che al Capo VI ("norme relative al bilancio dello Stato") definisce il principio dell'equilibrio e il contenuto della legge di bilancio, secondo quanto stabilito dal nuovo art. 81 della Costituzione (novellato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012). La legge n. 243, art. 15, prevede l'unificazione in un unico documento (la legge di bilancio) dei contenuti della legge di stabilità e legge di bilancio, disciplinati dalla legge n. 196 del 2009, a decorrere dal primo gennaio del 2016 (art. 21, Co. 3). Le modalità di attuazione della nuova disciplina in materia di Contenuto della legge di bilancio sono rinviate alla legislazione ordinaria.

è? Quali margini ci offre? È un'illusione o una realtà? Le regole europee ci vincolano eccessivamente e vanno riviste o ci garantiscono da tentazioni del passato legate a gestioni non accorte e rigorose della finanza pubblica?

Quello della flessibilità delle regole del pareggio di bilancio è un problema rispetto al quale i giuristi da soli non hanno la possibilità di dare risposte e neanche forse gli economisti da soli.

I temi sono vari. Le incertezze segnalate da Massimo Luciani, sin dal seminario in Corte Costituzionale di due anni fa, sono iscritte nell'art. 81 e riguardano la sua interpretazione. Intanto i giuristi devono familiarizzare con nozioni come "ciclo economico" o "ricorso all'indebitamento" o "sostenibilità del debito". Nello stesso art. 81 da una parte, al comma 2, si parla di indebitamento, dall'altra parte, nell'ultimo comma, di sostenibilità del debito. Si tratta di due nozioni diverse che vanno stabilite e non c'è ancora giurisprudenza costituzionale che le definisca.

Le questioni sono tante e non riguardano solamente la legge di stabilità.

Un'altra questione riguarda la legge 243/2012, che contiene anch'essa altre definizioni di tipo giuridico/economico. Per esempio la nozione di "obiettivo di medio termine", che presa dai documenti comunitari e traslata in una legge di attuazione costituzionale, all'art. 3, co. 2 della 243/2012 diviene "equilibrio di bilancio" per cui una nozione si risolve nell'altra, il pareggio di bilancio diviene (o è) una regola di equilibrio e l'equilibrio è - transitoriamente - un percorso di avvicinamento al pareggio e, forse, in conclusione, un approdo sempre incerto e discutibile tra strutturalità ed eccezionalità del ciclo economico.

Nella legge n. 243 del 2012 gli obiettivi di medio termine che sono nei documenti comunitari vengono assunti come obiettivi che devono essere conseguiti dalle manovre di bilancio nel loro complesso. E questo si tira dietro altre domande: ci si può chiedere se ciò significhi che abbiamo costituzionalizzato tutti i documenti comunitari oppure se ciò comporti che ci sono dei margini di azione. I documenti comunitari - in sostanza - vanno sempre letti per la valenza che hanno in via generale nell'ordinamento giuridico con la conseguenza che detta valenza varia a seconda che l'obiettivo sia fissato da una fonte comunitaria inderogabile o derogabile?

Si tratta di documenti di natura complessa, proprio perché contabili, un reticolo complesso di atti di valenza plurima, di natura diversa, con effetti incerti che spaziano dalla vera e propria vincolatività giuridica alla *soft law*.

Un'altra nozione decisiva per affrontare la crisi è quella di stato di eccezione.

Nella legge n. 243 del 2012 troviamo regole sugli "eventi eccezionali" (art. 6 legge 243/2012), occorre osservare che la nozione di "equilibrio di bilancio" è definita rispetto ad un'altra nozione economica, che è quella di (obiettivo di medio termine o pareggio in termini di) "saldo strutturale". La strutturalità è l'opposto dell'eccezionalità. Uno scostamento temporaneo dal

saldo strutturale sembrerebbe la posizione in cui si trova l'Italia, che viene invocata come legittima poiché si ritiene di essere in presenza di eventi eccezionali (grave recessione economica, grave crisi finanziaria).

Ma quanto può durare questa situazione eccezionale?

C'è poi il Fiscal Compact che incombe e riguarda le specifiche misure autonome e la necessità di ridurre lo stock del debito: quindi il Paese oltre ad avere di fronte a sé gli obiettivi di avvicinamento al pareggio di bilancio ha il dovere di ridurre il debito.

Se non riprende la crescita il Fiscal Compact difficilmente verrà rispettato.

La crescita è legata anche alla questione degli investimenti pubblici ed in particolare all'individuazione degli investimenti possibili, che ci possono permettere di immettere domanda pubblica in senso keynesiano, che conduca ad una ripresa consistente.

Le politiche di flessibilità hanno due gambe, la prima è la critica di una visione troppo rigida del saldo strutturale, la seconda riguarda le condizioni rispetto alle quali sono possibili investimenti pubblici che non rientrino nel patto e quindi consentano di sperare che la crescita venga innescata e divenga attuabile un percorso graduale di riduzione del debito.

DOTTRINA

Qualche dettaglio in più sulla sentenza FIOM: La legittimità costituzionale della norma di risulta

*Glauco Nori**

1.- Sulla sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale si sono già fatte alcune osservazioni in questa *Rassegna* (1). Ci si ritorna con qualche dettaglio in più anche per tenere conto di quanto è avvenuto nel frattempo.

Secondo la Corte la legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970 era venuta meno per le modifiche apportate con referendum.

Nella sentenza di ammissione del referendum la legittimità della norma di risulta non era stata verificata secondo un orientamento assunto da tempo. La Corte inizialmente aveva ritenuto di avere *“soltanto il compito di verificare se la richiesta di referendum ... riguardi le materie che l'art. 75, secondo comma, della Costituzione esclude dalla votazione popolare”* (sent. n. 10/1971). Probabilmente per non creare ostacoli ad un strumento di democrazia diretta aveva limitato il suo intervento a quanto la Costituzione prevedeva espressamente. Restava, di conseguenza, fuori dalle sue indagini anche la legittimità costituzionale della norma di risulta *“tanto più che la conseguente situazione normativa potrebbe dar luogo, se e quando si realizzi, ad un giudizio di legittimità costituzionale, alle condizioni e nei limiti prescritti”* (sent. n. 24/1981).

Nella sentenza n. 231 l'argomento non è stato affrontato, ma nella sentenza 1/2014 è ancora negata *“la possibilità di sindacare in sede di giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo profili di legittimità costituzionale in particolare attinenti alla ragionevolezza delle predette norme”*.

(*) Professore, Avvocato dello Stato, Presidente emerito del Comitato scientifico di questa *Rassegna*.

(1) GLAUCO NORI, *Una questione di principio sulla sentenza Fiom*, nota a Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 2013 n. 231, in *Rass. Avv. Stato* 2013, Vol. 2, pp. 67 ss., nota che di seguito integralmente si ripubblica come premessa al presente articolo:

« La sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013, che ha richiamato l'attenzione per il rilievo dei giudizi di merito che l'hanno provocata, fa sorgere anche una questione di principio sulla quale la Corte non si è soffermata, almeno formalmente, alla quale è il caso di accennare: è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una norma nel testo modificato attraverso un referendum, diventata illegittima proprio per le modifiche referendarie.

Nel suo testo originario la disposizione legislativa non avrebbe fatto sorgere la questione di merito perché l'associazione sindacale interessata, anche dopo il suo rifiuto di sottoscrivere il contratto aziendale, avrebbe partecipato ugualmente alla rappresentanza sindacale aziendale, in quanto aderente ad una delle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Una volta venuto meno questo titolo di legittimazione a seguito del referendum, è diventata attuale la questione sulla quale la Corte si è pronunciata dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 *“nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati all'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

La Corte ha giudicato corretta la premessa formulata dal giudice remittente secondo il quale *“la soluzione di una lettura estensiva della espressione ‘associazioni firmatarie’, nel senso della sua riferibilità anche alle organizzazioni che abbiano comunque partecipato al processo contrattuale - cui, in analoghe circostanze, altri giudici di merito sono pervenuti, in funzione di una ‘interpretazione adeguatrice’ al dettato costituzionale della disposizione in esame - non è, preliminarmente, ritenuta condivisibile dal Tribunale rimettente, per l'univocità del dato testuale che inevitabilmente vi si opporrebbe”*.

Il referendum che ha modificato l'originaria disposizione oggi dichiarata illegittima, è stato dichiarato ammissibile dalla Corte con sentenza n. 1 del 1994 dopo aver rilevato che erano state rispettate le esigenze di chiarezza, univocità ed omogeneità del quesito e che la coesistenza di due quesiti referendari per l'art. 19 non dava luogo a inconvenienti applicativi della normativa di risulta.

Di fronte a due sentenze, di cui la prima ha dichiarato ammissibile un referendum abrogativo e la seconda ha dichiarato illegittima costituzionalmente la norma nella formulazione risultante dal referendum, c'è da domandarsi se e come vadano coordinate.

La sentenza n. 213 ha evidentemente presupposto che sulla verifica della legittimità costituzionale della norma non avesse nessun rilievo la sentenza sull'ammissibilità del referendum. In mancanza di indicazioni sulla ragione si può tentare una ricostruzione.

È stato l'art. 2 della legge costituzionale n. 1 del 1953 che ha attribuito alla Corte costituzionale la competenza a giudicare dell'ammissibilità delle richieste di referendum ai sensi del secondo comma dell'art. 75 Cost. Per questo la Corte costituzionale nella sua prima giurisprudenza si è limitata a verificare se le richieste riguardavano leggi per le quali appunto il secondo comma dell'art. 75 Cost. non consentiva il referendum.

Quando le richieste di referendum sono diventate più impegnative e complicate la Corte ha esteso la sua indagine sulla norma di risulta perché non si creassero vuoti normativi o si stravolgesse la disciplina precedente o si incontrassero difficoltà applicative.

“Con la sentenza n. 16 del 1978 la Corte ha affermato che al di là dei casi di ammissibilità del referendum enunciati espressamente dall'art. 75, secondo comma, sono presenti nella Costituzione riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, valori che debbono essere tutelati escludendo i relativi referendum. Di qui l'elaborazione e la formale enunciazione, sempre in detta sentenza, di precise ragioni costituzionali di inammissibilità, tra le quali si iscrive la non abrogabilità delle ‘disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato’”. È questa una delle premesse dalle quali è partita la Corte nella sentenza n. 35 del 1997 nella quale ha concluso per la non ammissibilità del referendum abrogativo di parti della legge sull'aborto perché *“l'abrogazione ... travolgerebbe ... disposizioni di contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionalmente inviolabili ...”*.

Oggi l'art. 19 è stato dichiarato illegittimo costituzionalmente perché *“in collisione con i precetti di cui agli art. 2, 3, e 39 Cost.”*. In linea di principio quindi il referendum non sarebbe stato ammissibile perché eliminava il contenuto normativo costituzionalmente vincolato provocando la *“esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, sì da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative”*.

2.- La posizione assunta con la sentenza n. 10/1971 nel frattempo era cambiata.

“Ciò non toglie, però, che si dimostra troppo restrittiva quella configurazione del giudizio di ammissibilità, per cui sarebbe affidato alla Corte solo il compito di verificare se le richieste di referendum abrogativo riguardino materie che l’art. 75 secondo comma Cost. esclude dalla votazione popolare ... Tale interpretazione non ha nessuna altra base, in effetti, al di fuori dell’assunto - postulato più che dimostrato - che la testuale indicazione della cause d’inammissibilità, contenuta nel capoverso dell’art. 75, sia rigorosamente tassativa; laddove è altrettanto sostenibile - in ipotesi - che essa presuppone una serie di cause inesprese, previamente ricavabili dall’intero ordinamento costituzionale del referendum abrogativo”. E poco dopo: *“occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non si impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa. Diversamente, infatti, si determinerebbe la contraddizione consistente nel ritenere - da un lato - che siano presenti, nel nostro ordi-*

Il coordinamento tra le due sentenze, quella che ha dichiarato ammissibile il referendum e quella che ha dichiarato incostituzionale la norma di risulta, comporta qualche difficoltà. I criteri possono essere diversi, ognuno con dei pro e dei contro.

Sembra difficile sostenere che, in sede di ammissibilità del referendum, la Corte non debba domandarsi se gli effetti normativi dell’abrogazione risultino in contrasto con la Costituzione perché sarebbe irragionevole che il Giudice di costituzionalità possa consentire la formazione di norme incostituzionali e perché, come si è visto, la Corte in varie occasioni lo ha fatto. Questa prima ipotesi sembra improbabile. Se nella sentenza non è detto nulla a proposito della legittimità costituzionale della normazione di risulta, il silenzio sarebbe privo di effetti preclusivi e non porterebbe ad un giudicato implicito: significherebbe solo che l’indagine non è stata fatta e che quindi può essere fatta successivamente. In favore di questa seconda ipotesi potrebbe operare il principio secondo il quale la dichiarazione di legittimità costituzionale di una norma non impedisce che sia dichiarata illegittima successivamente per motivi diversi. Come noto, la Corte ha chiarito da tempo che giudica solo sulle questioni sollevate con il ricorso o con l’ordinanza di rimessione. Si dovrebbe tenere conto, peraltro, della differenza delle situazioni: nel caso del referendum il giudizio è officioso e la Corte non interviene su sollecitazione del ricorrente o del giudice remittente, ma in un procedimento formalizzato.

Se anche il silenzio nella sentenza di ammissibilità portasse effetti preclusivi, questi sarebbero superati e il conflitto tra le due sentenze sarebbe solo apparente - è questa la terza ipotesi - perché nel frattempo si sarebbe modificata la situazione di fatto facendo diventare illegittima una norma che all’inizio non lo era. In questo senso sembra il richiamo a quanto il Giudice remittente aver rilevato a proposito della sentenza n. 244 del 1996 e dell’ordinanza n. 345 del 1996, vale a dire che *“quelle pronunzie - legate ad un diverso contesto, connotato dalla unitarietà di azione dei sindacati e dalla unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi applicati all’azienda, nel quale ‘ragionevolmente quella sottoscrizione poteva essere assunta a criterio misuratore della forza del sindacato e della sua rappresentatività’ - vadano ora ‘ripensate alla luce dei mutamenti intercorsi nelle relazioni sindacali degli ultimi anni’, caratterizzate dalla rottura della unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative e alla conclusione di contratti collettivi separati”.*

Prendendo spunto da questa vicenda potrebbe essere utile che la Corte in sede di giudizio di ammissibilità del referendum effettuasse espressamente una verifica della legittimità costituzionale delle norme di risulta ».

namento costituzionale ipotesi implicite di inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del referendum abrogativo; e che questa Corte non possa - dall'altro - ricavarne conseguenze di sorta, solo perché il testo dell'art. 75 secondo comma Cost. non le considera specificamente ... Chiarendo che deve comunque trattarsi di richieste 'presentate a norma dell'art. 75' tale disposizione [art.2, primo comma, legge cost. n. 1/1953] riconosce alla Corte il potere-dovere di valutare l'ammissibilità dei referendum in via sistematica; ... questa Corte ritiene che esistono in effetti valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od a temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i referendum, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost. E di qui seguono, precisamente, non uno ma quattro distinti complessi di ragioni d'inammissibilità" (sent. n. 16/1978).

A questa conclusione la Corte è arrivata dopo avere ripetuto che il giudizio di ammissibilità del referendum *"si atteggia con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge"* (il rilievo si trovava già in sent. n. 251/1975).

L'ammissibilità dei referendum deve essere, dunque, valutata *"in via sistematica"*, secondo i principi desumibili dalla Costituzione che non sarebbero interessati quando la Corte dichiara ammissibile un referendum che rende incostituzionale una norma che non lo era.

3.- Che la Corte, partecipando a *"un procedimento unitario che si articola in più fasi consecutive e consequenziali"* (sent. n. 251/1975) non debba impedire che diventi incostituzionale una norma che non lo era prima, provoca qualche perplessità che la Corte ha dimostrato di non avere anche recentemente. Un ripensamento, per il quale non ci sarebbero ostacoli normativi, meriterebbe di essere almeno preso in considerazione perché eviterebbe complicazioni, come quelle nel caso sul quale è intervenuta incidentalmente.

Una volta che la stessa Corte ha escluso il carattere tassativo dell'elenco dell'art. 75 Cost., la diversità del giudizio di ammissibilità del referendum, rispetto a quello incidentale di legittimità, va vista non nel *"limitato oggetto"*, come è detto nella sentenza n. 10/1971 e come poteva sembrare inizialmente, ma perché investe solo le questioni proposte. Per questo una norma, anche se già riconosciuta costituzionale, può essere dichiarata successivamente illegittima sotto profili diversi.

L'ammissibilità del referendum è accertata *d'ufficio*, come fase necessaria del procedimento di ammissione tanto che anche per questo la Corte ha ritenuto di avere una sfera di indagine più ampia di quella riportata nell'art. 75.

Per escludere la verifica della legittimità della norma di risulta una motivazione non era necessaria quando la Corte, seguendo la sentenza n. 10/1971,

ha ribadito il carattere limitato del suo giudizio. Non era ugualmente necessaria quando il referendum è stato dichiarato inammissibile per ragioni diverse. Lo diventava quando affermava che *“la prospettata illegittimità costituzionale di tale divieto assoluto non può essere presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire ad una pronuncia di inammissibilità del quesito referendario”* con un assunto *“postulato più che dimostrato”*, come quello sulla tassatività dell’elenco dell’art. 75.

Che la norma di risulta, anche se incostituzionale, vada applicata fino a che la questione non sia sollevata in un giudizio da chi vi ha interesse, comporta che il rispetto della Costituzione è rimesso alla iniziativa degli interessati, non della Corte nel procedimento d’ufficio nel quale non possono essere applicati gli stessi limiti del giudizio incidentale per la mancanza di un provvedimento di remissione.

Se la Corte ritenesse dovuta l’indagine, una volta ammesso il referendum la legittimità costituzionale della norma di risulta si dovrebbe considerare ormai accertata, quanto meno per implicito, e la riproposizione della questione diventerebbe inammissibile.

Andrebbe escluso il *giudicato* che, come si dice, copre il dedotto e il deducibile cosicché il principio diventa inapplicabile quando una domanda non c’è. Si potrebbe avere una *preclusione*, ma non sembra il caso di soffermarsi ulteriormente sull’argomento. Quello che andrebbe chiarito è se, qualunque ne sia la ragione, dopo una sentenza di ammissibilità si possa mettere in dubbio la legittimità costituzionale della norma di risulta.

Con la sentenza di ammissibilità la Corte può contribuire a modificare anche sostanzialmente il testo originario. *“La abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge”* (art. 75 Cost.), almeno all’inizio, ha fatto pensare che attraverso il referendum si potessero eliminare, in tutto o in parte, gli effetti della legge senza modificarne la natura. L’orientamento è poi cambiato e attraverso un referendum, per esempio, è diventata maggioritaria una legge che inizialmente era proporzionale e viceversa. In pratica con il referendum non si abroga soltanto, ma si può anche modificare una norma. Anche questa potrebbe essere una ragione valida a giustificare il riesame della questione.

Effetti preclusivi, naturalmente, non possono essere dedotti da sentenze emesse sul presupposto che il Giudice non era tenuto a verificare la legittimità della norma di risulta e per questo non l’ha verificata.

4.- Una volta che sulla questione nessun argomento poteva essere dedotto dalla sentenza n. 1/1994, vanno ricercati i motivi che hanno portato alla decisione.

La Corte, affrontando successivamente la stessa questione, ha dichiarato incostituzionali norme già ritenute legittime quando la situazione di fatto presupposta si era così modificata da far diventare irragionevole la vecchia disci-

plina. In questo caso l'incongruità tra l'ammissione del referendum e la dichiarazione successiva di illegittimità della norma di risulta sarebbe esclusa anche se la sentenza di ammissione producesse una preclusione. Ma non sembra che in questo senso sia stato il giudizio della Corte.

L'art. 19 rimaneggiato era stato dichiarato costituzionalmente legittimo in diversi giudizi incidentali. I giudici remittenti per questo avevano prospettato come fatto nuovo la rottura della unità d'azione sindacale, provocata dalla mancata sottoscrizione dei contratti da una delle associazioni maggiori. Il presupposto era che nell'unità sindacale la Corte avesse visto la condizione della legittimità costituzionale della norma. I precedenti portano ad escluderlo.

“Il legislatore, onde garantire un effettivo pluralismo sindacale, ha consentito sufficienti spazi di libertà e di azione al sindacalismo autonomo mediante la disposizione di cui alla lett. b) del medesimo art. 19, che prevede che rappresentanze aziendali possono essere costituite nell'ambito di associazioni sindacali non affiliate alle confederazioni maggiormente rappresentative, sempreché queste siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva. Per questa via, alle associazioni sindacali che raccolgano adeguati consensi è dato modo di affermarsi e di fruire delle ulteriori attribuzioni previste dal titolo III dello Statuto” (sent. n. 334/1988).

Il quadro normativo era poi riassunto dalla sentenza n. 30 del 1990: nella lett. a) dell'art. 19 erano tutelate le associazioni con maggiore rappresentatività *“a livello pluricategoriale”*, mentre nella lett. b) il *“sindacalismo autonomo, sempreché esso si dimostri capace di esprimere - attraverso la firma dei contratti collettivi nazionali o provinciali ... - un grado di rappresentatività idoneo a tradursi in effettivo potere contrattuale a livello extra-aziendale”* (n. 4).

Dell'unità sindacale in queste sentenze non c'è traccia né poteva esserci: le confederazioni, in quanto più rappresentative, erano tutelate direttamente anche se non avessero concluso contratti, mentre quelle non affiliate solo se firmatarie. Una volta previsto che ci fossero associazioni che non firmavano, diventava difficile collegare la legittimità della norma all'unità di azione.

Sulla stessa linea la Corte si è mantenuta nella sentenza n. 244/1996 con la quale ha dichiarato la legittimità costituzionalmente dell'art. 19 post-referendum: *“L'esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale ... L'art. 19 valorizza l'effettività dell'azione sindacale, desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva (sentenza n.492 del 1995) quale indicatore di rappresentatività”*. La legittimità dell'esclusione di chi non aveva sottoscritto il contratto confermava che l'unità dell'azione sindacale non era presupposta dalla norma.

La Corte non ha, dunque, seguito la tesi dei remittenti che si fosse modi-

ficata la situazione di fatto alla quale la norma era condizionata, sia pure implicitamente che, pertanto, non poteva incidere sulla legittimità.

5.- La Corte ha ritenuto incostituzionali norme sulle quali si era già espressa anche quando, dichiarata la illegittimità solo parziale, il legislatore non era intervenuto malgrado fosse stato sollecitato a rimediare agli inconvenienti che la norma residua avrebbe potuto produrre.

Nemmeno questo argomento risulta seguito.

Con la sentenza n. 1 del 1994 la Corte ha ammesso il referendum dopo avere escluso che la coesistenza di due quesiti, definiti rispettivamente massimale e minimale, potesse produrre perplessità per gli elettori o inconvenienti applicativi della normativa di risulta: anche nel caso di votazione favorevole ad entrambi il risultato positivo sul minimale sarebbe stato assorbito da quello sul massimale.

La sentenza rilevava alla fine che *“la norma residua ammetterebbe indiscriminatamente ai benefici del titolo III della legge qualsiasi gruppo di lavoratori autoqualificantesi ‘rappresentanza sindacale aziendale’, senza alcun controllo del grado di effettiva rappresentatività”*. L’osservazione era evidentemente riferita al quesito massimale che *“esprime chiaramente l’intendimento ... dei promotori di ottenere l’abrogazione di tutti i criteri di ‘maggiore rappresentatività’ adottati dal citato art. 19, primo comma, lett. a) e b)”*. Per questo aggiungeva che *“il legislatore potrà intervenire dettando una disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata, improntata a modelli di rappresentatività sindacale compatibili con le norme costituzionali e in pari tempo consoni alle trasformazioni sopravvenute nel sistema produttivo e alla nuove spinte aggregative degli interessi collettivi dei lavoratori”*.

A proposito delle spinte aggregative degli interessi collettivi dei lavoratori era richiamata la sentenza n. 30 del 1990: *“questa Corte ... ha ripetutamente sottolineato (sentt. nn. 54 del 1974 e 334 del 1988) la razionalità di una scelta legislativa caratterizzata dal ricorso a tecniche incentivanti idonee ad impedire un’eccessiva dispersione e frammentazione dell’azione di autotutela ed a favorire una sintesi degli interessi non circoscritta alle logiche particolaristiche di piccoli gruppi di lavoratori”*. Nella sentenza n. 54 del 1974 la scelta del legislatore era stata giudicata razionale perché evitava *“che singoli individui o piccoli gruppi isolati di lavoratori, costituiti in sindacati non aventi requisiti per attuare una effettiva rappresentanza aziendale possano pretendere di espletare tale funzione compiendo indiscriminatamente nell’ambito dell’azienda attività non idonee e non operanti per i lavoratori e possano dar vita ad un numero imprevedibile di organismi, ciascuno rappresentante pochi lavoratori ...”*.

Da questi richiami si ha la conferma che la precisazione finale nella sentenza n. 1 del 1994 si riferiva al caso dell’abrogazione *massimale*. La norma, prodotta dalla abrogazione minimalista, consentendo la costituzione della rap-

presentanza sindacale aziendale ad iniziativa dei lavoratori nell'ambito delle associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati all'unità produttiva non avrebbe avuto bisogno di nessuna integrazione legislativa; avrebbe solo introdotto un criterio selettivo più rigido con la qualificazione delle sole associazioni sindacali che, attraverso la sottoscrizione dei contratti di lavoro, diventavano parti di un rapporto contrattuale per la disciplina del lavoro nell'azienda che poi con la sentenza n. 492/1995 è stato dichiarato legittimo.

Il "monito" del legislatore era restato senza effetto dopo che il referendum non aveva dato il risultato massimale che ne costituiva la condizione.

Anche quello delle sentenza n. 30 del 1990, per la sua funzione diversa, non poteva avere qualche rilievo.

Erano stati dichiarati inderogabili i criteri selettivi dell'art. 19, escludendo, di conseguenza, che, attraverso patti con l'imprenditore, si potessero riconoscere le misure di sostegno ad associazioni che non avessero i requisiti richiesti dalle lett. a) e b). Per "inverare, nella mutata situazione, i principi di libertà e di pluralismo sindacale" si sarebbero dovute seguire altre vie: "da un lato, strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni, ivi comprese quelle di cui all'art. 19 dello statuto; dall'altro la possibilità che misure di sostegno ... siano attribuite anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norme, che attraverso una concreta, genuina, incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso". In questo caso il richiamo alla libertà di azione ed al pluralismo sindacale era giustificato. Escluso che la disciplina dell'art. 19 potesse essere derogata convenzionalmente, le norme sulla rappresentatività si sarebbero dovute aggiornare per la valorizzazione "dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato" estendendo le misure di sostegno ad associazioni "estranee a quelle richiamate da tale norma" che svolgevano una genuina ed incisiva azione sindacale.

I criteri fissati dall'art. 19 erano stati valutati insufficienti non nei confronti delle associazioni già prese in considerazione, ma solo perché non consentivano di ampliarne il numero a seguito delle evoluzioni intervenute nel frattempo. Per questo concludeva che "l'apprestamento di tali nuove regole ... è ormai necessario per garantire una più piena attuazione, in materia, dei principi costituzionali". L'inattività del legislatore avrebbe potuto incidere sulla legittimità dell'art. 19 non per i criteri di individuazione della associazioni, che già tutelava, ma solo per non avere esteso il numero delle associazioni tutelate.

6.- La dichiarazione della illegittimità costituzionale della norma non può, dunque, essere vista come rimedio alla mancata risposta del legislatore ai solleciti ricevuti.

Sulla legittimità costituzionale della norma di risulta era stato manifestato qualche dubbio, ricordato dalla Corte, per uno “*sbilanciamento*” sia in eccesso che in difetto (2): in eccesso, se la sottoscrizione solo adesiva, senza una partecipazione attiva alla contrattazione, fosse stata ritenuta sufficiente ad accreditare il sindacato; in difetto, se per non avere sottoscritto il contratto, dopo essere stata protagonista nelle trattative, fosse restata esclusa anche l’associazione “*sorretta da ampio consenso dei lavoratori*”.

Secondo la Corte le sue sentenze successive al referendum avrebbero preso in esame solo il primo dei due “*punti critici*” e “*per questo aspetto*” ha richiamato la sentenza n. 244/1996. Nella parte della sentenza già trascritta (“*l’aver tenuto fermo come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività effettiva il criterio della lettera b), esteso però all’intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività*”) la Corte ha ritenuto “*giustificata*” la nuova disciplina in termini generali (“*... respinto dalla volontà popolare il principio della rappresentatività presunta sotteso all’abrogata lettera a)*”). Non sembra, pertanto, che la sentenza si riferisca al solo primo dei “*punti critici*”.

“*L’attuale scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali ... - teoricamente ... già presente nel sistema della lettera b) del primo comma, dell’art. 19, ma di fatto sin qui oscurato dalla esperienza pratica della perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali - viene ora compiutamente ad emersione*”. Per come è formulato e per la sua collocazione non è univoco il senso che l’inciso ha assunto nell’ambito della motivazione. Dopo avere premesso che non aveva avuto occasione di esaminarlo, la Corte ha precisato che nel decidere sul secondo dei “*punti critici*” avrebbe dovuto tenere conto dei “*nuovi rapporti sindacali*”. Il criterio era coerente: la questione non poteva essere affrontata trascurando la situazione del momento. Non sembra sufficiente a dedurne che l’unità sindacale fosse la condizione presupposta dall’art. 19.

La illegittimità è stata vista nel contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost.

La violazione dell’art. 39, primo e quarto comma, Cost. sembra l’argomento meno forte della motivazione, con una funzione prevalentemente di conferma. Nel primo comma la libertà è riferita alla *organizzazione* e non alla sua capacità di azione (nella Commissione dei 75 si rilevò che “*ci si è attenuti a quella dizione [secondo comma] in forma negativa perché si vuole che il*

(2) G. AMOROSO, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum: “nuovi” problemi. Il nuovo articolo nel contesto della giurisprudenza del “vecchio” art. 19 Stat. Lav.*, in A. MARESCA - G. SANTORO PASSARELLI - L. ZOPPOLI, *Rappresentanza e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Arg. Dir. Lav.*, I, 1996, p. 87.

sindacato sia completamente immune da qualsiasi influenza statale”). La capacità di stipulare i contratti, enunciata nel quarto comma, comporta anche il potere di non stipularli e l’art. 19 non ha fatto altro che fissare gli effetti dell’esercizio negativo di quella capacità.

È sulla violazione dell’art. 3, in relazione all’art. 2, che la sentenza risulta fondata.

“Questi ultimi [i sindacati] infatti nell’esercizio della loro funzione di autotutela dell’interesse collettivo ... sarebbero privilegiati o discriminati sulla base non già del rapporto con i lavoratori ... bensì del rapporto con l’azienda per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di aver prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”.

La Corte ha concentrato l’attenzione sul consenso dell’azienda il cui atteggiamento “*consonante*” condizionerebbe l’accesso ai benefici; non ha dato rilievo al dissenso del sindacato che, non sottoscrivendo il contratto, ha esercitato la sua autonomia. È il consenso della controparte ad essere condizionante o è il sindacato che sceglie la posizione differenziata dissentendo? La discriminazione ha struttura unilaterale perché provocata dalla volontà della controparte; il dissenso contrattuale è, invece, bilaterale e le due volontà, che non si incontrano, si trovano sullo stesso piano.

L’azienda, non aderendo alle condizioni proposte dal sindacato, esercita la sua autonomia come fa il sindacato quando non accetta quelle dell’azienda. La rappresentatività del sindacato, più che pregiudicata, sembra presupposta perché è con i rappresentati del sindacato dissenziente che l’azienda non conclude il contratto. Che sia interessata l’autonomia e non la rappresentatività, è ancora più evidente quando il contratto è concluso con le altre associazioni: per non discriminare, l’azienda non potrebbe che accettare le proposte del sindacato dissenziente. Quando ci si trova sul piano dell’autonomia, si potrà criticare il modo in cui è esercitata sotto il profilo della opportunità e della buona politica imprenditoriale, ma non valutarla dal punto di vista costituzionale, sempre che non emerga che l’obiettivo, se non unico, almeno principale, sia stato danneggiare le controparti, ipotesi che in questo caso dovrebbe essere esclusa visto che gli altri sindacati avevano sottoscritto il contratto.

Secondo la Corte la norma non sarebbe più ragionevole “*nel momento in cui viene meno alla sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività e, per una sorta di eterogenesi dei fini, si trasforma invece in meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale, o comunque significativamente rappresentativo*”.

L’argomento della Corte, se è stato inteso correttamente, può essere schematizzato così: l’art. 19, nel suo testo di origine, aveva ammesso al trattamento privilegiato i sindacati più rappresentativi già in linea di principio (lett. a) e quelli che la rappresentatività se l’erano conquistata sul campo (lett. b); eliminando la lett. a) il referendum ha consentito l’esclusione anche dei sindacati

la cui rappresentatività era un “dato oggettivo”; la norma entra in contrasto con la sua *ratio* di origine perché può portare, come in effetti è successo, alla esclusione di sindacati che rappresentano un gran numero di lavoratori, anche molti di più di quelli rappresentati da chi ha sottoscritto il contratto.

Ma la sentenza n. 244/1996 aveva ritenuto “*giustificata*” la normativa di risulta dopo avere esaminato questi profili. Quella decisione poteva essere superata, seguendo la tesi dei giudici remittenti, se l’art. 19 avesse avuto come presupposto normativo l’unità sindacale. Che così non sia, lo ha confermato indirettamente anche la Corte quando ha tenuto a precisare che le sue sentenze precedenti, quindi anche la n. 244/1996, investivano solo il primo dei “*punti critici*”.

7.- La Corte non si è posta un'altra domanda, probabilmente per l’orientamento dato alla motivazione.

Le funzioni della rappresentanza sindacale aziendale, non indicate dalla legge, dovrebbero essere intese in senso ampio, tutte quelle che, per l’organizzazione dell’azienda e secondo le discipline collettive, sono necessarie per la tutela del lavoro subordinato. Il legislatore non le ha definite, si deve presumere, per non costringerle all’interno di un modello che si sarebbe potuto dimostrare inadeguato con l’evolversi delle esigenze. Una volta eliminati dalla lett. b) dell’art. 19 i “*nazionali o provinciali*”, tra i contratti collettivi sono rientrati quelli aziendali. Nel caso, che ha provocato il giudizio costituzionale, unico contratto applicabile ai rapporti tra il datore ed i lavoratori era quello aziendale sulla cui esecuzione la rappresentanza sindacale avrebbe dovuto vigilare e contribuire. Che questa funzione potesse essere svolta coerentemente da un sindacato che non aveva sottoscritto il contratto e che, di conseguenza, la sua esclusione fosse irragionevole, avrebbe meritato una motivazione più articolata.

I sindacati, che avevano firmato il contratto, nella gestione si sarebbero potuti trovare in disaccordo con quello che non ne aveva condiviso il contenuto e l’esclusione avrebbe consentito una vita più ordinata e meno conflittuale all’interno dell’azienda. Poteva addirittura creare qualche dubbio di irragionevolezza fare partecipare alla gestione del contratto anche i rappresentanti di chi lo aveva ritenuto dannoso.

La Corte ha rilevato anche “*il contrasto che, sul piano negoziale, ne deriva ai valori del pluralismo e della libertà di azione del sindacato*”. Che il pluralismo possa essere pregiudicato quando l’associazione sindacale è stata ammessa alle trattative e l’esclusione dalla rappresentanza aziendale è dovuta ad una sua determinazione negoziale, presa nel pieno esercizio della sua libertà d’azione, non era così scontato. Quando certi effetti sono collegati alla mancata conclusione di un contratto la libertà di azione, piuttosto che pregiudicata, può addirittura essere confermata poiché è per libera scelta che il contratto non è sottoscritto.

Dando la prevalenza al punto di vista dell'associazione esclusa, il cui interesse era di ridurre gli effetti negativi della mancata sottoscrizione, è stata messa in secondo piano la posizione non solo della controparte contrattuale, ma anche dei sindacati sottoscrittori che non compaiono mai nella motivazione. Era anche loro interesse non vedere coinvolto nella gestione dell'unico contratto applicabile chi non lo aveva sottoscritto per le prevedibili difficoltà operative che avrebbero potuto indebolire la posizione nei confronti del datore di lavoro.

8.- Che una controversia così complessa, da richiedere una motivazione molto articolata, sia provocata dagli effetti prodotti da un referendum abrogativo, come si è rilevato, giustifica qualche perplessità sotto il profilo della ragionevolezza. Non sembra coerente che la Corte costituzionale contribuisca ad introdurre una norma incostituzionale sulla quale si riserva di intervenire quando la questione sarà sollevata in via incidentale, col risultato che nel frattempo sarà applicata (nel caso esaminato per venti anni).

Un riesame sarebbe utile anche per verificare se possa essere considerato “*giusto*” un processo nel quale una norma, per come è stata rimaneggiata da un referendum, viene dichiarata incostituzionale dopo un notevole numero di anni di applicazione dalla stessa Corte sotto il cui esame è caduta nel giudizio di ammissibilità; questo perché la Corte, escludendo l'esame preventivo senza un motivazione adeguata, ha ritenuto di poterne verificare la legittimità solo in via incidentale quando la questione sia sollevata in un giudizio.

Fondato o meno che sia il dubbio, sarebbe il caso di evitare che la questione finisca alla Corte di Strasburgo, sollevata in un giudizio nel quale si facesse valere l'affidamento prodotto da una norma applicata per lungo tempo dopo essere passata all'esame di chi successivamente la deve dichiarare incostituzionale.

Difficile sviluppo del rapporto tra decreto legge e legge di conversione

Guglielmo Bernabei*

SOMMARIO: 1. Teoria della novazione e peculiarità della legge di conversione - 2. Decreto-legge e legge di conversione come fasi di un unico procedimento - 3. La carenza dei presupposti del decreto legge come vizio in procedendo della legge di conversione - 4. Emendamenti in sede di conversione - 5. Contraddizioni ed incoerenze della giurisprudenza costituzionale.

1. Teoria della novazione e peculiarità della legge di conversione.

La sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti del decreto-legge trova il suo compimento soltanto quando si ammette che la carenza di tali presupposti possa inficiare anche la legge di conversione; ciò perché è difficile che l'eventuale giudizio incidentale si concluda entro i sessanta giorni di vigenza autonoma del decreto-legge. Fino al 1995, e con incertezze anche dopo, fino al biennio 2007-2008, il giudice delle leggi aveva sempre fatta propria l'idea che la verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti fosse assorbita dalla valutazione del Parlamento. Questo orientamento muove dalla premessa che la legge di conversione sia espressione dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere e, dunque, non si differenzi da qualsiasi altra legge (1). L'impostazione accolta originariamente dalla Corte si collega alla teoria della *novazione* (2), secondo la quale la legge di conversione si sostituisce al provvedimento governativo, sanandone, o comunque rendendo inoppugnabili gli eventuali vizi derivanti dalla violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Per comprendere il concetto di novazione occorre rifarsi all'ampia elaborazione compiuta nell'ambito del diritto privato che l'ha definita come una modalità di estinzione dell'obbligazione cui si accompagna la costituzione di

(*) Dottore di ricerca e cultore della materia in diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara.

(1) Cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, pag. 121; cfr. *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di Andrea Simoncini, Macerata, 2006; cfr. V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970; cfr. L. PALADIN, *La formazione delle leggi. Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Roma, 1979, pag. 84; cfr. G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2009, pag. 195; cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ed ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950; cfr. G. SERGES, *Brevi note sulla legge di conversione del decreto-legge come legge "tipizzata" e sui limiti al potere di emendamento parlamentare*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, pag. 309; cfr. G. VIESTE, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967.

(2) Cfr. G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, pag. 34. Cfr. A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia*, in *L'emergenza, op. cit.*, pag. 23; cfr. E. CACACE, *La decadenza del decreto-legge*, in *Rass. Parlam.*, 2011, pag. 69.

una obbligazione nuova, che si sostituisce all'originaria (3); in questo modo, la novazione opera un'innovazione radicale e non una semplice modificazione del rapporto obbligatorio, con la conseguenza di rendere indipendente la disciplina del nuovo rapporto rispetto a quella del rapporto precedente (4).

La dottrina giuspubblicistica (5) nel richiamare la nozione di novazione per inquadrare i rapporti tra decreto-legge e legge di conversione non ha attribuito alla novazione un significato giuridico univoco, finendo talora per allontanarsi dagli schemi giuridici elaborati dalla scienza del diritto privato (6). Infatti, o si è sostenuto che per effetto della conversione-novazione il decreto-legge cessa di vivere giuridicamente, cosicché la legge di conversione sostituirebbe il decreto stesso fin dall'inizio (7), oppure si è affermato che anche dopo la conversione il decreto-legge continua ad esistere sebbene non autonomamente ma in inscindibile unione con la legge che l'ha convertito (8). Per quanto riguarda l'oggetto della conversione, la distinzione corre tra gli studiosi che lo individuano nell'intero decreto-legge (9) e quelli che fanno riferimento alle singole disposizioni in esso comprese (10); allo stesso modo si discute se la legge che opera la novazione del decreto-legge retroagisca oppure si limiti a proiettare nel futuro le disposizioni del decreto stesso. Nonostante tali diversità, è possibile individuare un presupposto comune alle varie teorie della novazione; infatti, dato che queste configurano il decreto-legge come un atto eccezionale, ne consegue che la legge di conversione viene ritenuta lo strumento per mezzo del quale restaurare il principio costituzionale che affida alle Camere l'esercizio della funzione legislativa (11).

(3) Cfr. G. RESCIGNO, *Novazione (Diritto civile)*, in *Nov. Dig.* XI, Torino, 1968, pag. 432.

(4) Cfr. G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 4/2012; cfr. N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in www.astrid-online.it/rassegna, n. 4/2012; cfr. A. CARDONE, *La "normalizzazione dell'emergenza". Contributo allo studio del potere extra-ordinem del Governo*, Torino, 2011; cfr. Q. CAMERLENGO, *Il decreto-legge e le disposizioni "eccentriche" introdotte in sede di conversione*, in *Rass. Parlam.*, 2011, pag. 91; cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, pag. 56.

(5) Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1984, pag. 709; L. PALADIN, *op. cit.* pag. 84; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto-legge*, in *Dir. e soc.* 1973, pag. 357; Cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. Dir.* 1996, pag. 422.

(6) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 37; cfr. F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Soc.*, 1974, pag. 506.

(7) Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pag. 832; cfr. C. MORTATI, *op. cit.* pag. 710.

(8) Cfr. F. MODUGNO-D. NOCILLA, *op. cit.* pag. 359.

(9) Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.* XI, Milano, 1962, pag. 849.

(10) Cfr. L. PALADIN, *op. cit.* pag. 86.

(11) Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ediz., Padova, 1993, pag. 104; cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 39.

Il decreto-legge è, dunque, visto come l'espressione di un potere derogatorio, sia pure in via provvisoria, rispetto alla norma generale sulla produzione legislativa. Pertanto si ha una norma derogatrice, l'art. 77, comma 2, Cost. e una norma generale, l'art. 70 Cost., la cui legittima operatività viene temporaneamente derogata in seguito all'esercizio del potere normativo d'urgenza del Governo. L'art. 77 Cost., in quest'ottica, concede al Governo una potestà che eccede l'ambito della sua normale possibilità di produzione normativa e questa situazione trova legittimazione soltanto se si ammette che l'ordine delle competenze normative venga "ripristinato" entro breve lasso di tempo, attraverso l'intervento parlamentare di conversione (12).

Teorie di questo tipo, inoltre, risentono dell'influsso del pensiero, dominante in epoca statutaria, in base al quale il principio di separazione dei poteri imponeva che il potere normativo venisse attribuito in via esclusiva al Parlamento, dovendosi considerare l'esercizio di tale funzione da parte del Governo come meramente eccezionale (13). L'aspetto di queste teorizzazioni che maggiormente suscita perplessità riguarda il fatto di ritenere che la legge di conversione sia idonea a sanare i vizi propri del decreto-legge. Questa posizione, infatti, trascura un dato importante: in un ordinamento giuridico a costituzione rigida, una legge ordinaria non può sanare un vizio di legittimità costituzionale; infatti, se anche è indiscutibile che le Camere possono adottare una legge con il medesimo contenuto del decreto-legge viziato e magari dotata di efficacia retroattiva, ciò può avvenire solo nell'ambito di un procedimento diverso, che non presenta i vincoli temporali e le peculiarità proprie dell'approvazione della legge di conversione (14).

Va sottolineato come la Costituzione subordini l'adozione del decreto-legge alla sussistenza di determinate condizioni, allo scopo di rivestire quest'atto di particolari cautele proprio perché esso non offre quelle garanzie di ponderazione e di partecipazione che invece caratterizzano le leggi ordinarie (15). Inol-

(12) Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, pag. 5 il quale afferma che "con larga approssimazione, i poteri sospensivi e derogatori sono quelli che, deviando dalle regole o principi su cui si regge il sistema o l'ordinamento giuridico, ne rimettono in gioco l'unità e l'armonia interiore. Il sistema giuridico, in sé compiuto ed unitario, subisce, in taluni frangenti per il tramite della sospensione o della deroga, un'alterazione delle regole o principi che garantiscono la sua unificazione. In particolare, la *deroga* è intesa come sottrazione di taluni fatti all'impero delle regole o dei principi giuridici dell'ordinamento, la quale può essere duratura ed introdurre una cesura permanente nel sistema di diritto ordinario; la *sospensione*, invece, è intesa come una sorta di parentesi nella vita dell'ordinamento, consistendo in una paralisi dell'efficacia di alcune sue norme che poi tornerebbero a riespandere i propri effetti senza essere soggette ad eliminazione".

(13) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 43.

(14) Cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, pag. 89.

(15) Cfr. C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 29, il quale sottolinea che "il principio di diversificazione degli ambiti di competenza non ha rilevanza solo organizzativa, ma esprime un suo valore specifico, in quanto si connette direttamente al principio di tutela delle minoranze".

tre, la predisposizione di limiti rigorosi e severi all'emanazione del decreto-legge risponde anche alla *ratio* di salvaguardare i diritti degli individui, in considerazione del particolare regime di efficacia disposto dall'art. 77 Cost. (16). Quindi, le teorie delle novazione vanno respinte soprattutto per il fatto che non tengono nella giusta considerazione il fatto che l'adozione della legge di conversione sia subordinata all'esistenza di un legittimo provvedimento da convertire, da cui consegue che il vizio del decreto-legge derivante dalla carenza dei presupposti non è sanabile da una fonte primaria dotata della stessa forza di quella del provvedimento viziato.

Siamo in presenza di un potere, quello di conversione, che non è definibile come manifestazione dell'ordinaria potestà legislativa del Parlamento.

La novazione sembra trascurare le indubbe peculiarità che contraddistinguono la legge di conversione (17). Prima di tutto, essa si differenzia dalle altre leggi in quanto presuppone un decreto da convertire; in secondo luogo, non risulta dotata di un contenuto proprio ma si richiama al contenuto precettivo del decreto-legge (18); inoltre, essa non è votata, come le altre leggi, "articolo per articolo", ma è composta di un articolo unico, sul quale ha luogo la votazione, salva l'eventuale proposizione di emendamenti; infine, il procedimento di conversione deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo. A queste si unisce il carattere unitario dell'intero procedimento.

2. Decreto legge e legge di conversione come fasi di un unico procedimento.

La particolarità della legge di conversione viene sottolineata grazie al legame che unisce l'atto parlamentare al provvedimento governativo d'urgenza, configurandosi, in questo modo, un procedimento sostanzialmente unitario.

Questa impostazione vede svilupparsi la relazione tra decreto-legge e legge di conversione come "tappe di un'unica sequenza procedimentale, da considerarsi unitariamente per gli effetti da essa prodotti nell'ordinamento" (19). In questo senso, la legge di conversione non può essere considerata allo stesso modo di un'altra legge approvata dalle Camere, in quanto presuppone l'esistenza di un decreto-legge da convertire al quale rimanda anche nella propria formulazione testuale.

(16) Cfr. V. ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 291, il quale sostiene che "la distinzione dei poteri formali tra Governo e Parlamento non è fine a sé stessa, ma è anche strumentale alla garanzia delle posizioni di libertà dei privati".

(17) Cfr. V. ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 296; cfr. C. FRESA, *Provvisorieta' con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 35.

(18) La legge di conversione, infatti, non riproduce le disposizioni del decreto, ma si limita a far riferimento alla sua portata precettiva; mentre la sua intitolazione non si richiama alla materia trattata, ma si limita ad operare un mero rinvio al provvedimento governativo.

(19) Cfr. V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. Dir. Cost.* 1996, pag. 230.

Il legame tra decreto-legge e legge di conversione è da tempo al centro dell'elaborazione dottrinale (20), e il fatto che le due fonti diano vita ad un procedimento unitario era già sostenuto nell'ambito di una ricostruzione elaborata negli anni '70 (21). Si era, infatti, affermato che l'atto parlamentare andava qualificato come "una legge tipica a competenza predeterminata" (22), proprio tenendo presente il dato che il suo contenuto è condizionato da quello del decreto-legge, venendosi a creare una precisa ed unica sequenza che vede i due atti essere l'uno il presupposto dell'altro. In particolare, la relazione che viene ad istaurarsi tra decreto-legge e legge di conversione è un procedimento avente "natura complessa, in quanto la legittimità costituzionale della legge di conversione non va valutata solo considerando tale legge separatamente rispetto al decreto-legge, ma anche in stretta connessione con questo" (23), e ciò comporta la possibilità che la legge di conversione possa essere viziata non solo in sé e per sé ma anche per il fatto che abbia convertito un procedimento illegittimo. Tuttavia, va rilevato che questa impostazione non viene portata alle estreme conseguenze, finendo per accodarsi al pensiero tradizionale che vede la legge di conversione sostituirsi retroattivamente al decreto-legge nell'ottica della teoria della novazione.

Un'altra ricostruzione sostiene che l'art. 77 della Costituzione configuri un "procedimento legislativo alternativo, nel quale l'iniziativa del Governo non è diretta a rendere possibile o promuovere il dibattito parlamentare, ma a preconstituire una legge obbligando il Parlamento a pronunciarsi su di essa, ap-

(20) Cfr. P. CARNEVALE, *Il vizio di evidente mancanza dei presupposti giustificativi al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it 2007; cfr. A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 3599; cfr. V. DI CIOLO, *Riflessioni in tema di decreti-legge non convertiti*, in Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Milano, 1996, pag. 127; cfr. A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, pag. 20. Inoltre cfr. anche R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in www.consultaonline.it; cfr. G. MONACO, *Decreto-legge, legge di conversione e sanatoria di fronte al sindacato della Corte costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pag. 581; cfr. A. SEVERINI, *La riforma delle Province, con decreto-legge, "non s'ha da fare"*, in *Osservatorio dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, luglio 2013.

(21) Cfr. V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreto-legge*, Milano, 1976, pag. 303.

(22) Cfr. V. DI CIOLO, *op. cit.* pag. 302, dove si afferma che vanno considerate tipiche le leggi emanate con l'osservanza di particolari procedimenti, o che sono volte a conseguire finalità particolari, già predisposti dalla Costituzione; in questo modo "la legge di conversione sarebbe tipica, non già per essere approvata attraverso uno speciale procedimento, ma in quanto essa persegue un fine già predisposto dalla Costituzione, il fine cioè di eliminare la responsabilità del Governo e di stabilizzare definitivamente gli effetti del decreto-legge".

(23) V. DI CIOLO, *op. cit.* pag. 306, dove si precisa, inoltre che "in base al principio generale secondo il quale gli atti preparatori del procedimento operano anche da presupposti per gli atti successivi della serie procedimentale, è da ritenere che il decreto-legge costituisca, nel contempo, sia la fase preparatoria del procedimento complesso formato dal decreto e dalla legge di conversione, sia l'atto presupposto del procedimento di formazione della legge di conversione".

provandola o disapprovandola o modificandola entro tempi certi” (24). Questa impostazione vuole sottolineare il fatto che l’emanazione del decreto-legge avviene allo scopo di provocare una deliberazione delle Camere, spingendole a pronunciarsi in ogni caso.

In base alle considerazioni esposte, si nota come la legge di conversione non è assimilabile all’ordinaria attività legislativa del Parlamento in quanto è strettamente legata al decreto-legge da un vincolo preciso di carattere procedurale, formando così una “sequenza tipica”, la quale si sviluppa secondo un percorso alternativo e diverso rispetto a quello stabilito per l’approvazione della legge ordinaria (25). Tuttavia, si constata che nessuna delle impostazioni che si rifanno all’unicità della serie procedimentale descritta dall’art. 77 Cost. si spinge fino al punto di far conseguire all’eventuale mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge l’incostituzionalità della legge di conversione. Questo significa che in dottrina, prima delle svolta operata dalla Corte costituzionale con le sentenze 171/2007 e 128/2008, non si era ancora intrapreso il percorso poi sviluppato dalla Corte, nonostante esso rappresenti la logica conclusione della teoria dell’unicità procedimentale. Questa posizione dottrinale è probabilmente dovuta al voler evitare il rischio di un contrasto tra le scelte operate dal Governo e dal Parlamento (26).

La peculiarità del legame che unisce decreto-legge e legge di conversione è posto alla base di un’altra elaborazione dottrinale (27), secondo la quale il meccanismo dell’art. 77 prefigurerebbe un “concorso necessario della fonte legislativa del Governo e di quella del Parlamento sul medesimo oggetto” (28). Questa posizione, seppur qualifichi la legge di conversione come manifestazione della funzione legislativa ordinaria delle Camere, ha il pregio di ritenere definitivamente superata la teoria della novazione, respingendo con decisione il pensiero che vede decreto-legge e legge di conversione come espressione di due serie procedimentali autonome e distinte. Infatti, dato che la Costituzione collega il procedimento della formazione della legge di conversione alla presenza di un decreto-legge va notato che “non esiste il normale *iter* di formazione della legge parlamentare, ma si ha un procedimento che ha per presupposto il procedimento di formazione del decreto-legge” (29); in tal senso, il decreto-legge non va inteso come un fatto giuridico in grado di consentire la

(24) Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, pag. 175, dove si afferma che “attraverso un procedimento alternativo ormai “normalizzato” si ottiene così l’anticipazione di un effetto legislativo, rispetto alla manifestazione della volontà parlamentare”.

(25) Cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. Dir.* 1996, pag. 425.

(26) Cfr. V. ANGIOLINI, *La Corte e i decreti-legge: decisioni politiche e garanzie costituzionali*, in *Le Regioni*, 1998, pag. 1146.

(27) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 70.

(28) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 79.

(29) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 127.

competenza legislativa del Parlamento, perché è evidente che questa competenza può essere esercitata anche in assenza del decreto-legge, ma come un fatto giuridico capace di individuare l'oggetto del procedimento di conversione.

E questo conferma la caratteristica dell'art. 77, comma 2, Cost., di dare luogo a due procedimenti collegati da un nesso di presupposizione (30), facendo cadere l'antinomia che sembra sussistere tra i primi due commi dello stesso art. 77 Cost. Infatti, il contrasto diviene solo apparente se il precetto costituzionale viene interpretato nei seguenti termini: "il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge, a meno che vi siano casi straordinari di necessità ed urgenza in presenza dei quali il Governo, sotto la sua responsabilità, può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge" (31).

Seguendo le conseguenze di questa riflessione, la legge di conversione si configura come una variante della legge ordinaria del Parlamento, "dotata di proprie peculiarità procedurali e di efficacia" (32). In modo particolare, per quanto riguarda l'efficacia ne consegue che gli aspetti che la caratterizzano evidenziano la produzione di un effetto di conservazione delle disposizioni del decreto-legge e la capacità di emendare il decreto stesso limitatamente al suo oggetto (33). Secondo questa ricostruzione, quindi, la legge di conversione è priva di efficacia retroattiva, in quanto ha il compito di conservare, stabilizzandole, le disposizioni del provvedimento governativo; conseguentemente essa "inciderà sull'efficacia delle disposizioni del decreto-legge seguendo le regole proprie della successione temporale delle leggi. Tra decreto-legge e legge di conversione si viene a creare una integrazione dei rispettivi contenuti normativi" (34). Questa integrazione non significa la sostituzione *ab initio* della seconda nei confronti del primo, ma il "rafforzamento" della situazione giuridica prodotta, in via provvisoria, dal provvedimento governativo (35).

Su questo aspetto è bene soffermarsi per alcune precisazioni. Applicando il percorso logico di questa impostazione dottrinale, l'effetto conservativo della legge di conversione riguarda le disposizioni introdotte dal decreto-legge e non l'atto in quanto tale, come prefigurato dalla teoria della novazione. Infatti, l'atto fonte viene a configurarsi come un "atto istantaneo ad effetti permanenti che si esauriscono nella creazione delle disposizioni, le quali soltanto possono ancora subire vicende estintive" (36). In questo senso, l'effetto di conservazione della legge di conversione si dirige alla totalità delle disposizioni del decreto-legge e questo ben esprime l'unicità procedimentale. Infatti,

(30) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 128.

(31) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 146.

(32) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 185.

(33) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 186.

(34) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 134.

(35) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 132.

(36) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 132.

tra decreto-legge e legge di conversione non si verificano cesure, ma vi è una continuità di fondo che li lega; le medesime disposizioni, con le loro caratteristiche, portata operativa ed anche vizi, passano da un atto che è per natura provvisorio in uno definitivo, il quale, conservandole, le stabilizza, rendendo certa la loro presenza nell'ordinamento.

Pertanto, proprio perché la conservazione riguarda le disposizioni e non l'atto, appare ammissibile che le Camere discriminino tra disposizione e disposizione convertendone alcune e negando, preferibilmente in modo espresso, la conversione e il relativo effetto conservativo ad altre.

3. *La carenza dei presupposti del decreto legge come vizio in procedendo della legge di conversione.*

La Corte costituzionale, già nella sentenza n. 29 del 1995, compie un esplicito riferimento alla unicità della serie procedimentale del decreto-legge e della legge di conversione; infatti, nell'evidente mancanza dei presupposti è individuato non soltanto un vizio del decreto ma anche un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione (37). La Corte ammette l'eventualità che il Parlamento, in sede di conversione, abbia valutato erroneamente l'esistenza dei presupposti di validità in realtà insussistenti e, di conseguenza, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimamente oggetto di conversione. In ogni caso si tende ad escludere che il sindacato di costituzionalità vada a sovrapporsi al correlativo esame svolto dalle Camere in sede di conversione, in quanto quest'ultimo richiede una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione sia con riguardo agli effetti della medesima. Tuttavia, tale aspetto può essere considerato superfluo qualora si noti che il sindacato della Corte tende a comportare inevitabilmente un riesame delle scelte operate dal legislatore alla luce dei principi costituzionali, senza escludersi *a priori* una parziale coincidenza o sovrapposizione tra i due giudizi, quello parlamentare e quello costituzionale (38). Semmai, il riconoscimento dell'eventualità che le Camere, in sede di conversione, siano portate a compiere un "errore di valutazione" sulla sussistenza dei presupposti giustificativi appare particolarmente rilevante sotto un altro punto di vista, indice di una profonda evoluzione del modo con cui la Corte si pone rispetto al feno-

(37) Cfr. L. PALADIN, *Atti legislativi del governo e rapporti fra poteri*, in *Quad. cost.* 1996, pag. 24, il quale critica fortemente il fatto che la Corte ammetta un proprio sindacato sull'"erronea valutazione" dei presupposti operata dalle Camere, chiedendosi se "dovrà trattarsi di un errore tecnicamente inteso, dovuto ad una falsa od inesatta credenza dei parlamentari, oppure se il vizio imputabile agli organi legislativi consista, molto più semplicemente, nel fatto di essersi basati su criteri di giudizio non condivisibili dall'organo di giustizia costituzionale".

(38) Si ricordi, in tal senso, il precetto posto dall'art. 28 della legge 87 del 1953, il quale preclude all'organo di giustizia costituzionale di operare valutazioni di natura politica e che coinvolgono l'uso del potere discrezionale del Parlamento.

meno dell'abuso della decretazione d'urgenza e alle cause che ne sono alla base. Si deve, quindi, tenere presente l'argomentazione della Corte nelle sentenze 171/2007 e 128/2008 dove, superando le passate incertezze, afferma che spetta ad essa assicurare una piena effettività alle garanzie di tutela dei diritti fondamentali, che potrebbero essere lesi dal Governo quando abusi della decretazione d'urgenza nell'apodittica enunciazione di circostanze straordinarie di necessità ed urgenza. Posta questa considerazione come premessa generale al suo operato, la Corte può aggiungere che persistere nella posizione che vede la legge di conversione come atto a sanare in ogni caso i vizi del decreto-legge significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Ed è proprio in questo senso che le disposizioni della legge di conversione si saldano con il decreto-legge in un *unicum* giuridico (39), assolvendo ad una funzione stabilizzante del secondo che si dispiega nel presupposto che il Parlamento è chiamato a pronunciarsi riguardo ad una situazione giuridica modificata da disposizioni poste dal Governo, al quale, di regola, non è affidato il compito di emanare atti avente forza di legge. Di conseguenza, in caso di difetto originario nel decreto-legge dei presupposti giustificativi si configura un *error in procedendo* della legge di conversione, pienamente sindacabile dalla Corte costituzionale. Questa chiave di lettura porta ad evidenziare che, mentre nella giurisprudenza passata era presente un atteggiamento velatamente "sanzionatorio" nei confronti del Governo, considerato l'unico responsabile della degenerazione della decretazione d'urgenza (40), ora si vuole attribuire, nel pensiero della Corte, un peso decisivo al ruolo svolto dalle Camere, in modo che il decreto-legge non diventi uno strumento di "iniziativa legislativa rinforzata" (41), il cui contenuto può essere il frutto di estenuanti contrattazioni da parte dei gruppi parlamentari, per evitare che questi possano "decidere tutto", trascurando così completamente la necessità che il provvedimento governativo sia supportato da precise circostanze giustificative.

Pertanto, se anche la valutazione sulla concreta presenza dei "casi straordinari di necessità ed urgenza" viene rimessa in misura notevole alla valutazione di opportunità del Governo, presentando così un margine ampio di discrezionalità, tutto ciò non significa che la successiva fase di conversione abbia un potere d'azione illimitato, in quanto è sempre subordinato alla sussistenza di un legittimo atto da convertire.

(39) Cfr. R. DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in *www.Federalismi.it*, pag. 4.

(40) Si ricordi la sentenza n. 302 del 1988, dove, con specifico riferimento al fenomeno della reiterazione, si pongono in rilievo le distorsioni che esso crea rispetto agli equilibri istituzionali, trascurando completamente il fatto che spesso l'adozione di un decreto-legge avviene proprio su sollecitazione dei gruppi parlamentari, i quali partecipano insieme al governo nella determinazione del suo contenuto.

(41) Cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, pag. 99.

Se, quindi, il decreto-legge presenta una “evidente mancanza”, per usare il linguaggio della Corte, dei presupposti non si vede in base a quali valutazioni il Parlamento possa fondare il proprio potere di conversione; da ciò si ricava, al fine di ottenere una piena situazione di legittimità costituzionale, la necessaria permanenza dei presupposti giustificativi dal decreto-legge alla legge di conversione. A sostegno di questo, già in passato, alcuni settori della dottrina (42) avevano sostenuto che i vizi propri del decreto-legge si traducevano anche in vizi della legge di conversione: queste ricostruzioni, a posteriori, ossia alla luce della giurisprudenza costituzionale delle sentenze 171/2007 e 128/2008, sembrano adattarsi pienamente alla nozione di vizio *in procedendo* accolta dal giudice delle leggi.

In particolare, ora, costituiscono un punto di riferimento le posizioni (43) che vedevano i presupposti di necessità ed urgenza come condizioni per la valida conversione in legge, la cui assenza è in grado di viziare il decreto-legge stesso e di travolgerne tutti gli effetti.

Quindi, prendendo in considerazione queste riflessioni e aggiornandole grazie alla presa di posizione della Corte, è possibile affermare che i requisiti e i limiti del decreto-legge siano in realtà i requisiti e i limiti della legge di conversione, ammettendo così che il sindacato della Corte stessa possa esplicarsi nei confronti di entrambi gli atti.

Tutto questo va compreso meglio se si tiene presente, ricordandola, la funzione che svolgono decreto-legge e legge di conversione nel contesto dell'unicità procedimentale di fondo. Il primo svolge la funzione di predisporre una disciplina che sia idonea a fronteggiare situazioni che, per la loro imprevedibilità e per la rapidità di intervento di cui necessitano, non sono suscettibili di essere regolate attraverso i normali strumenti messi a disposizione dal legislatore ordinario: una disciplina, dunque, “provvisoria” non soltanto in relazione al particolare regime di efficacia cui è sottoposta, ma anche per la natura “contingente” della situazione che è chiamata a fronteggiare. In quest'ottica, il secondo svolge la funzione di stabilizzare gli effetti prodotti dal decreto, eliminandone proprio il carattere di precarietà e di incertezza; è l'atto che, in sostanza, chiude l'intero procedimento d'urgenza previsto dall'art. 77, comma 2, della Costituzione, limitandosi a consolidare un provvedimento che sia stato oggettivamente indifferibile (44).

(42) Cfr. F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo di costituzionalità sui decreti-legge e sulla legge di conversione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, pag. 749.

(43) Cfr. F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Soc.* 1974, pag. 514; M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1982, pag. 1465; P. CARNEVALE, *La Corte riapre un occhio (ma non tutti e due) sull'abuso della decretazione d'urgenza?* In *Giur. It.* 1996, pag. 402.

(44) Cfr. A. CONCARO, *op. cit.* pag. 102.

Nella prassi, tuttavia, si è visto che i decreti-legge assumono una funzione diversa, e finiscono per porre una disciplina destinata a trovare una immediata applicazione ma sostanzialmente stabile nel tempo, capace di regolare in maniera definitiva una determinata materia (45). Il successivo intervento parlamentare è forzato, sia nel metodo che nel contenuto (46), ed in questo contesto le circostanze giustificative perdono rilevanza e significato, trasformando lo stesso decreto in una forma di iniziativa legislativa (47), la quale finisce per assimilare il procedimento parlamentare a quello di una qualsiasi legge, avente come unica peculiarità il fatto che la discussione è costretta a vertere non su un progetto, su un'idea di legislazione, ma su un atto già pienamente operativo (48).

Si è, dunque, fin qui cercato di evidenziare che la Corte costituzionale ha fatto propria una configurazione del decreto e della legge di conversione nei termini di una *unità procedimentale*, andando oltre a quelle teorie (49) che configurano la decretazione d'urgenza come strumentale rispetto all'attività legislativa ordinaria delle Camere, della quale rappresenterebbe solo una anticipazione. Infatti, il decreto-legge, se qualificato come un mero atto "preparatorio" in relazione alla legge di conversione, tende a perdere la propria valenza esterna, risultando del tutto appiattito sul procedimento di conversione e svalutando la sua natura di fonte del diritto (50).

Pertanto, la qualificazione del difetto dei presupposti giustificativi come *vizio in procedendo* della legge di conversione indica l'adesione della Corte costituzionale alla prospettiva che vede il decreto-legge e il successivo atto parlamentare come tappe di un procedimento (51) sostanzialmente *unitario*;

(45) Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, pag. 323, il quale evidenzia i due diversi aspetti della *provvisorietà*: quella intesa come *temporaneità* che deriva dallo stesso carattere straordinario delle fattispecie regolate, e che, dunque, è rigorosamente conforme all'interpretazione dell'art. 77 Cost.; e quella relativa ai casi di "*necessaria anticipazione di effetti che solo la legge formale può produrre*" che si basa su una interpretazione storica ed estensiva del ruolo del decreto-legge nel sistema; C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pag. 75, il quale sottolinea come nella seconda ipotesi appena richiamata, il Parlamento, in sede di conversione, recupera pienamente la propria funzione, determinando la "sostituzione" del proprio *provvedere* al *provvedere* del Governo.

(46) Cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, pag. 123.

(47) La definizione del decreto-legge come "disegno di legge rinforzato a urgenza garantita" si è visto, nei capitoli precedenti, essere stata coniata da A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in AA.VV. *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; tale definizione, che inizialmente è servita alla dottrina per descrivere l'evolversi della prassi della decretazione d'urgenza prevalentemente sul piano dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento, ha via via assunto una valenza autonoma anche sul piano giuridico, tanto da atteggiarsi ad elemento di qualificazione del decreto-legge nel quadro del sistema delle fonti.

(48) Cfr. L. CARLASSARE, *op. cit.* pag. 125.

(49) Cfr. A. PREDIERI, *op. cit.*; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, pag. 222.

(50) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 125.

(51) Cfr. S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957.

un procedimento caratterizzato dal susseguirsi di una serie di atti che, seppur formalmente autonomi e dalla precisa identità, possono essere valutati congiuntamente, in quanto cooperano ad una finalità unica (52). Di conseguenza, è proprio il medesimo scopo, quello di introdurre una disciplina originata da “casi straordinari di necessità ed urgenza”, verso il quale sono preordinati, che rappresenta il legame che unisce il provvedimento d’urgenza del Governo alla legge di conversione; e questo visibile nesso teleologico determina che la validità dell’uno condiziona necessariamente la validità dell’altro (53).

In sintesi, in presenza di un decreto-legge che sia stato adottato dal Governo in carenza dei presupposti viene meno il relativo potere parlamentare di conversione; un potere che, in tal caso, può essere attivato unicamente per disporre la tempestiva reiezione del provvedimento governativo, al fine di evitare che esso espliciti compiutamente la propria efficacia nell’ordinamento giuridico, sia pure per il ristretto arco di tempo prescritto dall’art. 77 della Costituzione.

4. *Emendamenti in sede di conversione.*

La dottrina prevalente è incline ad ammettere l’emendabilità del decreto-legge in base all’assunto che, essendo la legge di conversione espressione del potere legislativo delle Camere, essa possa subire aggiunte o modifiche sostanziali (54). In particolare, si ricorda la posizione tradizionale che riconosce alla legge di conversione la funzione di ristabilire il normale ordine delle competenze normative “alterato” dalla decretazione d’urgenza e tendente ad escludere che, in sede di conversione, le Camere siano vincolate alle statuizioni contenute nel decreto-legge, libere, quindi, di esercitare la loro funzione legislativa in pienezza (55). Tuttavia, secondo il pensiero della giurisprudenza costituzionale e secondo l’impostazione dottrinale qui accolta, la soluzione che appare più compatibile con la *ratio* dell’art. 77 della Costituzione è quella che limita la potenzialità della legge di conversione all’oggetto del decreto-legge (56), e di conseguenza l’esercizio della potestà legislativa parlamentare è con-

(52) Cfr. V. ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 238.

(53) Cfr. ANGIOLINI, *op. cit.* pag. 239.

(54) Cfr. C. ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti-legge*, in *Giur. Cost.* 1956, pag. 188; F. SORRENTINO, *op. cit.* pag. 766; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, Roma, 1977, pag. 268; C. LAVAGNA, *op. cit.* pag. 297; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pag. 249. Inoltre cfr. G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. it.*, 2012, 12, pag. 2494.

(55) Cfr. L. PALADIN, *op. cit.* pag. 250, il quale afferma che “sarebbe assurdo ritenere che il Parlamento sia rigidamente vincolato dalle scelte iniziali del Governo, dovendo limitarsi ad approvare o disapprovare in blocco gli atti provvisori con forza di legge, proprio quando è chiamato a restaurare l’ordine naturale delle competenze, attraverso l’esercizio della sua potestà legislativa”. Inoltre cfr. R. ZACCARIA, *L’omogeneità dei decreti-legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 283.

(56) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 194, il quale afferma che “se all’esercizio del potere normativo d’urgenza del Governo deve seguire una deliberazione del Parlamento a salvaguardia della sua

dizionato dalla disciplina adottata dal Governo, sia per ciò che riguarda la sussistenza dei presupposti sia per l'oggetto stesso del decreto.

Solo in questo modo, non si vanifica il nesso di presupposizione tra il procedimento di formazione del decreto-legge e quello di formazione della legge di conversione. Quest'ultimo procedimento è peculiare proprio perché presuppone l'esistenza di un provvedimento adottato dal Governo per fronteggiare situazioni particolari che in quanto tali non possono essere regolate seguendo le vie ordinarie di approvazione della legge. Esso, dunque, non può rappresentare semplicemente una occasione da prendere come pretesto per approvare, con maggiore celerità, una determinata disciplina, estranea all'oggetto del decreto, approfittando della "corsia preferenziale" offerta dalle disposizioni dei regolamenti parlamentari che tendono ad abbreviare l'*iter* del disegno di legge di conversione, rendendo più rapide ed immediate le discussioni e le deliberazioni delle Camere (57), che finiscono per essere svincolate da qualsiasi esigenza emergenziale.

Secondo questa impostazione, è utile rifarsi ad alcune decisioni della Corte costituzionale (58); tra queste, la sentenza n. 355 del 2010 conferma l'assunto che la legge di conversione non abbia efficacia sanante di eventuali vizi del decreto-legge e ritiene che "la valutazione in termini di necessità ed urgenza deve essere indirettamente effettuata per quelle norme, aggiunte dalla legge di conversione del decreto-legge, che non siano del tutto estranee rispetto al contenuto della decretazione d'urgenza; mentre tale valutazione non è richiesta quando la norma aggiunta sia eterogenea rispetto a tale contenuto" (59). La Corte poi aggiunge che "la valutazione in ordine alla sussistenza, in concreto, dei requisiti in parola è rimessa al Parlamento all'atto di approvazione dell'emendamento ora oggetto di censure. Tale valutazione non deve

funzione legislativa, la potenzialità normativa della legge parlamentare sembra però circoscritta all'oggetto del decreto-legge. La stessa *ratio* che sta a fondamento della previsione costituzionale della legge di conversione dovrebbe operare a sua volta come limite alla stessa. La legge di conversione non serve a reintegrare una normalità costituzionale travolta dalla decretazione d'urgenza; il decreto-legge costituisce infatti espressione di un potere ordinario del Governo, il quale però non può sostituirsi integralmente alla legge del Parlamento. Alla fine di garantire il principio costituzionale che riconosce a quest'ultima una preminenza materiale tra le fonti primarie, la disciplina governativa per mantenere la sua efficacia deve essere confermata oppure modificata dal Parlamento".

(57) Si ricordi, infatti, che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge hanno la precedenza su tutti gli altri argomenti in programma; inoltre i regolamenti parlamentari dispongono che debba essere seguita la procedura ordinaria, con termini abbreviati per la commissione referente. In particolare, l'art. 81, comma 2, reg. Camera, dispone che la commissione debba riferire all'assemblea entro quindici giorni; al Senato della Repubblica, l'art. 78, comma 5, del regolamento stabilisce che il disegno di legge di conversione debba essere iscritto all'ordine del giorno dell'assemblea in modo che la votazione finale avvenga non oltre il trentesimo giorno dal deferimento.

(58) Cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero sia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Studi dell'anno 2010, Torino, 2011, pag. 549.

(59) Corte costituzionale, considerato in diritto n. 8 della sent. n. 355 del 2010.

tradursi in una motivazione espressa, che sarebbe incompatibile con le caratteristiche del procedimento di formazione legislativa. Né, a questo riguardo, può assumere rilievo il contenuto del preambolo allo stesso decreto-legge che, proveniente dal Governo, concerne le sole disposizioni originarie del medesimo provvedimento. In realtà, la suindicata valutazione è rimessa alla discrezionalità delle Camere e può essere sindacata innanzi a questa Corte soltanto se essa sia affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero per mancanza evidente dei presupposti”. La Corte costituzionale ha quindi precisato che l’ambito di riferimento delle proprie censure concerne la decisione parlamentare in termini autonomi dalle ragioni alla base del decreto-legge, anche se in proposito rileva la propria competenza ad accertarne non solo eventuali profili di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà, ma anche “una mancanza evidente dei presupposti” che altro non sono se non i presupposti del provvedimento convertito (60).

A questo aspetto si aggiunge che, stante la necessaria omogeneità originaria del decreto-legge, la Corte costituzionale consente, ma solo indirettamente, ad una eventuale eterogeneità di contenuto della legge di conversione, almeno nella parte in cui non incida sul contenuto del decreto-legge stesso; va comunque segnalato che, nella fattispecie all’esame della Corte costituzionale, la disposizione introdotta in sede parlamentare non si trovava, come rilevato dalla Corte stessa, “in una condizione di totale eterogeneità rispetto al contenuto del decreto-legge in esame” e, conseguentemente, anche per essa era richiesta la indispensabile sussistenza dei requisiti della necessità e dell’urgenza (61). Nel caso specifico, conclude la Corte, la disposizione inserita in sede di conversione, e non prevista nel decreto-legge, non era carente dei requisiti ex art. 77, comma 2, Cost. (62); l’operazione compiuta dalla Consulta è ampia ma

(60) Cfr. R. DICKMANN, *Decreti-legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, in *federalismi.it*, 22 giugno 2011, pag. 6.

(61) Cfr. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, pag. 4. Inoltre cfr. N. LUPO, *L’omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Rassegna Astrid*, n. 153 (4/2012) del 23 febbraio 2012, pag. 27, il quale sottolinea come nel caso di specie la Corte costituzionale, “di fronte ad una patologia oggettivamente riscontrabile nel comportamento del legislatore parlamentare, sia stata in realtà “in qualche modo obbligata” a distinguere tra norme della legge di conversione “del tutto estranee rispetto al contenuto della decretazione d’urgenza” e norme che invece “non rechino contenuti del tutto estranei rispetto al decreto-legge”.

(62) Cfr. D. GALLIANI, *Decreto-legge e legge di conversione stretti nella tenaglia della Consulta e del Quirinale*, in *Studium Iuris*, n. 7-8/2012, pag. 807, il quale rileva che “alla Corte interessa evidenziare lo stretto legame tra la disposizione in questione e il decreto-legge emesso nel quadro generale di provvedimenti anticrisi. Con la disposizione in esame si sono voluti limitare gli ambiti, ritenuti troppo ampi, di responsabilità dei pubblici dipendenti cui sia imputabile la lesione del diritto all’immagine delle amministrazioni di appartenenza. La Corte, pertanto, conclude che la disposizione censurata, nonostante inserita in sede di conversione, rientrava sicuramente nei meccanismi previsti dal decreto-legge, aventi lo scopo di introdurre nell’ordinamento misure dirette al superamento della crisi in cui versava il Paese”.

funzionale a ricomprendere la disposizione oggetto di censure, la quale essendo urgente, si salva dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Inoltre, l'approvazione di emendamenti che stravolgono il significato originario del decreto-legge o che dispongano su oggetti estranei alla materia dello stesso finisce per creare seri problemi anche sul piano della certezza del diritto (63), rendendo spesso difficile sia la ricostruzione della reale portata dispositiva (64), sia la delineazione dell'efficacia nel tempo della disciplina che scaturisce dal procedimento di conversione (65). Riguardo quest'ultimo aspetto, la sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2010 ha affrontato "il problema dell'efficacia dell'emendamento apportato alla norma censurata dalla legge di conversione", affermando la possibilità che "il decreto sia convertito in legge con emendamenti che implicino mancata conversione *in parte qua*, e che, pertanto, nel caso di conversione con emendamenti, spetta all'interprete accertare quale delle eventualità si sia verificata" (66), secondo le indicazioni fornite nella sentenza n. 51 del 1985.

Quanto all'oggetto del decreto-legge, la soluzione che tende a salvaguardarne l'ambito in sede di conversione è stata fatta propria dal regolamento della Camera dei deputati, il cui art. 96 *bis*, comma 7, dispone che, nel corso del procedimento di conversione, non possono costituire oggetto di discussione gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge; è attribuito al Comitato per la legislazione, ex art. 16 *bis*, la facoltà di proporre la soppressione delle disposizioni del decreto che "contrastino con le regole sulle specificità ed omogeneità". Se, dunque, si possono configurare modificazioni ed aggiustamenti parziali, finalizzati a correggere ed a perfezionare il contenuto del provvedimento governativo, ciò non deve comportare un radicale stravolgimento della portata precettiva (67) o consentire l'introduzione di discipline che in quanto estranee ed estremamente eterogenee possono essere sintomatiche dell'assenza dei presupposti. Infatti, se si vuole confermare l'unicità procedimentale tra decreto-legge e legge di conversione non si deve nutrire preoccupazione anche nel porre le Camere dinanzi all'alternativa secca tra un'approvazione e

(63) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 301, dove si sottolineano rilevanti problemi di tecnica legislativa, derivati dalla conversione con emendamenti, per la difficoltà di coordinare i testi del decreto-legge e della legge di conversione con le modificazioni apportate.

(64) Sovente infatti sono necessarie ben due ripubblicazioni di quanto scaturito dall'approvazione parlamentare: in primo luogo la pubblicazione del testo del decreto-legge coordinato con le modificazioni introdotte in sede di conversione, e, in secondo luogo, la ripubblicazione del testo del decreto-legge coordinato con la legge di conversione e corredato dalle note esplicative.

(65) Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, pag. 359, dove si evidenzia un altro punto controverso riguardante l'efficacia degli emendamenti soppressivi, sostitutivi, aggiuntivi e modificativi. Sul punto anche cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 287.

(66) Cfr. Corte cost., sent. 367/2010, in *Giur. Cost.*, pag. 5141.

(67) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 199.

un diniego di conversione dell'intero testo governativo, senza possibilità di poter influire sul suo contenuto (68). In questo senso, la disposizione regolamentare sopra richiamata, se davvero è finalizzata ad impedire che il potere di emendamento diventi un pretesto per approvare una disciplina nuova e diversa, può essere intesa come una diretta esplicitazione del dettato costituzionale (69). Pertanto, il riconoscimento dell'esistenza di un limite di derivazione costituzionale al potere delle Camere di emendare il disegno di legge di conversione legittima la configurabilità del controllo della Corte costituzionale sulla rispondenza di tali modifiche ai presupposti giustificativi e all'oggetto del provvedimento governativo.

Rispetto a questo quadro generale di riferimento, la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 367 del 2010, ricorda che la conversione di un decreto o il rifiuto di conversione possono essere anche parziali e "che, a sua volta, il rifiuto parziale di conversione può essere anche implicito, a seconda del tipo di emendamento approvato". Sul punto la Corte costituzionale esclude che abbia valore dirimente l'art. 15, comma 5, della legge n. 400/88, ritenendo che tale disposizione si limiti a sottrarre la legge di conversione all'ordinario regime della *vacatio legis*, senza occuparsi direttamente dell'efficacia intertemporale delle disposizioni del decreto-legge emendate (70).

La Corte costituzionale, pertanto, nelle sentenze 355 e 367 del 2010, si incammina su un terreno scivoloso dato che il riscontro concernente la natura delle disposizioni, nei loro reciproci rapporti, risulta incerto e questa incertezza è aggravata dal fatto che la Corte operi una singolare relativizzazione del concetto di eterogeneità, il quale sottrae le norme che ne siano espressione alla eventuale caducazione per difetto dei presupposti unicamente laddove siano "troppo ete-

(68) Cfr. G. SILVESTRI, *op. cit.* pag. 430, il quale afferma che "il legame che unisce decreto-legge e legge di conversione è fondato sulla identità del contenuto normativo dell'uno e dell'altra, in quanto la fase di conversione in legge del provvedimento governativo può avvenire solo sul presupposto che l'identica formazione contenuta nel decreto sia l'oggetto del disegno di legge di conversione; il contenuto normativo, dunque, rappresenta il midollo unificatore delle due fasi fondamentali del procedimento che dall'atto provvisorio e urgente porta alla disciplina legislativa stabile".

(69) Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.* pag. 195.

(70) Cfr. R. DICKMANN, *Decreti-legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, cit., pag. 7, il quale sottolinea come "sul punto la Corte mette a fuoco due alternative: l'approvazione in sede parlamentare di un emendamento modificativo in senso restrittivo implica la conversione della norma del decreto e la sua contestuale modifica con effetto *ex nunc*, dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione (in conformità all'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988); al contrario, l'emendamento equivale ad un rifiuto parziale di conversione, che travolge con effetto *ex tunc* la norma emendata per la parte non convertita, ancorché si tratti di un effetto da accertare in via interpretativa, richiamando quanto in proposito sostenuto dalla Corte di Cassazione per una fattispecie analoga, citata dalla Corte costituzionale. In sostanza, secondo questa lettura se le Camere convertono in legge un decreto, ridimensionandone la portata normativa per effetto di emendamenti soppressivi o che circoscrivano l'efficacia originaria di singole disposizioni del provvedimento, nonostante le previsioni di cui all'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988, il decreto deve intendersi convertito come se la relativa efficacia normativa fosse stata ridimensionata *ex tunc*".

rogenee” (71). Questa posizione, insieme alla dottrina della “evidente mancanza” dei presupposti, afferma che il decreto-legge e la legge di conversione siano annullabili unicamente in caso di “evidente violazione” della Costituzione; ne consegue che la violazione stessa, se non “evidente”, resta impunita (72).

Nella complessa sequenza giurisprudenziale la sentenza n. 22 del 2012 occupa un ruolo di rilievo per le argomentazioni giuridiche sviluppate intorno al rapporto tra decreto-legge e legge di conversione e, segnatamente, intorno alla natura “atipica” di quest’ultima, caratterizzata da una competenza predeterminata (73). Infatti, sono molteplici gli spunti di riflessione che si possono ricavare in relazione al tema dei presupposti della decretazione d’urgenza, del rispetto del riparto delle competenze legislative da parte del legislatore statale, dei vizi formali della legge, in considerazione anche del ruolo ricoperto nella presente vicenda dai regolamenti parlamentari e dalla Presidenza della Repubblica (74).

In riferimento all’accoglimento della questione fondata sull’art. 77, comma 2, Cost., la motivazione della Corte costituzionale merita di essere analizzata, sottolineando le differenze con la pregressa giurisprudenza (75).

Ad essere censurati, nel caso sottoposto al suo giudizio, non sono più i soli contenuti del decreto-legge ma le due disposizioni introdotte dal Parlamento in sede di conversione, del tutto estranee ai contenuti dell’originario atto di decretazione d’urgenza.

(71) Cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovverosia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, cit., pag. 2.

(72) Cfr. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, pag. 37.

(73) Cfr. G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in www.giurcost.it; cfr. M. MANETTI, *La via maestra che dall’inemendabilità dei decreti-legge conduce all’illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 292; cfr. A. CELOTTO, *L’abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 2493; cfr. E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l’utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la “ridondanza”*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 298.

(74) Cfr. M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d’urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012, pag. 1.

(75) La disposizione impugnata, inserita in sede di conversione del decreto-legge, introduceva all’art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile, due commi, il 5-*quater* ed il 5-*quinquies*, in base ai quali le Regioni, nel caso di calamità, avrebbero potuto accedere alle risorse finanziarie del Fondo nazionale di protezione civile solo dopo aver deliberato “aumenti, sino al limite massimo consentito dalla vigente legislazione, dei tributi, delle aliquote [...]” (comma 5-*quater*). La Corte costituzionale, al termine di un giudizio di costituzionalità in via principale, ex art. 128 Cost., promosso dalle Regioni Liguria, Basilicata, Puglia, Marche, Abruzzo e Toscana, dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 2-*quater*, del decreto-legge n. 225/2010, recante “Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie”, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge n. 10 del 2012.

La Corte costituzionale si pronuncia più chiaramente sulla esigenza di omogeneità necessaria della legge di conversione rispetto ai contenuti del decreto-legge e detta regole più precise sui rapporti stessi tra decreto-legge e legge di conversione (76). Il giudice delle leggi afferma che “la necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui interna coerenza va valutata in relazione all’ apprezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità ed urgenza, deve essere osservata dalla legge di conversione”, e a sostegno di questa posizione, la Corte costituzionale richiama il regolamento della Camera dei deputati, il cui art. 96 *bis*, comma 7, dispone che il Presidente della Camera dei deputati debba dichiarare inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi della legge di conversione che non siano “strettamente attinenti” alla materia del decreto-legge. In questa sentenza la disposizione del regolamento parlamentare viene richiamata con particolare enfasi dalla Corte costituzionale (77), la quale, inoltre, in maniera inusuale, cita la lettera del Presidente del Senato della Repubblica del 7 marzo 2011 inviata ai Presidenti delle Commissioni parlamentari e, per conoscenza, al Ministro per i rapporti con il Parlamento (78), nonché al messaggio di rinvio alle Camere del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 4 del 2002 operato dal Presidente della Repubblica in data 29 marzo 2002 e alla lettera dello stesso Capo dello Stato inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri il 22 febbraio 2011 (79).

È significativa la posizione della Corte costituzionale quando rileva che “la Costituzione disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari”, precisando che “il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati”. L’ affermazione merita attenzione in quanto ne discende un importante corollario: essendo i regolamenti parlamentari volti a specificare quelle regole e quei limiti disciplinati dalla Costituzione a grandi linee, il rispetto di questi necessariamente implica il rispetto della normativa posta dai regolamenti parlamentari (80).

(76) Cfr. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, in *Rivista telematica giuridica dell’ Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, pag. 5.

(77) Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2, in cui si afferma che l’ art. 96 *bis*, comma 7, del regolamento della Camera dei deputati non è una norma che risponde “soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma [è] imposta dallo stesso art. 77 Cost.”, e di questo costituisce il principale strumento attuativo.

(78) In questa missiva, il Presidente del Senato della Repubblica esprimeva l’ esigenza “di ricondurre la decretazione d’ urgenza alle caratteristiche sue proprie di fonte normativa straordinaria ed eccezionale nel rispetto degli equilibri tra i poteri e le competenze degli organi costituzionali” e la necessità “di interpretare in modo particolarmente rigoroso, in sede di conversione di un decreto-legge, la norma dell’ art. 97, comma 1, del regolamento, sulla improponibilità di emendamenti estranei all’ oggetto della discussione”.

(79) Per la trattazione di questi atti del Capo dello Stato si rimanda al paragrafo 5 del presente capitolo.

Si pone di nuovo la questione della “parametrabilità” delle norme regolamentari (81) e della loro idoneità a fungere da riferimento per la verifica della legittimità costituzionale, sotto il profilo formale, degli atti legislativi (82). Fin dalla sentenza n. 9 del 1959 (83) si è affermata una distinzione tra le regole sul procedimento di formazione degli atti, finalizzata a graduarne la gravità: le regole procedurali poste dalla Costituzione e le regole procedurali contenute nei regolamenti parlamentari. Soltanto le prime determinano un vizio dell’atto rilevabile dalla Corte costituzionale, riservando alle seconde un ruolo all’interno dell’organizzazione dei lavori del Parlamento. Le norme regolamentari, anche se funzionali all’operatività delle regole costituzionali, continuano ad avere una rilevanza minore rispetto a quelle di natura costituzionale. Questo significa che il vizio formale, logicamente precedente a quello sostanziale, consente l’applicazione di un criterio più elastico, il quale comporta che, sulla base di una valutazione complessiva dell’atto, se non sussistono gravi violazioni procedurali, né violazioni sostanziali, il vizio di norme regolamentari è tacitamente superabile.

Nella sentenza n. 22 del 2012 il vizio formale sembra riconquistare una posizione rilevante, pur all’interno di un contesto di giurisprudenza costituzionale che, in via generale, conferma il pregresso orientamento (84), secondo il quale il sindacato di costituzionalità del processo formativo di una legge è limitato alle sole norme costituzionali che direttamente lo regolano

(80) Cfr. V. MARCENÒ, *L’eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in www.forumcostituzionale.it, pag. 5.

(81) Il tema è stato ampiamente discusso in dottrina; tra coloro che sostennero la capacità dei regolamenti parlamentari di condizionare la validità delle leggi cfr. MAZZIOTTI, voce *Parlamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, per il quale “la Costituzione non attribuisce solo ai regolamenti carattere esecutivo delle sue norme, ma dà alle norme regolamentari rilievo esterno, ponendone l’osservanza come condizione di validità delle leggi”; su posizioni intermedie cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, pag. 60, il quale, in un primo momento, ha ritenuto sindacabile l’osservanza da parte del Parlamento delle sole norme regolamentari che disciplinano il procedimento (distinte da quelle riguardanti le decisioni), mentre più recentemente ha delimitato la competenza della Corte costituzionale a due soli vizi del procedimento: la violazione diretta delle norme costituzionali ad esso relative e l’eccesso di potere parlamentare. Sul punto cfr. G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari ed indirizzo politico*, in *Scritti in onore di Tesaurò*, Milano, 1968, pag. 341; su posizioni diverse cfr. F. MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli interna corporis acta delle Camere*, in *Scritti in onore di Ambrosini*, II, Milano, 1970, pag. 1310. Infine a favore della “parametricità” delle norme regolamentari cfr. G. FLORIDA, voce *Regolamenti parlamentari*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pag. 99.

(82) Cfr. A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in *Cartabia*, Lamarque, Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, pag. 509.

(83) Cfr. P. BARILE, *Il crollo di un feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, I, 1959, pag. 240; cfr. C. ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione*, in *Giur. cost.*, 1957, pag. 1326. Inoltre cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, pag. 59.

(84) Cfr. Corte cost., sentt. nn. 147/83, 78 e 292/84, 391/95; identica impostazione si ritrova con riguardo ai regolamenti delle assemblee regionali, per la quale cfr. Corte cost. n. 57/57 e n. 40/60.

(85). Tuttavia, mediante la vincolatività del requisito della omogeneità, la Corte costituzionale afferma che il vizio derivante dalla violazione di una norma regolamentare e funzionale alla operatività della disciplina costituzionale non è più sanabile per la sussistenza di un accordo tra i gruppi parlamentari (86). In questo senso, la prescrittività della omogeneità delle norme come condizione di validità del decreto-legge e della legge di conversione è finalizzata a circoscrivere la “contrattazione” delle disposizioni da parte dei gruppi parlamentari e a ridurre i patologici sviamenti dal rispetto delle regole, anche formali, sulla produzione delle fonti. Ne deriva che il recupero della rilevanza del vizio formale da parte della Corte costituzionale tende a rendere il diritto conoscibile, in modo da restringere il più possibile le sue incertezze fisiologiche (87).

Inoltre, sempre nella sentenza n. 22 del 2012, un nuovo orientamento sembra profilarsi; nuovi indirizzi detta la Corte sia agli organi istituzionali sia alla riflessione dottrinale. Si afferma la concezione che vede la legge di conversione intrinsecamente connessa al decreto-legge, essendo questo “presupposto essenziale” (88) della legge del Parlamento, affinché entrambi gli atti siano considerati nel quadro di un “procedimento legislativo unitario” (89). La legge di conversione si configura come “tipizzata nella competenza” (90), “costretta a muoversi nel solco tracciato dal decreto stesso” (91), in quanto funzionalmente deputata a convertire il decreto-legge (92).

Ne deriva un “collegamento strutturale-funzionale” (93) tra i due atti, e le Camere non potranno emendare il disegno di legge di conversione con disposizioni estranee all’oggetto e al contenuto del decreto-legge; in tal caso, dovrebbe iniziare il procedimento di adozione di una vera e propria nuova legge ordinaria. La Corte costituzionale afferma come sia “lo stesso art. 77, secondo comma, Cost.” ad istituire “un nesso di interrelazione funzionale tra

(85) Cfr. M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d’urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, cit., pag. 8.

(86) Cfr. V. MARCENÒ, *L’eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, cit., pag. 5, la quale rileva che, per l’intrinseca cedevolezza di cui si ritiene siano connotate le norme dei regolamenti parlamentari, “la possibilità di distaccarsi dalla norma regolamentare rientra legittimamente nella facoltà delle forze politiche; il vizio formale, derivante dalla violazione di norme regolamentari, può reputarsi superato dal fatto materiale che le forze che operano in Parlamento sono concordi nell’agire senza tenerne conto, dalla constatazione che non vi è parte interessata a far valere il vizio”. Inoltre cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., Bologna 2011, pag. 569.

(87) Cfr. V. MARCENÒ, *L’eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, cit., pag. 7.

(88) Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., pag. 849.

(89) Cfr. V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, pag. 306.

(90) Cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, pag. 141.

(91) Cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., pag. 145.

(92) Cfr. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 8.

(93) Cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., pag. 144.

decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario” (94).

La riconosciuta “atipicità” della legge di conversione risiede, secondo la Consulta, non solo nel procedimento formale di approvazione ma anche nel contenuto della stessa, sentenziando che “l’oggetto del decreto-legge tende a coincidere con quello della legge di conversione”, e l’introduzione di emendamenti al testo originario del decreto-legge è possibile “nell’esercizio della propria ordinaria potestà legislativa”, purché “non si spezzi il legame essenziale tra decretazione d’urgenza e potere di conversione. Se tale legame viene meno, la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari, ma per l’uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge” (95). Se ne evince che il Parlamento, secondo l’impostazione adottata dalla Corte costituzionale, è chiamato a svolgere un ruolo di controllo dell’operato del Governo (96), al fine di preservare il sistema delle fonti e la forma di governo sulla base della configurazione prospettata dalla Costituzione; è stato rilevato che “la Corte ha dato una significativa “scossa” al sistema. [...] essa ha infatti indubbiamente “circoscritto” il potere legislativo parlamentare, affermando che in sede di conversione del decreto-legge le Camere non sono propriamente libere quanto ai contenuti dell’atto; anche se occorre subito precisare che non di vera e propria restrizione si tratta, bensì di una più corretta e coerente interpretazione delle diverse fonti che intervengono nel procedimento d’urgenza e del ruolo che esse vi rivestono” (97).

Pertanto, la violazione dell’art. 77 Cost. da parte di disposizioni eterogenee, aggiunte in sede di conversione, ripropone la configurabilità, come vizio autonomo, dell’eccesso di potere di conversione del legislatore, inteso quale sviamento del procedimento legislativo di conversione dalla sua causa tipica, quando la legge di conversione spezzi la *ratio* unitaria del provvedimento d’urgenza adottato (98).

(94) Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

(95) Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

(96) Cfr. S.M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *Giur.it*, 2012, pag. 2492.

(97) Cfr. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto-legge*, cit., pag. 12.

(98) Cfr. R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità” di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?* (nota a Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22), in *www.federalismi.it* n. 5/2012, pag. 7; inoltre cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. dir.*, 1996, pag. 428, il quale afferma

La sentenza n. 22 del 2012, quindi, riafferma il principio della separazione dei poteri, sottolinea la tipizzazione dei procedimenti legislativi posti dalla Costituzione (99), escludendo l'efficacia sanante della legge di conversione. Il controllo sulla omogeneità delle disposizioni ha come scopo ultimo quello di evitare il perpetuarsi di un comportamento patologico della decretazione d'urgenza, in modo da evitare che il decreto-legge, prima, e la legge di conversione, poi, sia trasformato "in una congerie di norme assemblate soltanto da mera causalità temporale" (100).

L'attenzione si sposta sulle possibili conseguenze di tale decisione sulle modalità di svolgimento del processo legislativo. Infatti, l'aver dichiarato costituzionalmente illegittima l'introduzione, in sede di conversione, di disposizioni che, e giova ripeterlo, in quanto "manifestamente eterogenee" nell'oggetto e/o nelle finalità, spezzano il "nesso funzionale" con il provvedimento d'urgenza da convertire comporta evidenti implicazioni sia sui rapporti tra Parlamento ed organi costituzionali di controllo sia sulla prassi di formazione delle disposizioni, aspetto sempre più rilevante in termini di ordinamento giuridico complessivo (101).

Nel tentativo di tirare le fila dell'argomentazione del presente studio, l'affermazione dell'esistenza di un potere di controllo della Corte costituzionale sugli emendamenti al decreto-legge, introdotti in sede di conversione, assume un significato particolare in relazione ai presupposti giustificativi. Infatti, l'aver riconosciuto che il vizio del decreto-legge derivante da "evidente mancanza" dei presupposti di necessità ed urgenza si trasferisce, inficiandola, anche alla legge di conversione fa conseguire che l'incostituzionalità si estende all'intera attività di conversione, e quindi anche alle modifiche introdotte in sede parlamentare.

Lo stretto legame che unisce il provvedimento governativo d'urgenza all'intervento parlamentare impedisce che quest'ultimo venga portato a termine positivamente in assenza di un legittimo decreto da convertire, e da questa premessa è impedito alle Camere di utilizzare il procedimento di conversione al fine di predisporre una nuova disciplina accanto a quella posta in essere da un provvedimento governativo incostituzionale. Inoltre, le disposizioni intro-

che "l'uso del potere di conversione per fini diversi da quelli di controllo previsti dalla Costituzione [integrebbe] un caso di *détournement de pouvoir*". L'Autore poi conclude che "l'eccezionalità del potere legislativo del Governo [...] non dipenda dalla contingente volontà parlamentare, ma sia stabilita, con valore cogente, dalla Costituzione, a salvaguardia del principio oggetto della separazione dei poteri", non potendo la legge formale sanare più di quanto la stessa Costituzione gli consente.

(99) Cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, cit., pag. 431, il quale rileva che "il Costituente ha voluto incanalare l'esercizio del potere legislativo su percorsi ben definiti, la cui tipicità rende costituzionalmente illegittima la loro sovrapposizione".

(100) Corte cost., sent. n. 22/2012, considerato in diritto n. 4.2.

(101) Cfr. L. SAVINI, *La prima prassi applicativa della sentenza Corte cost. 22/2012: verso un nuovo modello di produzione legislativa?*, in *Rass. Parl.* n. 2/2012, pag. 368.

dotte per via di emendamento vengono ad avere lo stesso regime giuridico delle disposizioni originariamente emanate dal Governo per sopperire al caso straordinario di necessità ed urgenza, facendo conseguire che ogni emendamento presentato in sede parlamentare va giustificato a sua volta dall'esigenza di fronteggiare nuovi casi straordinari di necessità ed urgenza legati allo stesso oggetto del decreto, altrimenti si introdurrebbero disposizioni ingiustificate che beneficerebbero delle procedure accelerate che la Costituzione e i regolamenti parlamentari stabiliscono per la conversione del decreto, senza seguire l'ordinaria programmazione dei lavori parlamentari (102).

Queste problematiche vanno analizzate seguendo il percorso seguito dalla Corte costituzionale per evidenziare il cambio di orientamento. Va, dunque, approfondita la situazione considerata nella sentenza n. 391 del 1995 (103) dalla cui analisi vanno tratti aspetti interessanti sul tema in esame (104). La Corte, infatti, afferma espressamente che la valutazione di necessità ed urgenza attiene soltanto alla fase di decretazione posta in essere dal Governo e "non può estendersi a quelle norme che le Camere, in sede di conversione, possano aver introdotto come disciplina aggiunta a quella dello stesso decreto, in quanto tale disciplina è imputabile esclusivamente al Parlamento" (105). La Corte, in questo caso, configura il potere di emendamento appartenente all'ordinaria attività legislativa del Parlamento, la quale si innesta nel procedimento di conversione, escludendo necessariamente che l'eventuale vizio del decreto derivante da evidente mancanza dei presupposti giustificativi possa travolgere la disciplina aggiunta in sede di conversione.

Questa soluzione desta perplessità se riferita a quanto qui già sostenuto e va poi ritenuta superata dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza del 2007 e del 2008; se infatti si afferma il pensiero che la legge di conversione costituisce una legge atipica, configurandosi come tappa finale di un procedimento che

(102) Cfr. L.CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. Giur. It.*, X, Roma, 1988.

(103) Cfr. Corte cost. sent. 391/1995 in *Giur. Cost.*, 1995, pag. 2825.

(104) Con tale sentenza la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 *bis* della legge n. 359 del 1992 di conversione del d.l. n. 333 del 1992, recante "misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica, sollevata in relazione agli artt. 72 e 77 Cost. Tale articolo, introdotto alla Camera in Commissione referente, era stato approvato senza una specifica deliberazione dell'Assemblea, in quanto il Governo aveva posto la questione di fiducia sull'articolo unico del disegno di legge di conversione, cui la disposizione censurata risultava allegata; infatti, come da prassi, gli emendamenti, i subemendamenti e gli emendamenti aggiuntivi vengono inseriti in allegato all'articolo unico della legge di conversione, ai sensi dell'art. 15, comma 5, della legge 400/88. Tale disposizione risultava censurata sotto tre differenti profili: prima di tutto, si contestava la mancata sottoposizione dell'articolo introdotto dalla Camera alla procedura di esame preventivo sulla sussistenza dei presupposti giustificativi prevista dall'art. 96 *bis* reg. Camera; in secondo luogo, si denunciava l'estraneità della disposizione oggetto del decreto-legge; infine si contestava il mancato rispetto, a causa della proposizione da parte del Governo della questione di fiducia, della prescrizione di cui all'art. 72, comma 1, Cost., il quale dispone che la votazione debba avvenire "articolo per articolo".

(105) Cfr. Corte cost. sent. 391/1995, cit., punto 4 in diritto.

ha il suo inizio con l'emanazione del decreto-legge ne derivano precise conseguenze sul piano dell'emendabilità del decreto stesso in sede parlamentare. Il potere di emendamento non può essere considerato indipendente ed autonomo rispetto al procedimento di conversione proprio perché si è visto che l'approvazione di modifiche al decreto-legge è strettamente consequenziale alla stessa conversione, che ne costituisce un inevitabile e necessario presupposto (106). Il potere legislativo che il Parlamento esplica nell'adozione degli emendamenti, inserendosi quindi nell'ambito della fase di conversione e non in un momento successivo, rafforza lo stretto rapporto di dipendenza con il disegno di legge di conversione e in forza di questo deve sottostare ai vincoli propri del decreto-legge. Se mancano i presupposti costituzionali, tutto il procedimento che scaturisce dal decreto viene inficiato: non soltanto la legge di conversione in sé ma anche le ulteriori modifiche che il Parlamento pone. Questo è stato evidenziato nei commenti alla sentenza n. 128 del 2008, quando si afferma che “è viziato l'emendamento incoerente con le finalità del decreto-legge privo dei presupposti giustificativi” (107) oppure dove si sostiene che “non solo le disposizione originarie del decreto-legge ma anche ogni disposizione ulteriore aggiunta al testo dello stesso in sede di conversione deve essere motivata da ragioni di straordinaria necessità ed urgenza, pena la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 77 Cost.” (108).

Quanto detto non vuole escludere del tutto la possibilità di apportare modifiche, in sede di conversione, al decreto-legge ma vuole sottolineare la configurazione di una precisa limitazione del potere di emendamento; sono cioè ammissibili parziali correzioni in ambito parlamentare, ma queste possibili modificazioni non devono essere tali da modificare radicalmente la sostanza del decreto-legge da convertire, violando i presupposti che lo hanno originato (109).

5. *Contraddizioni ed incoerenze della giurisprudenza costituzionale.*

Il principio della limitata emendabilità della legge di conversione è riproposto con la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale.

Chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della modifica del T.U. stu-

(106) Cfr. G. SILVESTRI, *op. cit.* pag. 426, il quale afferma che “l'introduzione di emendamenti comporta una contaminazione tra due distinti poteri, il potere di conversione e quello di legislazione ordinaria, previsti dalla Costituzione in capo al Parlamento per finalità diverse, con tutte le conseguenze di incertezza e confusione derivanti dal loro uso improprio e fuorviato”.

(107) Cfr. A. PACE, *L'incostituzionalità dell'emendamento “blocca processi”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(108) Cfr. D. CHINNI, *Un passo avanti, con salto dell'ostacolo, nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Ri. Giur. It.*, 2008.

(109) Corte cost. sent. 171/2007, punto 5 in diritto, in cui si afferma che “le disposizioni della legge di conversione in quanto tali, nei limiti cioè in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto delle disposizioni del decreto, non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso”.

pefacenti (110), compiuta per mezzo di maxi-emendamento durante la conversione del d.l. n. 272/2005, la Corte afferma che “dalla connotazione di legge a competenza tipica derivano i limiti alla emendabilità del decreto-legge” (111), e precisa che “l’*iter* semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l’atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare”. Il vizio procedurale che ne deriva è peculiare e “per sua stessa natura può essere evidenziato solamente attraverso un esame del contenuto sostanziale delle singole disposizioni aggiunte in sede parlamentare, posto a raffronto con l’originario decreto-legge”.

Va rilevato che la Corte, discostandosi da uno dei cardini della sentenza n. 22/2012, non afferma la sindacabilità del vizio solo nei casi di “evidente estraneità”, sulla falsariga del controllo sulla “evidente mancanza” dei presupposti del decreto-legge. Infatti non viene compiuto alcun riferimento “al fatto che la Corte potrebbe censurare la disomogeneità solo quando “evidente”, sottolineandosi anzi che la “legge di conversione deve avere un contenuto omogeneo a quello del decreto-legge” e che si ha violazione dell’art. 77 Cost. quando, attraverso l’utilizzo del potere di emendamento, si intenda adottare “una disciplina estranea”. È soltanto quando viene a compiersi lo scrutinio sulle disposizioni impugnate che torna a essere evocata l’ “evidente estraneità” di queste ultime (112).

Inoltre, in un passaggio sul finire della sentenza 32/2014, laddove la Corte afferma che “nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere”.

Nella sentenza n. 22/2012, invece, la Corte costituzionale aveva osservato, come si è già rilevato, che l’approvazione di norme eterogenee realizza un “uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge” (113). Appare quasi negarsi il potere di

(110) Cfr. A. SPERTI, *Il Testo Unico sugli stupefacenti al capolinea?*, in *Quad. cost.* 2013, pag. 432 ss.; cfr. U. ADAMO, *Sulla (mancata) sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione (che equipara ai fini sanzionatori le droghe leggere con quelle pesanti) con quelle del decreto-legge convertito (sulle olimpiadi invernali di Torino)*, in *rivistaaic.it*, ottobre 2013.

(111) Considerato in diritto, § 4.1.

(112) Cfr. A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge (in margine alla sent. n. 32 del 2014)* in *www.federalismi.it*, *Focus sulle fonti*, n. 1/2014, il quale osserva come la Corte nella sent. n. 32/2014 “abbandoni (o quanto meno dimentichi) la via incerta del controllo sui presupposti per concentrarsi sulla natura della legge di conversione. In fondo, perché intestardirsi nella complessa verifica di un elemento politico-fattuale come i presupposti rispetto alle norme “intruse”, comunque difficilmente verificabile *ex post*?”.

(113) G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quad. cost.* 2014, pag. 397.

emendare i decreti-legge evocando la figura, di origine amministrativistica, della carenza di potere (114).

Il consolidamento del principio della limitata emendabilità della legge di conversione è rimesso in discussione da tre decisioni della Corte costituzionale, due precedenti e una successiva alla sent. n. 32/2014, che con quel principio non risultano pienamente conciliabili.

Nel giudizio di costituzionalità chiusosi con l'ord. n. 34/2013, richiamata dalla Corte, alla pari della sent. n. 22/2012, nella sent. n. 32/2014, la disposizione censurata e inserita in sede di conversione (art. 11-*quater*, comma 4, del d.l. n. 203 del 2005) era originariamente contenuta in altro decreto-legge (art. 2 del d.l. n. 221 del 2005), non convertito e quindi decaduto dopo che era stata approvata la legge n. 248 del 2005, di conversione del d.l. n. 203 del 2005. La Corte ha tuttavia escluso che la disposizione impugnata fosse eterogenea rispetto al decreto-legge in cui era stata inserita (115). Tuttavia, l'inserimento, in sede di conversione, di un articolo di 11 commi già contenuto in altro decreto-legge ancora vigente, si pone in contrasto con lo scopo tipico di convertire in legge il decreto e con il potere di emendamento, a prescindere dalla valutazione di omogeneità tra l'articolo inserito e il resto del *corpus* normativo.

Sono, poi, soprattutto la sent. n. 237/2013 e l'ord. n. 59/2014 a destare perplessità. Era stato impugnato l'art. 1, comma 2, della legge n. 148 del 2011, di conversione del decreto-legge n. 138 del 2011, in quanto norma intrusa rispetto all'oggetto del decreto-legge convertito: con tale disposizione si delegava il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi per riorganizzare la distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.

Nonostante la Corte abbia, in passato, escluso che la prassi di inserire norme di delega in sede di conversione di decreti-legge, fosse incostituzionale (116), alla luce dei principi delineati nella sent. n. 22/2012 e confermati nella

(114) Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, pag. 1044.

(115) Cfr. D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, *Focus sulle fonti*, n.1/2014, il quale osserva che “in tale caso non può propriamente parlarsi di «conversione mascherata», secondo la felice definizione di A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 324, perché, salvo nostro errore, non sono stati fatti altresì salvi gli effetti del decreto-legge non convertito. Il che, peraltro, non toglie che si è certo dinanzi a un episodio particolare: si pensi soltanto al fatto che, all'entrata in vigore della legge di conversione, era ancora vigente il decreto-legge in cui era originariamente inserita la disposizione impugnata, di talché si dovrebbe a rigore sostenere che quest'ultima ha abrogato per riproduzione la disposizione gemella del decreto-legge”.

(116) Cfr. sent. n. 68/1998. Criticamente su questa prassi cfr. A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza*, cit., pag. 202 ss.; cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., pag. 145 ss.; 402 ss.; cfr. G. SERGES, *Brevi note*, cit., pag. 316.; cfr. M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano 2009, pag. 60 ss.; cfr. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, ivi, pag. 202; cfr. R. DI CESARE, *Omogeneità del decreto-legge e introduzioni di deleghe legislative*, in *Quad. cost.* 2005, pag. 867.

sent. n. 32/2014 appare difficile ipotizzare che la legge di conversione sia idonea a conferire una delega legislativa. Nella sent. n. 237/2013, invece, il giudice costituzionale, da un lato, conferma la possibilità che, in sede di conversione, sia approvata una norma di delega, dall'altro, afferma che "anche l'introduzione, nella legge di conversione, di una disposizione di delega deve essere coerente con la necessaria omogeneità della normativa di urgenza".

Il tentativo della Corte di rimanere coerente a due diversi orientamenti giurisprudenziali, distinti nei loro presupposti teorici, finisce per rendere incerta la natura della legge di conversione e indefinito il limite del potere di emendamento.

Pertanto, l'attuazione dei principi di cui alle sent. nn. 22/2012 e 32/2014 è ancora alla ricerca di uno sviluppo coerente e certo, capace di garantire il delicato equilibrio tra Governo e Parlamento delineato dall'art. 77 della Costituzione. La metamorfosi della decretazione d'urgenza ha la sua causa nell'esagerato proliferare di provvedimenti governativi e nella pluralità di contenuti che essi presentano. Risulterebbe infatti inadeguato un controllo stretto in sede di conversione se non venisse accompagnato da un maggior rigore costituzionale in sede di adozione del decreto-legge stesso.

English abstract: The aim of this essay is to discover the nature and effects of law of conversion, which is that particular kind of statute devoted to convert in parliamentary legislation that normative acts of the executive power that is called "decree law. The power conversion of the Parliament is not configured as a legislative power in the true sense and, therefore, the conversion law should be seen as a typical law expertise predetermined. This has important consequences on the power of amendment of the decree - law during the conversion process. The Constitutional Court has come to affirm the typical function of the conversion law and the limits that come with it.

Key words: Decree-law; Law of conversion; Power of conversion; Power of amendment of the decree - law; Typical function of the conversion law.

L'ordine logico di esame del ricorso principale ed incidentale alla luce dei recenti arresti dell'Adunanza Plenaria

David Romei*

SOMMARIO: 1. Il ricorso incidentale: origine e funzione - 2. (segue) La natura giuridica del ricorso incidentale - 3. L'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale nel contenzioso sugli appalti pubblici: premessa - 4. La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 - 5. Il cambio di rotta dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 - 6. L'intervento della Corte di Giustizia CE e il "monito" delle Sezioni Unite - 7. I recenti arresti dell'Adunanza Plenaria: le sentenze nn. 7 e 9 del 2014 - 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: il ricorso incidentale. Origine e funzione.

La dottrina tradizionale definisce il ricorso incidentale come un'impugnazione autonoma riconosciuta per la tutela di un interesse legittimo contrapposto a quello che sorregge il ricorso principale (1). In particolare, il ricorso incidentale è ricostruito in chiave di "mezzo di impugnazione proposto dal controinteressato nei confronti del provvedimento impugnato, ma in una parte o per motivi diversi da quelli fatti valere dal ricorrente principale, ovvero nei confronti di un atto connesso rispetto al provvedimento impugnato" (2). Il controinteressato, tramite il ricorso incidentale, mira, infatti, a paralizzare l'azione del ricorrente principale, al fine di preservare gli effetti vantaggiosi che per lui discendono dal provvedimento impugnato in via principale, attraverso un ampliamento dell'originario *thema decidendum* del giudizio (3).

L'interesse azionato dal ricorrente incidentale, mirando al mantenimento dell'assetto di interessi delineato dall'Amministrazione con il provvedimento

(*) Avvocato del libero Foro, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

In tema su questa *Rassegna*:

STEFANO VARONE, *Corte di Giustizia UE 4 luglio 2013 causa C-100/2012: note minime sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale "escludente"*, 2013, vol. 2, p. 37;

SERGIO MASSIMILIANO SAMBRI, AMALIA MUOLLO, *La Corte di Giustizia Europea censura l'Adunanza Plenaria. Note a margine della Sentenza 4 luglio 2013 C-100/12*, 2014, vol. 1, p. 63;

ROBERTA COSTANZI, *Sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale "escludente" nel processo amministrativo: la parola ritorna al giudice comunitario* (nota a Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ord. 17 ottobre 2013 n. 848), 2014, vol. 1, p. 179;

ANGELA FRAGOMENI, *Il problema (irrisolto) del rapporto tra esame del ricorso principale e ricorso incidentale alla luce dei principi comunitari*, 2014, vol. 2, p. 324.

(1) In questo senso CATALLOZZI, *Ricorso incidentale, I) giudizio amministrativo*, in *Enc. giur. Trecani*, Roma, XXVII, 1991.

(2) Così GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in GIOVAGNOLI - FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel giudizio di primo grado e in appello*, Milano, Giuffrè, 2008, 53.

(3) Cfr. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit., 53; CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

impugnato in via principale, è, di conseguenza, diametralmente opposto rispetto al quello vantato dal ricorrente principale. La sua insorgenza, è, pertanto, direttamente occasionata dalla proposizione del ricorso principale, differenziandosi la posizione di interesse legittimo del ricorrente incidentale soltanto a seguito dell'impugnazione del provvedimento originario. Solo con la proposizione del ricorso principale, dunque, l'interesse, fino ad allora meramente virtuale, del controinteressato, acquisisce il carattere dell'attualità (derivante dalla possibilità dell'annullamento del provvedimento in seguito all'accoglimento del ricorso principale), legittimandolo alla proposizione dell'impugnativa (4).

Due sono, quindi, i presupposti necessari ai fini dell'ammissibilità del ricorso incidentale (5):

a) il primo, di carattere negativo, rappresentato dall'assenza di una lesione attuale in capo al controinteressato, che, se sussistente *ab origine*, avrebbe comportato l'onere di proposizione dell'impugnazione in via principale;

b) il secondo, di carattere positivo, rappresentato dalla sussistenza di una lesione virtuale della posizione del controinteressato, derivante dal possibile accoglimento del ricorso principale.

La caratteristica tipica del ricorso incidentale è, dunque, la sua accessorietà rispetto al ricorso principale, veicolando un interesse ad opporre censure nei confronti del ricorrente principale divenuto attuale e concreto solo in seguito alla proposizione del ricorso principale (6). Viceversa, un interesse legittimo che fosse sorto in diretta ed immediata conseguenza dell'adozione di un precedente provvedimento amministrativo non legittimerebbe il soggetto che si avvale di tale posizione giuridica soggettiva ad impugnare tardivamente i provvedimenti pregressi, come tali suscettibili di contestazione in via diretta ed autonoma.

Dall'accessorietà del ricorso incidentale discende la conseguenza che tale mezzo giammai può essere proposto per ottenere l'annullamento del provvedimento originariamente impugnato (o di altro provvedimento con questo connesso) al fine di conseguire un vantaggio ulteriore rispetto a quelli già riconducibili al provvedimento gravato, potendo esclusivamente mirare a difendere la posizione soggettiva del controinteressato (o dell'Amministrazione resistente), virtualmente lesa dal ricorso principale.

(4) Cfr. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit., 53-54; CAPONIGRO, *op. cit.*; VILLATA - BERTONAZZI, *Sub commento all'art. 42*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di QUARANTA - LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2010.

(5) Cfr. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit., 53-54.

(6) In questo senso GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit.; CAPONIGRO, *op. cit.* In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Molise, sez. I, 15 novembre 2011, n. 734, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, 3553. *In terminis* già Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana, sez. I, 30 giugno 1995, n. 249, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 luglio 1998, n. 1408, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, sez. I, 10 aprile 1997, n. 762, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 11 marzo 1997, n. 204, in www.giustizia-amministrativa.it.

Nonostante la strategica rilevanza processuale dello strumento del ricorso incidentale, tale rimedio non ha storicamente ricevuto una compiuta disciplina normativa.

Introdotta nel processo amministrativo dall'art. 5, l. 7 marzo 1907, n. 62 (recante la "*Legge sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*"), il ricorso incidentale era, in origine, equiparato dal legislatore alle memorie, da cui si distingueva soltanto poiché sottoposto alle forme prescritte dalla legge per il ricorso principale ed a termini perentori per la sua proposizione (7).

La disciplina originaria venne, poi, pressoché pedissequamente trasfusa nell'art. 37, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 (recante "*Approvazione del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato*").

Soltanto con l'art. 22, l. Tar, il ricorso incidentale è assunto a strumento autonomo e differente (seppur più sintatticamente che sostanzialmente) rispetto alle memorie ed alle istanze di parte. Malgrado la raggiunta autonomia, la nuova disposizione si limitava soltanto a stabilire che il ricorso andasse proposto secondo le forme e i termini previsti dall'art. 37, t.u. Cons. St., con l'unica precisazione per cui esso non era efficace se proposto successivamente alla rinuncia del ricorso principale o alla sua declaratoria di improcedibilità per tardività (8).

È solo con l'emanazione del codice di rito che il ricorso incidentale è divenuto autonomo strumento processuale munito, come tale, di peculiare disciplina processuale.

In particolare, l'art. 42 c.p.a., stabilisce che "*le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale*". Il ricorso incidentale, che dev'essere notificato ai sensi dell'art. 41 alle controparti personalmente o, se costituite, nel domicilio eletto, ha, dunque, il medesimo contenuto prescritto per il ricorso principale dall'art. 40 c.p.a. e dev'essere depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'art. 45 (9).

(7) La norma prevedeva che, "*nel termine di trenta giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso, l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti e anche un ricorso incidentale con le stesse forme prescritte per il ricorso*".

(8) L'art. 22, l. Tar, stabiliva che "*nel termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso, l'organo che ha emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate possono presentare memorie, fare istanze e produrre documenti. Può essere anche proposto ricorso incidentale secondo le norme degli articoli 37 del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e 44 del regolamento di procedura avanti alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 17 agosto 1907, n. 642*".

(9) Nel rito appalti tutti i termini - ivi compresi quelli relativi alla notificazione ed al deposito dei ricorsi incidentali - sono dimezzati ex artt. 119 e 120 c.p.a.

Diversamente dal passato, la disposizione codicistica indica specificamente i soggetti legittimati a proporre impugnativa incidentale, individuandoli tanto nei controinteressati, quanto nelle parti resistenti, ivi compresa, dunque, l'Amministrazione che ha emesso il provvedimento impugnato in via principale (la quale potrà, ad esempio, dolersi di provvedimenti adottati da altre amministrazioni posti in rapporto di presupposizione rispetto a quelli gravati) (10).

L'art. 42, comma 4, c.p.a., reca, poi, una dettagliata disciplina in ordine ai criteri di individuazione del giudice competente a conoscere delle impugnazioni incidentali. La norma attribuisce, infatti, la cognizione del ricorso incidentale al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta alla competenza del T.A.R. Lazio, sede di Roma, ovvero alla competenza funzionale di un altro T.A.R.; in tal caso la competenza a conoscere dell'intero giudizio spetterà, infatti, al T.A.R. Lazio, sede di Roma, ovvero al T.A.R. funzionalmente competente ai sensi dell'art. 14 c.p.a.

Al riguardo il codice di rito pone fine ad un'accesa disputa dottrina in ordine alla questione se la connessione tra ricorso principale ed incidentale potesse o meno determinare uno spostamento della competenza territoriale nel caso in cui con quest'ultimo fosse impugnato un atto diverso da quello gravato in via principale la cui cognizione dovesse essere rimessa alla competenza funzionale di un differente T.A.R.

Un orientamento più risalente riteneva, infatti, che, nel silenzio della legge, la competenza territoriale sulla domanda principale dovesse ritenersi assorbente rispetto a quella sulla domanda accessoria. La proposizione del ricorso incidentale, di conseguenza, non avrebbe mai potuto determinare uno spostamento della competenza territoriale neanche nel caso in cui con quest'ultimo si impugnasse un atto emanato da un'Amministrazione centrale dello Stato e avente efficacia spaziale illimitata (11).

In senso opposto, altra dottrina riteneva, invece, che l'inderogabilità della competenza funzionale, unitamente al vincolo di connessione sussistente tra i due ricorsi (principale ed incidentale), dovesse necessariamente determinare l'attrazione della controversia innanzi al T.A.R. funzionalmente competente (12).

Come rilevato *supra*, il legislatore codicistico ha optato per tale ultima soluzione, sancendo la prevalenza della competenza del T.A.R. centrale, qua-

(10) Per un'attenta disamina della questione sotto il vigore della disciplina *ante codicem* cfr., fra gli altri, GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit.; CAPONIGRO, *op. cit.*; FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, IV, 1058. Per un'analisi della disciplina codicistica si vedano, invece, VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*

(11) STELLA RICHTER, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975, 88.

(12) BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 680.

lora quest'ultimo Tribunale sia territorialmente competente a conoscere del ricorso incidentale.

2. (segue) *La natura giuridica del ricorso incidentale.*

L'indagine in ordine alla natura giuridica del ricorso incidentale ha tradizionalmente costituito uno degli aspetti più problematici dell'istituto, che ha alimentato un dibattito dottrinale particolarmente articolato (13).

Secondo una prima teoria, il ricorso incidentale sarebbe inquadrabile nella categoria delle eccezioni processuali di rito, essendo finalizzato esclusivamente a far valere l'inammissibilità del ricorso principale, senza che dalla sua proposizione possa derivare un ulteriore vantaggio a favore del ricorrente incidentale (14). Secondo tale impostazione, dunque, il ricorso incidentale si qualificherebbe come un'impugnazione puramente ipotetica, costituendo uno strumento processuale diretto soltanto a dimostrare la legittimità sostanziale dell'assetto di interessi originato dal provvedimento amministrativo impugnato.

Da tale qualificazione del ricorso incidentale discendono una serie di corollari (15): *a*) la non perentorietà del termine per la sua proposizione, il quale avrebbe la sola funzione di impedire la trattazione della causa prima della sua decorrenza; *b*) la legittimazione dell'amministrazione che ha emanato l'atto ad avvalersi del rimedio al fine di dimostrare, con ogni mezzo, la legittimità del provvedimento adottato; *c*) la non necessità di ampliare il contraddittorio nei confronti dei terzi, ai quali non potrebbe derivare alcun pregiudizio dall'accoglimento del ricorso incidentale, essendo questo teso soltanto ad ottenere la caducazione dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale.

Un differente e più condivisibile orientamento dottrinale assimila, di contro, il ricorso incidentale ad una domanda riconvenzionale, ritenendo che, per il suo tramite, il controinteressato proponga un'azione contraria a quella proposta dal ricorrente principale idonea ad introdurre nel giudizio un nuovo *thema decidendum* (16).

Il ricorso incidentale, non avrebbe, quindi, come unico fine quello della declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, ma sarebbe finalizzato anche ad ottenere (ove richiesto dalla parte) l'annullamento del provvedimento impugnato in via incidentale per motivi diversi da quelli fatti valere dal ricorrente originario.

(13) Per un'approfondita disamina del tema si veda, per tutti, TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 251.

(14) SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 424; VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 56; ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388), in *Dir. proc. amm.*, 1997, 555.

(15) Sul punto si veda, in particolare, VACIRCA, *op. cit.*, 59.

(16) Tra i sostenitori della tesi CATALLOZZI, *op. cit.*; BACCARINI, *op. cit.*, 651.

Un'isolata e risalente dottrina ha ricostruito il ricorso incidentale in termini di semplice mezzo di concentrazione delle impugnazioni (17). Secondo questa tesi, infatti, una volta notificato il ricorso principale, tutte le impugnazioni successive, indipendentemente dalla natura dell'interesse legittimo fatto valere e dall'eventuale decorrenza del termine per impugnare, dovrebbero essere incardinate tramite lo strumento del ricorso incidentale.

La dottrina più recente appare condivisibilmente orientata nel senso di riconoscere al ricorso incidentale natura composita e non aprioristicamente determinabile (18). Secondo tale impostazione, rafforzata anche dalle innovazioni introdotte dal codice del processo amministrativo (19), il ricorso incidentale presenta un contenuto complesso, a seconda che lo stesso sia diretto ad ottenere esclusivamente la declaratoria di inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale, ovvero, anche l'annullamento del provvedimento originariamente impugnato (o di altri provvedimenti ad esso connessi). In base alla funzione effettivamente svolta, pertanto, il ricorso incidentale potrà assumere una portata meramente conservativa (nel senso di essere diretto solamente al rigetto del ricorso incidentale), ovvero orientativa della funzione amministrativa (qualora sia indirizzato all'annullamento del provvedimento impugnato in via incidentale).

3. *L'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale nel contenzioso sugli appalti pubblici: premessa.*

In linea generale, in considerazione dell'accessorietà che lo caratterizza, il ricorso incidentale dev'essere esaminato dal giudice successivamente a quello principale e soltanto in caso di riconosciuta (astratta) fondatezza di quest'ultimo, innestandosi in seno al processo (il più delle volte) come eccezione processuale (20).

Esistono, però, delle ipotesi (tipicamente ricorrenti nel contenzioso in materia di appalti pubblici) in cui l'esame del ricorso incidentale può (o deve) precedere quello del ricorso principale. Si tratta, in particolare, dei casi in cui, tramite il ricorso incidentale, vengano sollevate questioni che presentano posizione di priorità logica rispetto a quelle agitate con il ricorso principale, quali, ad es., quelle che, impingendo direttamente sull'esistenza dell'interesse a ricorrere in capo al ricorrente principale, pur profilandosi come questioni di me-

(17) PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 205.

(18) Cfr. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit., 717; VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 936; TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, 260; BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra «oscillazioni» giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in www.federalismi.it.

(19) Cfr., sul punto, VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*; BENETAZZO, *op. cit.*

(20) Cfr., fra gli altri, GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit.; FERRARI, *op. cit.*; CAPONIGRO, *op. cit.*

rito, attengono all'esistenza di una condizione dell'azione e, dunque, ad una questione pregiudiziale di rito (21).

In questo senso depone, del resto, lo stesso codice del processo amministrativo, il cui art. 76, comma 4, nel disciplinare le modalità di delibazione della decisione da parte del Collegio, richiama l'applicabilità dell'art. 276, comma 2, c.p.c., il quale sancisce il principio processuale di carattere generale, secondo cui il giudice, nel decidere sulle questioni propostegli, deve esaminarle secondo l'ordine logico con cui le stesse si presentano, iniziando da quelle contenenti pregiudiziali di rito (22).

Aspetti di maggiore problematicità si pongono laddove entrambi i ricorrenti (principale ed incidentale) contestino la rispettiva legittimazione ad agire e le rispettive ammissioni alla gara. La dottrina e la giurisprudenza si sono lungamente interrogate se, anche in tale eventualità, la regola processuale da seguire sia sempre quella dell'esame preliminare del ricorso incidentale, ovvero, se debba trovare applicazione la regola generale che prescrive il preventivo esame del ricorso principale (23).

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, nel caso di procedure di gara con due soli concorrenti, qualora con entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) venga in contestazione il titolo di partecipazione di ciascun ricorrente, la *regula iuris* da seguire sarebbe quella del loro contemporaneo esame. In tali casi, infatti, l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, conseguente all'accoglimento congiunto di entrambi i ricorsi, sarebbe sufficiente a configurare un interesse attuale, concreto e differenziato in capo al ricorrente principale e, dunque, a garantire l'esistenza delle condizioni legittimate all'azione che rendono ammissibile il ricorso (24).

Una differente impostazione ermeneutica, ritenendo, che l'interesse alla rinnovazione della gara vantato dal ricorrente si configurerebbe quale mero interesse di fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, essendo la sua posizione sostanzialmente e processualmente equiparabile a quella di un qualunque soggetto che non abbia preso parte alla procedura di gara,

(21) Cfr., per tutti, VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*, 422.

(22) Cfr. VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*, 422; VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 317; MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 614-615.

(23) Per un'approfondita ricostruzione giurisprudenziale del contrasto si veda FIGUERA, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. Amm.*, 4/2008, 1066.

(24) In questo senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3097, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1784; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356; *id.* 14 aprile 2006, n. 2095, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1194; 7 aprile 2006, n. 1877, in www.giustizia-amministrativa.it; 15 novembre 2001, n. 5839, in *Giur. It.*, 2002, 624. *In terminis*, già Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 22 dicembre 1995, n. 388, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 554, con nota critica di ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*; nonché, più recentemente, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 8 marzo 2005, n. 97, in *Rass. amm. Siciliana*, 2005, 413.

sostiene, di contro, il principio per cui il giudice sarebbe sempre tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale (25).

Un fondamentale snodo interpretativo sulla questione è indubbiamente rappresentato dalla decisione 8 maggio 2002, n. 2468 (26), con la quale la V Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto che, nelle ipotesi in cui alla procedura concorsuale partecipano più di due soggetti, sia sempre necessaria la valutazione preliminare del ricorso incidentale che contesti la legittimazione attiva del ricorrente principale, anche quando la domanda originaria mira ad affermare l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario, poiché il preventivo accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo, accompagnato dall'inammissibilità del ricorso, determinerebbe un esito iniquo ed inutile dal punto di vista pratico. Infatti, in tali casi, l'accoglimento contestuale di ambedue i ricorsi, risolvendosi in un annullamento di entrambi gli atti di ammissione, determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti poiché il vantaggio riguarderebbe la sfera giuridica di una diversa parte (il terzo partecipante alla gara). Peraltro, diversamente opinando - proseguono i Giudici di Palazzo Spada - la posizione del controinteressato, vincitore della gara, non potrebbe mai essere tutelata mediante l'affermazione dell'illegittima ammissione del ricorrente principale alla procedura selettiva considerato che la denunciata illegittimità, riferita alla carenza dei requisiti soggettivi dell'altra parte, non potrebbe mai essere fatta valere con un autonomo ricorso, perché:

a) nel corso della procedura, l'atto di ammissione, avendo natura endoprocedimentale, non è autonomamente impugnabile;

b) all'esito della procedura di gara, il vincitore non vanta alcun interesse differenziato a contestare l'ammissione degli altri concorrenti, avendo conseguito la massima utilità sostanziale offerta dalla procedura;

c) in caso di infondatezza del ricorso principale, il ricorso incidentale sarebbe privo di interesse;

d) in caso di accoglimento del ricorso principale, il controinteressato non sarebbe comunque legittimato a contestare il titolo di legittimazione del ricorrente principale.

Solamente nelle gare con due soli concorrenti (conclude il Collegio), in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi c.d. escludenti (o paralizzanti), potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali, in quanto il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria do-

(25) Sull'insufficienza del mero interesse strumentale alla ripetizione della gara a sorreggere l'impugnazione cfr. Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326, in *Foro amm. CdS*, 2008, 9, 2461; Cons. St., sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711, in *Foro amm. CdS*, 2006, 5, 1439.

(26) In *Foro amm. CdS*, 2002, 1245, e in *Cons. Stato*, 2002, I, 1070.

manda, otterrebbe, comunque, un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'Amministrazione.

Il principio inaugurato dal Consiglio di Stato nel 2002, è stato, però, ben presto messo in discussione da alcune successive decisioni dello stesso Supremo Consesso, le quali hanno affermato che il ricollegare incondizionatamente un effetto paralizzante al ricorso incidentale *“finisce con l'assegnare all'aggiudicatario un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento”* (27), lesiva del principio (anch'esso di rilevanza costituzionale) della perfetta parità della posizione delle parti in causa.

4. La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008.

La risoluzione del richiamato contrasto giurisprudenziale, è stata, per la prima volta, rimessa (28) al vaglio dell'Adunanza Plenaria, che ha affrontato la questione con sentenza del 10 novembre 2008, n. 11 (29).

La Plenaria, aderendo alla tesi fatta propria dalla Sezione V nell'ordinanza di rimessione e nella precedente sentenza n. 5811/2007, ha stabilito i criteri da seguire nella definizione dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nei giudizi in materia di appalti pubblici tanto nelle ipotesi di gare in cui siano ammessi almeno tre offerenti, quanto in quelle in cui vi siano soltanto due partecipanti.

Nel primo caso - ritiene la Plenaria - il giudice dovrà esaminare prima il ricorso incidentale (come, ad es., nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario di una gara abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale). Infatti, in caso di accoglimento del ricorso incidentale, l'impresa ricorrente principale non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione dell'aggiudicatario, l'Amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione le offerte presentate dalle altre

(27) Così Cons. St., sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'esame del ricorso incidentale dovrebbe sempre seguire quello del ricorso principale e soltanto nel caso in cui sia stata accertata l'astratta fondatezza di quest'ultimo. In senso contrario alle conclusioni rassegnate dalla sentenza n. 2468/2002 anche Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3765, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *id.* 30 dicembre 2006, n. 8265, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 21 giugno 2006, 3689, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1812; *id.* 13 settembre 2005, n. 4692, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 aprile 2007, n. 1095, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1534, con nota adesiva di SPAGNUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale: brevi note in tema di ricorso incidentale*.

(28) In particolare, la questione venne rimessa alla plenaria dalla Sezione V con ordinanza del 5 giugno 2008, n. 2669, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 919, con nota di VILLATA.

(29) In *Foro amm. CdS*, 2008, 11, 2939, con nota critica di CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, e in *Foro amm. CdS*, 2008, 12, 3308, con nota di TROPEA, *La plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti)*.

imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili. Il ricorso principale dovrà, dunque, essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione poiché proposto da un'impresa che non può ottenere alcuna utilità dal giudizio. Nulla osterebbe, però, a che il giudice proceda all'esame preliminare del ricorso principale, ove questo sia infondato, al fine di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale. In tutti questi casi, infatti, il Collegio potrà ispirarsi alle esigenze di economia processuale per determinare discrezionalmente l'ordine di trattazione dei ricorsi, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé, comunque, si produrrebbe anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni.

Viceversa, nella seconda ipotesi, *“per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara. Pertanto in tale ipotesi il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore”* (30).

Nel caso di gare con due soli partecipanti, dunque, il giudice dovrà valorizzare l'interesse minore e strumentale alla ripetizione della gara, sicché non potrà essere applicato il principio della improcedibilità del ricorso principale, in caso di accoglimento di quello incidentale, operante, invece, nelle gare con più di due offerte ammesse (31).

(30) Così Cons. St., Ad. plen., n. 11/2008, cit.

(31) Per un approfondito commento della pronuncia cfr. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti* (Relazione tenuta a Lecce, il 9 ottobre 2009, nel corso del Convegno *“Il Codice del processo amministrativo”*), in www.giustizia-amministrativa.it; BENETAZZO, *op. cit.*; VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285; PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità*

I principi affermati dalla Plenaria hanno, fin da subito, suscitato reazioni disomogenee in dottrina.

In primo luogo, è apparsa criticabile la scelta operata dalla Plenaria di ancorare l'ordine di esame dei ricorsi al numero dei concorrenti ammessi alla gara. Tale distinzione, infatti, già accennata in un *obiter dictum* dalla sentenza n. 2468/2002, appare difficilmente giustificabile, in quanto finisce per ancorare l'interesse del ricorrente alla mera possibilità di partecipare ad una nuova gara per aggiudicarsi l'appalto, "*introducendo una più consistente «probabilità» del ricorrente di divenire aggiudicatario, con la conseguenza di escludere l'interesse a ricorrere nel caso in cui la pluralità delle imprese compori un assottigliamento delle probabilità del ricorrente di prevalere su di loro*" (32).

Parimenti criticabile è stata ritenuta, poi, l'affermazione secondo cui, nel caso di procedure di gara con tre (o più) offerte, stante l'assenza di indicazioni normative sul punto, l'ordine di trattazione dei due ricorsi dovrebbe essere deciso discrezionalmente dal Collegio sulla scorta dei principi di economia processuale e di logicità, poiché la soccombenza rimarrebbe comunque identica (33). Contrariamente a quanto affermato dalla Plenaria, infatti, lungi dall'essere privo di copertura normativa, l'ordine di esame dei ricorsi - come già rilevato *supra* - è, infatti, disciplinato dall'art. 276, comma 2, c.p.c. (pacificamente applicabile anche al processo amministrativo in virtù dell'esplicito richiamo operato dall'art. 76, comma 4, c.p.a.) (34).

Di contro, condivisibile è stata reputata la scelta della Plenaria di dare rilievo all'interesse strumentale alla ripetizione della gara, qualora, nel caso di procedure con due soli concorrenti, ciascun ricorrente (principale e incidentale) contesti la legittimità della partecipazione dell'altro (35). In tal caso, infatti, il rispetto del principio di parità delle parti impone di attribuire rilievo all'interesse strumentale di entrambe le parti a porre in discussione la spettanza del bene della vita in gioco. Pertanto, qualora ambedue le imprese concorrenti avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, attribuire una posizione

delle parti. *La svolta della Plenaria. Nota a Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1423; SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151.

(32) Così TROPEA, *La Plenaria prende posizione*, cit. Nello stesso senso PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, cit.

(33) Cfr., sul punto, VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit.; TROPEA, *La Plenaria prende posizione*, cit.

(34) *Contra* SQUAZZONI, *op. cit.*; PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, cit.

(35) Cfr. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, cit.; SQUAZZONI, *op. cit.*; PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, cit.; CIMELLARO, *op. cit. Contra* VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit.; TROPEA, *La Plenaria prende posizione*, cit.; CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI e L. IANNOTTA, Napoli, 2010, 315.

di vantaggio all'impresa aggiudicataria sulla scorta di un atto illegittimo della p.a. appaltante, consentendo l'esame prioritario del ricorso incidentale escludente da questa proposto, significherebbe svuotare totalmente i principi di imparzialità e di parità delle parti, sia processuali che sostanziali, che devono informare non solo lo svolgimento del giudizio, ma l'intero *agere* della p.a.

5. *Il cambio di rotta dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011.*

Anche i principi fissati dalla sentenza n. 11/2008 hanno immediatamente suscitato discordanti reazioni nella giurisprudenza amministrativa, tanto che, a poco più di due anni dalla sua emanazione, la Sezione VI del Consiglio di Stato (36) ha ritenuto di dover nuovamente rimettere all'Adunanza Plenaria la questione riguardante l'ordine logico di esame del ricorso principale e di quello incidentale c.d. escludente (o paralizzante).

Con sentenza del 7 aprile 2011, n. 4 (37), l'Adunanza Plenaria è, dunque, nuovamente intervenuta sulla questione, capovolgendo quelle che erano state le conclusioni cui era pervenuta la precedente sentenza n. 11/2008.

In particolare, la Plenaria pone a fondamento del proprio *iter* logico-argomentativo la considerazione per cui la mera partecipazione (di fatto) alla gara pubblica non è elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso, atteso che questa deriva da una qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva, sicché la definitiva esclusione (o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara) impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Ciò premesso, i Giudici di Palazzo Spada concludono affermando che l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve sempre precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti

(36) Cfr. Ordinanza 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 1921.

(37) In *Foro amm. CdS*, 2011, 4, 1132, in *Foro it.*, 2011, 6, III, 306, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 2-3, I, 570, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, 1035, con note di SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*; GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*; MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale "escludente" e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell'Adunanza Plenaria)*. Per un primo commento si veda, altresì, TORREGROSSA, *L'Adunanza Plenaria rimedita le conclusioni alle quali era pervenuta con la pronuncia del 2008 in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale cd escludente o paralizzante*, in www.ildirittoamministrativo.it.

che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, soltanto qualora questo risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (38).

Il principio della necessaria priorità dell'esame del ricorso incidentale c.d. escludente affermato dall'Adunanza Plenaria del 2011 non appare convincente.

Come rilevato da attenta dottrina, infatti, *“ragionando in termini di rapporto di pregiudizialità [...] le questioni sulla legittimità dell'ammissione, reciprocamente sollevate dai concorrenti, sono, per l'appunto, reciprocamente pregiudiziali. Il nesso di pregiudizialità, in questo caso, è biunivoco, a doppio senso. E pretendere di risolvere il nodo dell'esame dei ricorsi in termini di pregiudizialità non può portare ad una soluzione priva di incertezze (e quindi condivisibile), poiché influenzata esclusivamente dal punto di partenza della trattazione delle questioni: se si esamina prima il ricorso incidentale, risulterà carente di legittimazione il ricorrente principale; viceversa, risulterà carente di tale legittimazione attiva (ossia a proporre il ricorso incidentale, ma non di legittimazione passiva) il ricorrente incidentale. Né, poi, la precedenza dell'esame del ricorso incidentale è imposta da alcuna disposizione specifica, potendosi, semmai, affermare il contrario, in relazione all'accessorietà di tale ricorso, atteso che la disciplina attuale non sembra affatto attenuare tale caratteristica. Anzi, potrebbe anche affermarsi che l'accessorietà del ricorso incidentale sia stata accentuata dal legislatore del 2010, poiché l'art. 42 c.p.a. afferma espressamente la subordinazione dell'interesse al ricorso incidentale alla proposizione del ricorso principale, fonte del suddetto rapporto di accessorietà”* (39).

(38) Già prima della sua pubblicazione, negli stessi termini della Plenaria, si sono espressi VILLATA - BERTONAZZI, *op. cit.*, 422-423; TROPEA, *Commento all'art. 42*, in CARINGELLA e PROTTO, *Il Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 478. In senso favorevole ai principi espressi dalla Plenaria anche F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corr. giur.*, 1/2012, 133, il quale sottolinea come *“la priorità, secondo il condivisibile assunto della sentenza in commento, non si pone tra i ricorsi (principale e incidentale) ma tra le questioni rispettivamente sollevate con il ricorso principale e con il ricorso incidentale; e si deve pertanto determinare sulla base della regola generale fissata con l'art. 276 c.p.c., richiamata dall'art. 76 c.p.a.: vanno decise prima le questioni pregiudiziali e poi, gradatamente, va deciso il merito della causa”*; nonché FIDONE, *Accoglimento del ricorso incidentale escludente e inammissibilità del ricorso principale*, in *Gior. dir. amm.*, 12/2011, 1298, per il quale la correttezza delle conclusioni raggiunte dalla Plenaria discende, da un lato, dalla difficile configurazione in teoria di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, e dall'altro, nell'esigenza pratica di *“evitare la proliferazione del contenzioso, con defatiganti controversie con un alto numero di parti in causa, con giudizi paralleli che corrispondono a tutto tranne che al senso comune di giustizia”*.

(39) Così F. FOLLIERI, *op. cit.* Parimenti critici nei confronti dei principi espressi dalla sentenza n. 4/2011, SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale*, *cit.*; E. FOLLIERI, *La legittimazione a ricorrere e l'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti nelle controversie sugli appalti pubblici sono individuati negli interessi protetti dalle norme*, in www.cameraamministrativa.it; QUINTO, *Ricorso principale e ricorso incidentale: continua il dibattito*, 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

La preferenza accordata dalla Plenaria al prioritario esame del ricorso incidentale e, quindi, implicitamente alla posizione del controinteressato (aggiudicatario della gara), più che da ragioni equità o di giustizia (sostanziale e/o processuale), sembra essere dettata, a ben vedere, da un *favor* per la tutela dell'interesse pubblico, individuato nella sollecita esecuzione dell'appalto, oltre che nella necessità di evitare la proliferazione del contenzioso. Tale conclusione non appare, però, convincente. Difatti, all'esito del processo di bilanciamento degli interessi coinvolti, l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto orientare la propria decisione al perseguimento del fine che appare preminente per l'ordinamento, ovvero la tutela della libera concorrenza. A fronte di un'aggiudicazione operata in favore di un soggetto illegittimamente ammesso alla gara, assume carattere preminente, infatti, il perseguimento dei principi della *par condicio competitorum* e dell'effettività della tutela giurisdizionale dettati in materia di contratti pubblici, pienamente realizzabile unicamente attraverso la ripetizione delle procedure di gara (40).

La tesi esposta trova, del resto, un espresso appiglio normativo nelle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., le quali consentono al giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante in presenza di gravi violazioni procedurali e disporre la rinnovazione delle procedure di gara, proprio in funzione della tutela del principio di libera concorrenza (41).

6. *L'intervento della Corte di Giustizia UE e il "monito" delle Sezioni Unite.*

Il dibattito sulla questione non si è arrestato neanche dopo la pubblicazione della sentenza n. 4/2011, i cui principi sono stati subito messi in discussione dalla giurisprudenza amministrativa.

In particolare, è stato il T.A.R. Piemonte (42) a dubitare per primo della

(40) In senso aspramente critico rispetto alla prevalenza dei principi comunitari rispetto a quelli processuali PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, n. 4/2012, 440, e in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, in particolare, "i principi comunitari invocati, effettività della tutela, parità delle parti, libera concorrenza, non possono non essere coniugati con altri basilari principi che sono quelli della celere esecuzione dei pubblici appalti, della lealtà processuale, del divieto di abuso del diritto di difesa, della ragionevole durata dei processi, della connotazione dei processi diversi da quelli penali come «processi di parti»". Favorevole ad una lettura "costituzionalmente e comunitariamente orientata" della decisione della Plenaria cfr. PELLEGRINO, *La Plenaria e le "tentazioni" dell'incidentale*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

(41) Cfr., in questo senso, F. FOLLIERI, *op. cit.*

(42) Cfr. ordinanza della sez. II, 9 febbraio 2012, n. 208, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 1, 209, e in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, 333. In posizione analogamente dubitativa rispetto alla Plenaria n. 4/2011 anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2012, n. 197, in *Foro amm. TAR*, 2011, 12, e in www.giustizia-amministrativa.it, e in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 1/2012, con nota adesiva di PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*. Per un commento ad entrambe le pronunce si veda, altresì, CRESTA, *L'ordine di trattazione del ricorso incidentale c.d. paralizzante in materia di*

correttezza dei principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato nel 2011, assumendone il contrasto con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti sanciti dalla prima direttiva ricorsi n. 1989/665/CEE e dalla seconda direttiva ricorsi n. 2007/66/CE. Il T.A.R. piemontese ha, quindi, rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se i predetti principi siano ostativi al diritto vivente derivante dalla sentenza n. 4/2011, secondo cui l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante l'impugnazione della sua ammissione alla gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte (43).

La Corte di Giustizia UE ha affrontato la questione con sentenza della Decima Sezione, 4 luglio 2013, n. 100, in causa C-100/12 (44), affermando il principio di diritto secondo cui le disposizioni delle direttive ricorsi devono essere interpretate nel senso che, *“se in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tal(i) disposizion(i) osta(no) al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale”*.

In buona sostanza, dunque, la Corte di Giustizia UE, sconfessando gli arresti della Plenaria n. 4/2011, si è condivisibilmente allineata alle conclusioni già raggiunte dalla precedente Plenaria n. 11/2008, affermando che, in caso di

appalti pubblici nella (variegata) lettura giurisprudenziale, 2012, in www.businessjus.com; SAPORITO, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.ildirittoamministrativo.it.

(43) Per un primo commento alla ordinanza di rimessione si vedano QUINTO, *Ordinanza TAR Piemonte: il dibattito sul ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo si sposta in Europa*, 2012, in www.giustizia-amministrativa.it; COSMA, *Sull'ordine di esame dei ricorsi invocate la Corte di Giustizia e una nuova Plenaria*, in *Corr. Giur.*, 2013, 835. Sulla necessità dell'intervento della Corte di Giustizia al fine di individuare le posizioni sostanziali rilevanti per l'accesso alla giustizia in materia di appalti pubblici si veda PESCATORE, *Brevi note in tema di ricorso incidentale escludente, legittimazione al ricorso ed ordine di esame delle questioni*, 2012, in www.lexitalia.it; favorevole alla questione sollevata dal T.A.R. piemontese anche PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, cit.

(44) In *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013, 3-4, 795, con nota di E.M. BARBIERI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Dir. & Giust.*, 2013, 8 luglio, in *Foro amm. CdS*, 2013, 7-8, 1747, e in *Guida al dir.*, 2013, 41, 104.

fondatezza di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) c.d. escludenti, è necessario che il giudice tenga conto dell'interesse strumentale di ciascun concorrente alla ripetizione della gara, disponendo, di conseguenza, l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'Amministrazione di indirne una ulteriore (45).

Ancor prima della pronuncia della Corte di Giustizia, critiche nei confronti della decisione della Plenaria n. 4/2011 si erano già mostrate anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (46), che, seppur a livello di *obiter dictum*, avevano affermato la non divisibilità dell'orientamento dei Giudici di Palazzo Spada, che, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima. A parere della Suprema Corte, infatti, tale impostazione denota *“una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo”* (47). In particolare, la Corte ha condivisibilmente affermato che, come, del resto, già rilevato da un'attenta dottrina (48), la realizzazione dell'opera non può rappresentare l'aspirazione principale dell'ordinamento e, dunque, l'interesse pubblico prevalente, il quale dev'essere necessariamente bilanciato con i principi di concorrenza e di libero mercato che assumono carattere preminente (49)(50).

(45) Cfr., per una lettura favorevole della sentenza, E.M. BARBIERI, *op. cit.*; D'ANCONA, *La tesi dell'effetto paralizzante del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it; CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente “escludenti” tra giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it; TOSCHEI, *Una scelta in linea con le proposizioni sviluppate dopo il varo della seconda direttiva ricorsi*, in *Guida al dir.*, 2013, 91; QUINTO, *La Corte di Giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria*, 2014, in www.giustizia-amministrativa.it; E. FOLLIERI, *op. cit.*; Per una lettura in chiave critica della pronuncia vi vedano, invece, CACCIARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale: una questione davvero risolta dalla Corte di Giustizia?*, 2013, in www.giustamm.it; PROVENZANO, *Nota a Corte di Giustizia Unione Europea, Sezione decima, sentenza 4 luglio 2013, n. 100/2012*, in www.ildirittoamministrativo.it.

(46) Sent. 21 giugno 2012, n. 10294, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 824, in *Foro amm. CdS*, 2012, 7-8, 1795 e in www.lexitalia.it, con note adesive di CAPPARELLI, *Le Sezioni Unite bacchettano l'Adunanza Plenaria e di PELLEGRINO, Aggiudicatario iperprotetto. Il monito delle Sezioni Unite sull'incidentale*.

(47) Così Cass. civ. n. 10294/2012 cit. Cfr., in dottrina, D'ANCONA, *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS.UU. 21 giugno 2012 e del C.d.S., sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656*, in www.giustamm.it.

(48) Si fa riferimento soprattutto a F. FOLLIERI, *op. cit.*

(49) Affermano, in particolare, le Sezioni Unite che, i principi affermati dalla Plenaria n. 4/2011, suscitano *“indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e*

7. I recenti arresti dell'Adunanza Plenaria: le sentenze nn. 7 e 9 del 2014.

Le puntualizzazioni compiute dalla Corte di Giustizia e dalle Sezioni Unite non potevano non influenzare la giurisprudenza amministrativa, sicché ben presto la questione dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale è stata, per l'ennesima volta, rimessa all'Adunanza Plenaria, con addirittura due distinte ordinanze di rimessione, dalla V e dalla VI Sezione del Consiglio di Stato (51).

Nel giro di pochi mesi la Plenaria ha, quindi, avuto modo di intervenire per ben due volte sulla *vexata quaestio* con le sentenze 30 gennaio 2014, n. 7 (52) e 25 febbraio 2014 (53).

In entrambi i casi, i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato l'adesione formale ai principi già espressi nella sentenza n. 4/2011, parametrando, però, alle ipotesi di gare con due soli offerenti e precisando i criteri da seguire nel determinare l'ordine di priorità logica di esame dei ricorsi principale ed incidentale (54).

In particolare, già nella sentenza n. 7/2014 appaiono chiare, seppur sinteticamente esposte, quelle che saranno le nuove linee guida tracciate in materia dall'Adunanza Plenaria nell'ampia ed articolata motivazione della successiva sentenza n. 9/2014.

Come emerge chiaramente dalla lettura della motivazione posta a base della sentenza n. 7/2014, l'ordine di priorità logica di esame delle questioni non riguarda la natura dell'azione (principale o incidentale) con cui esse sono introdotte nel giudizio, ma dev'essere determinato sulla base delle tipologie di vizi dedotti. Pertanto, al fine di determinare la priorità dell'esame dei ricorsi c.d. escludenti, dovrà aversi riguardo alla fase procedimentale in cui si innestano le violazioni di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza o di esclusione, sicché quelle attinenti ad una fase procedimentale cronologicamente e logicamente antecedente andranno sempre valutate con

che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt. 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato".

(50) In senso aspramente critico rispetto alle affermazioni delle SS.UU. DE NICOLIS, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale: la posizione della Cassazione*, in *Urb. e app.*, 10/2012, 1017.

(51) Rispettivamente ordinanza del 15 aprile 2013, n. 2059, in *Foro amm. CdS*, 2013, 4, 953, e ordinanza del 17 maggio 2013, n. 2681, in www.giustizia-amministrativa.it.

(52) In *Foro amm CdS*, 2014, 2, 384, e in *Dir. & Giust.*, 2014, 3 febbraio.

(53) In *Foro amm. CdS*, 2014, 2, 387.

(54) Per un'attenta disamina di entrambe le pronunce dell'Adunanza Plenaria, si rinvia a CAPO-NIGRO, *L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale ed in via incidentale dalla due imprese in gara* (Relazione svolta il 23 maggio 2014 presso il T.A.R. Lecce al convegno nazionale di studi: "L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa", in www.giustizia-amministrativa.it; FRAGOMENI, *Il problema (irrisolto) del rapporto tra esame del ricorso principale e ricorso incidentale alla luce dei principi comunitari*, in *Rass. Avv. St.*, 2/2014, 324.

precedenza rispetto a quelle dedotte dalla controparte, a prescindere dal fatto che le stesse siano proposte in via principale o incidentale. Pertanto, solo il ricorso incidentale escludente - che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o che vi ha partecipato, ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso, ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione - dev'essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale e tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'Amministrazione sul presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale (55).

Il principio, succintamente affermato dalla sentenza n. 7/2014, è stato meglio esplicitato nella successiva Plenaria n. 9/2014, che attraverso un approfondito esame dei principi enucleati tanto dalla precedente sentenza n. 4/2011, quanto dalle pronunce della Corte di Giustizia e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è pervenuta sostanzialmente (seppur attraverso un differente *iter* logico-argomentativo) alle conclusioni già raggiunte dalla Plenaria n. 11/2008, affermando la necessità dell'esame congiunto dei ricorsi principale ed incidentale qualora entrambi abbiano carattere reciprocamente escludente e, in caso di loro comune fondatezza, l'esigenza di ordinare la ripetizione delle procedure di gara.

La sentenza n. 9/2014 conferma, ancora una volta la regola generale sancita dalla precedente sentenza n. 4/2011, operandone, però, una lettura teleologicamente orientata all'attuazione dei principi comunitari richiamati dalla Corte di Giustizia.

Prendendo le mosse da quanto affermato dalla decisione n. 7/2014 circa l'inquadramento teorico della questione sulla base della natura dei vizi dedotti, la Plenaria ha, condivisibilmente, concluso nel senso che, se entrambe le offerte siano inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso e confermare, invece, l'offerta dell'aggiudicatario/ricorrente incidentale,

(55) In particolare, la sentenza precisa che “*la necessità che il ricorso incidentale sia esaminato prima di quello principale, quando con esso sono denunciate carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria, sussiste nel caso di proposizione, nel ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale ovvero della sua offerta, a causa dell'illegittima partecipazione dello stesso alla gara o della illegittimità della sua offerta, ma a condizione che tale situazione sia l'effetto della violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione; pertanto, la situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa, che partecipa alla selezione, e la legge di gara, rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è quella che produce, come conseguenza ineluttabile, la non ammissione ab origine alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in fasi appositamente deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente*”.

benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. In tali casi, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, non può ravvisarsi in concreto un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale. Prioritario, in questo peculiare caso, è soltanto l'esame del vizio che, se sussistente, giustifica l'accoglimento di entrambi i ricorsi, mentre, se insussistente, determina la loro reciproca reiezione e la conferma dell'aggiudicazione. L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta, quindi, che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

Soltanto la «simmetria escludente» dei vizi prospettati dalle parti, è, dunque, idonea a derogare all'asimmetria delle posizioni processuali delle parti che imporrebbe, altrimenti, l'esame prioritario del ricorso incidentale escludente, in ossequio al combinato disposto degli art. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., regola non rientrante nella disponibilità delle parti e non soggetta ad eccezioni nemmeno nel caso in cui venga impugnata dal ricorrente principale la *lex specialis* di gara.

Al di fuori dei casi in cui sussista tale «simmetria escludente» dei vizi prospettati tornerà, pertanto, applicabile la regola generale - già sancita dalla Plenaria n. 4/2011 - della necessità del preventivo esame del ricorso incidentale c.d. paralizzante rispetto a quello principale.

Resta fermo, peraltro, il principio per cui, in conformità al canone di economia processuale, è nella discrezionalità del giudice optare per l'esame prioritario del ricorso principale qualora questo sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile.

Così configurata la *regula iuris* circa l'ordine di esame dei ricorsi, ivi compresa la sua eccezione derivante dall'applicazione del principio di parità delle parti, diventa necessario stabilire in quali casi possa discutersi di identità dei vizi dedotti, ovvero se tale identità debba essere intesa in senso formale, oppure (come sembra preferibile) in senso sostanziale (ricollegandosi il concetto alla natura dell'interesse sottostante alla disposizione violata).

È questa la conclusione cui, condivisibilmente, pervengono i Giudici di Palazzo Spada nella citata decisione n. 9/2014, secondo i quali “*deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio*”.

Dovranno, quindi, ritenersi comuni i vizi rientranti nelle seguenti categorie:

a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine

cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);

b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);

c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Di contro, non soddisfano il requisito della simmetria escludente i vizi che impingono a *sub* fasi logicamente e cronologicamente differenti della procedura di gara, sicché gli stessi non possono giustificare la deroga all'ordine di esame dei ricorsi scolpita dagli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c. (56).

Da ultimo, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (57), facendo propri i principi di diritto affermati dalla Plenaria n. 9/2014, ne hanno, seppur implicitamente, riconosciuto la maggior correttezza rispetto all'impostazione precedentemente seguita dalla Plenaria del 2011 (58).

8. Considerazioni conclusive.

La questione dell'ordine di esame del ricorso incidentale e di quello prin-

(56) Per una possibile esegesi alternativa della soluzione proposta dalla Plenaria si veda CAPONIGRO, *L'affidamento degli appalti pubblici*, cit. In particolare, secondo l'Autore una soluzione alternativa alla questione rispetto a quella fatta propria dalla Plenaria potrebbe essere quella di ritenere che, in presenza di un censura incidentale c.d. escludente, non venga mai meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia proposto anch'egli censure escludenti. Sarebbe direttamente la proposizione della domanda di partecipazione alla procedura di gara a differenziare la posizione dell'istante rispetto al *quisque de populo*, sicché anche in caso di accertamento circa l'illegittimità dell'ammissione alla gara del concorrente, l'interesse legittimo sufficiente ad attribuire la posizione legittimante la proposizione del ricorso giammai potrebbe regredire a interesse di mero fatto. Né, tantomeno, tale degradazione potrebbe derivare dall'eventuale accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente. Di qui, l'impossibilità di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente, l'inammissibilità di quello principale, il quale, di contro, dovrebbe, essere esaminato con riferimento a tutte le censure con cui è contestata l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale, alle quali sarebbe sempre sotteso l'interesse strumentale al travolgimento dell'intera procedura di gara.

(57) Cfr. sent. 6 febbraio 2015, n. 2242, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

(58) Prima del duplice intervento dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana, con ordinanza del 17 ottobre 2013, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it, ha aperto una nuova pagina dell'oramai *vexata quaestio* in esame, rimettendo alla Corte di Giustizia UE la questione, tramite la formulazione del seguente quesito: "*se i principi dichiarati dalla CGUE con la sentenza del 4 luglio 2013, in causa C-100/12, con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese*".

principale ha conosciuto uno sviluppo complesso e tormentato dovuto, da un lato, alle problematiche strettamente tecnico-giuridiche ad essa sottese, e, dall'altro, alle rilevanti implicazioni di ordine politico-economico proprie del settore degli appalti pubblici.

Le soluzioni via via prospettate dalla giurisprudenza sono state molteplici e, sovente, fortemente contrastanti.

Ciò che è, però, indubbio è che la soluzione del problema non può prescindere dalla necessaria valorizzazione dei principi, costituzionali e comunitari, della libera concorrenza e della *par condicio competitorum* nonché di parità delle parti e dell'effettività della tutela giurisdizionale, consacrati dall'art. 111 Cost. e dagli artt. 1 e 2, comma 1, c.p.a., e costituenti "*impalcatura e filo conduttore*" dell'intera disciplina processuale.

Tali principi, di matrice comunitaria, costituiscono oggi indubbiamente la stella polare degli interventi legislativi nel settore dei contratti pubblici e non possono recedere dinnanzi a quelli, seppur rilevanti, della celere esecuzione degli appalti pubblici, della ragionevole durata dei processi e del divieto di abuso del diritto di difesa.

Attribuire sempre e comunque efficacia paralizzante al ricorso incidentale c.d. escludente anche nelle ipotesi in cui il ricorso principale sollevi censure in ordine alla fase di ammissione alla procedura dell'aggiudicatario (ricorrente incidentale) equivarrebbe, infatti, ad assegnare a costui una posizione di ingiustificato ed irragionevole vantaggio, con risultati abnormi nelle ipotesi di riconosciuta illegittimità della sua ammissione alla gara.

In quest'ottica, l'ultimo approdo della Plenaria del 2014, oltre ad evitare effetti distorsivi per il mercato e per l'interesse pubblico, senz'altro compromessi dalla "intangibilità" delle aggiudicazioni eventualmente disposte a favore di soggetti non idonei secondo la legge di gara, appare maggiormente compatibile anche con la regola dell'esame prioritario delle questioni pregiudiziali rispetto a quelle di merito scolpita dal combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a., e 276, comma 2, c.p.c. Difatti, qualora anche il ricorso principale agiti questioni attinenti alla legittima partecipazione alla gara del ricorrente incidentale, anch'esso avrà portata pregiudiziale, sicché dovrà necessariamente essere esaminato congiuntamente al ricorso incidentale.

A fronte del rango dei principi in gioco, il timore che l'esame congiunto delle prospettazioni vicendevolmente escludenti e che il riconoscimento di un interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara come meritevole di tutela possa cagionare un'exasperazione del contenzioso, con conseguente paralisi degli uffici giudiziari ed allungamento dei tempi di realizzazione delle opere, deve considerarsi un rischio calcolato e, spesso, eccessivamente enfatizzato, perlopiù vuota affermazione di principio, frutto essenzialmente di preoccupazioni di natura politica più che di una concreta valutazione giuridica.

In questo contesto, la sentenza n. 9/2014 dell'Adunanza Plenaria rappre-

sentia un indubbio passo in avanti verso il riconoscimento della prevalenza dei principi di libera concorrenza e parità delle parti declinati dal diritto comunitario e, oramai, entrati prepotentemente anche nell'ordinamento nazionale.

Superando l'exasperata rigidità della *regula iuris* forgiata dalla precedente Plenaria n. 4/2011, pur confermando l'adesione formale ai principi in essa espressi, la sentenza n. 9/2014, infatti, recupera condivisibilmente la tensione al bilanciamento degli interessi delle parti (già espressa nel 2008) all'insegna del rispetto della concorrenzialità e della parità delle parti invocato dalla Corte di Giustizia della UE e dalla Sezioni Unite della Suprema Corte, rapportandola alla concreta verifica della identità sostanziale dei vizi «escludenti» dedotti dalle parti.

Ottenuto l'implicito avallo delle Sezioni Unite, la parola (certamente non definitiva) passa ora, nuovamente, alla Corte di Giustizia (già evocata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana), cui spetterà scrivere l'ennesimo capitolo della vicenda.

La primazia negli organi collegiali pubblici: ricadute applicative

*Gabriele Pepe**

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *GLI ORGANI COLLEGIALI DI AUTOGOVERNO. Cenni introduttivi* - 2.1. *Il Consiglio superiore della magistratura. Posizioni e funzioni del Presidente della Repubblica interne ed esterne al plenum del C.S.M.* - 2.1.1. *La delega di funzioni al vicepresidente con particolare riferimento all'atto di convocazione* - 2.1.2. *La formulazione dell'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio: questioni teoriche e problemi applicativi* - 2.2. *Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Eterogeneità delle posizioni del presidente e relative funzioni* - 2.2.1. *La prevalenza del voto del presidente in caso di parità dei suffragi* - 2.3. *Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti. Il contenuto della posizione di primazia del presidente* - 2.3.1. *Omessa convocazione ed inserzione di argomenti all'ordine del giorno a fronte della richiesta del prescritto numero di componenti* - 3. *GLI ORGANI COLLEGIALI A COMPOSIZIONE TECNICA. Premessa* - 3.1. *Le funzioni del presidente di Commissione di esame e di concorso quale primus inter pares: fisiologia e patologia di esercizio* - 3.2. *La posizione di primazia presidenziale nelle Commissioni di disciplina* - 3.3. *I Collegi sindacali delle persone giuridiche pubbliche. La preminenza formale del presidente sugli altri componenti* - 4. *GLI ORGANI COLLEGIALI POLITICO-ASSEMBLEARI. Considerazioni preliminari* - 4.1. *I Consigli comunali e provinciali. La primazia del presidente sugli altri componenti del consesso* - 4.1.1. *Il Patologico esercizio delle funzioni presidenziali: l'intervento sostitutivo del Prefetto* - 4.2. *I Consigli regionali. Le funzioni presidenziali di impulso e coordinamento dei lavori dell'Assemblea* - 4.2.1. *Aspetti patologici della primazia presidenziale* - 4.3. *Le Commissioni parlamentari. La posizione di primus inter pares del presidente: elementi di specialità* - 4.3.1. *Le funzioni che connotano in senso tipico la posizione di primazia presidenziale: profili fisiologici e profili patologici* - 5. *GLI ORGANI COLLEGIALI RAPPRESENTATIVI DI INTERESSI ECONOMICO-PROFESSIONALI. Premessa* - 5.1. *Il Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps. Le funzioni del presidente* - 5.1.1. *La prevalenza del voto del presidente a parità di suffragi* - 5.2. *L'Assemblea del C.N.E.L. Le attribuzioni del presidente quale primus inter pares* - 5.2.1. *La vexata quaestio circa l'ammissibilità di una potestà di polizia delle sedute nel silenzio del diritto positivo* - 6. *GLI ORGANI COLLEGIALI CON FUNZIONI GIURISDIZIONALI. Introduzione* - 6.1. *Gli organi giudicanti civili e penali. Le funzioni che individuano il contenuto tipico della posizione di primazia presidenziale* - 6.1.1. *I poteri di sovraordinazione del presidente* - 6.2. *Gli organi giudicanti amministrativi. La posizione di primus inter pares del presidente all'interno del consesso* - 6.2.1. *I poteri del presidente che esprimono episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti* - 6.3. *La Corte costituzionale. Ruoli e funzioni del presidente* - 6.3.1. *La prevalenza del voto presiden-*

(*) Avvocato in Roma, Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi.

Studio tratto da "La primazia negli organi collegiali pubblici" di GABRIELE PEPE, *Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 (Ricerche giuridiche - Collana diretta da A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI)*.

Il Lettore interessato al tema può consultare in *Rassegna* 2014, Vol. 4, p. 322, la parte precedente dello studio con il quale "vengono delineati i tratti distintivi della primazia".

ziale a parità di suffragi - 6.3.2. Omesso compimento da parte del presidente di un atto vincolato: possibili rimedi.

1. Premessa.

Delineati i tratti distintivi della primazia, occorre vagliarne le ricadute applicative in alcune famiglie di organi collegiali pubblici; si intende, da un lato, analizzare il concreto esercizio delle funzioni presidenziali in una prospettiva fisiologica e patologica; dall'altro, evidenziare gli effetti che taluni elementi e vicende afferenti l'ufficio di presidente e il rispettivo titolare possono avere sulla posizione di *primus inter pares* del presidente.

Come illustrato, la *iuris figura* della primazia ha un ambito d'azione trasversale, trovando applicazione in tutti gli organi collegiali e, segnatamente, in quelli: di autogoverno; a composizione tecnica; politico-assembleari; rappresentativi di interessi economico-professionali; con funzioni giurisdizionali (1).

All'ufficio di presidente accede necessariamente una posizione di primazia dai caratteri tipici e predeterminati, che si articola in una pluralità di funzioni amministrative discrezionali (convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute), teleologicamente orientate ad assicurare la regolarità del procedimento (2); funzioni, dunque, dalla natura formale-procedurale che risultano strumentali al soddisfacimento della finalità deliberativa. Pertanto, la primazia si caratterizza, in via generale, per la posizione di preminenza formale del presidente e per la reciproca parioridinazione di tutti i componenti.

Ciononostante, nella prassi è possibile riscontrare alcuni eccezionali episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri membri, quale effetto di un esercizio più intenso delle funzioni di *primus inter pares*. In queste fattispecie, conseguentemente, l'ordinaria posizione di preminenza formale viene, occasionalmente, ad arricchirsi di ulteriori caratteri di preminenza sostanziale, con ricadute sul procedimento di formazione della volontà collegiale.

Le cause principali di tale fenomeno vanno rintracciate in una pluralità di elementi e vicende afferenti l'ufficio di presidente ed il rispettivo titolare quali: la contestuale posizione di organo monocratico; la previsione di peculiari requisiti soggettivi per la preposizione all'ufficio; la titolarità di poteri di sovraordinazione; l'assenza di un potere di revoca da parte dei componenti.

Da ultimo, nel patologico esercizio delle funzioni di *primus inter pares*.

Come si evidenzierà nel prosieguo, ad avere la maggiore incidenza sulla

(1) Non potendo offrire una puntuale descrizione di ciascun organo collegiale, si è preferito circoscrivere la trattazione alle famiglie più significative, considerate in grado di evidenziare meglio natura e caratteri della figura organizzatoria della primazia.

(2) Tali funzioni sono obbligatoriamente assegnate al presidente anche laddove il singolo ordinamento collegiale non le preveda espressamente; in tali fattispecie si applicherà in via analogica la normativa prescritta in altri organi per funzioni speculari.

iuris figura della primazia sono la contestuale posizione di organo monocratico e la titolarità di poteri di sovraordinazione (3).

Con precipuo riferimento alle ipotesi di patologia delle funzioni, l'analisi verrà circoscritta ai casi di omissione di atti vincolati da parte del presidente. Si pensi all'ipotesi di inerzia nella convocazione della riunione e nella fissazione dell'ordine del giorno a fronte della richiesta di un numero di componenti a ciò legittimato; ne discende, come corollario, la *vexata quaestio* in ordine all'individuazione di rimedi esperibili nel silenzio del diritto positivo (4).

L'applicazione di uno o più rimedi giuridici tesa ad ovviare all'inadempimento del presidente appare conforme ai caratteri di equiordinazione della primazia nonché alla natura formale e strumentale dei poteri assegnati al presidente per il regolare svolgimento dei lavori. Ove, per ipotesi, si negasse l'applicazione di un rimedio, il presidente andrebbe considerato un *primus* non già *inter pares* ma *super pares*, in una posizione cioè di vera e propria sovraordinazione rispetto agli altri componenti; una soluzione francamente inaccettabile alla luce dei principi che governano il fenomeno collegiale. Più coerentemente è preferibile la tesi secondo la quale da un'interpretazione logico-sistematica delle norme vigenti si ricaverebbero strumenti giuridici idonei a neutralizzare l'omesso esercizio delle funzioni presidenziali; ciò al precipuo fine di tutelare la correttezza di ogni attività del collegio, scongiurando illegittime condotte ostruzionistiche del presidente, inconciliabili con la sua posizione di primazia formale.

Più in generale, gli elementi e le vicende afferenti l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare, anche ove riverberino i loro effetti sulle funzioni di *primus inter pares* determinando episodi di preminenza sostanziale, non sono idonei, tuttavia, a compromettere i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

(3) La contemporanea posizione di organo monocratico, ricoperta dal presidente in aggiunta al ruolo di *primus inter pares* in seno al collegio presieduto, è in grado di accentuare l'esercizio delle funzioni presidenziali di impulso e coordinamento, generando episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Tali considerazioni risultano, altresì, applicabili ai poteri presidenziali di sovraordinazione; si pensi, in tal senso, ai poteri istruttori attribuiti al presidente nei collegi giudicanti oppure alla prerogativa che, in sede di votazione, conferisce prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi; prerogativa quest'ultima che necessita di una puntuale previsione di diritto positivo, rappresentando una deroga al principio che assegna eguale peso giuridico al voto di tutti i componenti. Per fare alcuni esempi la prevalenza del voto presidenziale, in caso di parità dei suffragi, è contemplata da: a) art. 20 R.d. 1054/1924 Consiglio di Stato in sede consultiva; b) art. 16 co. III l. 87/1953 Corte costituzionale; c) art. 5 co. II l. 195/1958 Consiglio superiore della magistratura; d) art. 7 D.p.r. 426/1984 Tar Trentino Alto Adige.

(4) La maggior parte degli organi collegiali pubblici attribuisce espressamente ad una frazione del collegio il potere di richiedere, con efficacia vincolante, la convocazione dell'adunanza con formulazione del relativo ordine del giorno. Tale disposizione non è, di regola, accompagnata dalla previsione di alcun rimedio sostitutivo in caso di inerzia del presidente. Ciononostante, un rimedio giuridico deve potersi ricavare dal sistema della collegialità sia per assicurare la funzionalità dell'organo sia per tutelare le legittime pretese dei richiedenti.

2. Gli organi collegiali di autogoverno. Cenni introduttivi.

Con l'espressione organo collegiale di autogoverno si suole indicare l'organo di garanzia che persegue istituzionalmente la finalità di assicurare l'autonomia di un ordine giudiziario e l'indipendenza dei magistrati ad esso appartenenti.

L'ordinamento italiano contempla una pluralità di organi di autogoverno in ragione della pluralità delle magistrature esistenti (ordinaria, amministrativa, contabile, tributaria, militare) (5); tali organi si identificano, rispettivamente, nel Consiglio superiore della magistratura, nel Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nel Consiglio di presidenza della Corte dei conti, nel Consiglio di presidenza della giustizia tributaria e, da ultimo, nel Consiglio della magistratura militare. Si è ritenuto opportuno circoscrivere l'analisi ai primi tre organi collegiali, soffermandosi su alcuni elementi e vicende afferenti l'ufficio presidenziale che possono incidere sulla *iuris figura* della primazia.

Come sostenuto da autorevole dottrina, *"il principio dell'autogoverno giudiziario rappresenta un connotato esistenziale ed un meccanismo pressoché insostituibile per la tutela dell'indipendenza dei giudici, per una precisa scelta dei costituenti"* (6); un principio generale, dunque, che si è tradotto nel corso dei decenni nella predisposizione di un complesso ed articolato sistema di garanzie, funzionalmente simile ma strutturalmente eterogeneo per ciascun plesso giurisdizionale.

Oltre alle peculiarità che caratterizzano i diversi organi di garanzia (7), occorre esaminarne i principali elementi comuni. Innanzitutto è d'obbligo evidenziare il ruolo irrinunciabile del presidente che ricopre una posizione di primazia formale per ragioni di funzionalità del procedimento. In special modo si evince da un'analisi empirica come anche negli organi collegiali di autogoverno la figura della primazia si articola nelle tipiche funzioni amministrative di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione

(5) D'ALOIA A., *L'autogoverno delle magistrature non ordinarie nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996. CARAVITA B. (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Jovene, Napoli, 2013. POLICE A., *Le garanzie istituzionali dell'indipendenza dei giudici amministrativi in un confronto tra diversi modelli di governo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, pp. 361 e ss.

(6) D'ALOIA A., *L'autogoverno delle magistrature non ordinarie nel sistema costituzionale della giurisdizione*, op. cit., pp. 163-164: *"Una scelta puntualmente specificata per la magistratura tradizionalmente ordinaria (civile e penale), ma in realtà implicitamente accolta (alla luce del sistema costituzionale complessivo, e in conformità all'art. 101 co. 2) anche per i giudici di cui all'art. 103"*.

(7) CARAVITA B. (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, op. cit.: *"La stessa Corte costituzionale spesso ha accomunato questi diversi soggetti dell'ordinamento nella comune definizione di organi di garanzia delle magistrature, preferendo tale formula a quella di uso più corrente di organi di autogoverno; la Corte ha evidentemente voluto sottolineare l'aspetto teleologico della loro istituzione, che è appunto non già quello di ipotizzare una mera autoreferenzialità del corpo magistratuale, bensì quello di tutelare il principio costituzionale delle garanzie di autonomia ed indipendenza"*.

dei lavori, polizia delle sedute; funzioni, a carattere discrezionale, che riflettono, da un lato, la posizione di mera preminenza formale del presidente e, dall'altro, la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

La discrezionalità di tali funzioni conferisce al presidente margini di apprezzamento e valutazione nello svolgimento dei propri compiti nei limiti tracciati dalla normativa vigente; del resto, sono frequentemente previsti vincoli o controlli allo svolgimento della discrezionalità; si pensi alla facoltà, spesso riconosciuta ad uno o più componenti, di proporre reclamo avverso gli atti presidenziali, investendo della decisione l'intero collegio (8).

In particolare, gli ordinamenti degli organi di autogoverno della magistratura convergono sulla comune finalità di ridurre, e alle volte azzerare, la discrezionalità del presidente nell'esercizio delle funzioni di *primus inter pares*. In special modo, nei casi di omesso o cattivo esercizio, sono rinvenibili rimedi, anche diversi, per superare situazioni di *impasse* o conflitto potenzialmente pregiudizievoli per l'*iter* collegiale. Per il C.S.M., ad esempio, nell'ipotesi di omissione di atti presidenziali vincolati, si prevede la facoltà di ricorso al *plenum* del collegio per provocarne un intervento sostitutivo; in questo modo si tutela, da una parte, la funzionalità del consesso e, dall'altra, l'autonomia della più complessa istituzione da ingerenze di altri poteri. Viceversa, con riferimento ai Consigli di presidenza della giustizia amministrativa e della Corte dei conti, il silenzio delle rispettive normative impone di individuare nel sistema della collegialità uno o più rimedi giuridici, anche presso organi giurisdizionali esterni, in grado di sterilizzare abusi od ostruzionismi del presidente.

Proseguendo nella ricerca dei tratti comuni agli organi di autogoverno, è importante sottolineare il rilievo assunto dalla contestuale posizione di organo monocratico del presidente che va ad aggiungersi alla posizione di primazia in seno al *plenum* (9). Tale fenomeno interessa, in primo luogo, i presidenti del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e della Corte dei conti, i quali ricoprono contemporaneamente, la posizione, rispettivamente, di Presidente del Consiglio di Stato e di Presidente della Corte dei conti. La diversa ed esterna posizione di organo monocratico è idonea ad accentuare l'intensità di esercizio delle funzioni di *primus inter pares*, determinando episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti, ben oltre i confini di preminenza formale tipici della primazia.

(8) La necessità di una puntuale disposizione di diritto positivo, che eccezionalmente imponga limiti o renda vincolati gli atti presidenziali, si giustifica tenendo conto della natura generalmente discrezionale delle funzioni che connotano in senso tipico la figura organizzativa della primazia.

(9) Per esempio, il presidente del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa è, altresì, presidente della più ampia istituzione Consiglio di Stato presso cui l'organo di autogoverno risulta incardinato; conseguentemente la medesima persona fisica rivestirà due differenti posizioni giuridiche, l'una di *primus inter pares* quale coordinatore delle sedute del collegio, l'altra, di organo monocratico con poteri direttivi ed organizzativi sulla prima incidenti.

Ciononostante, gli eccezionali episodi di preminenza sostanziale, come si approfondirà nel presieguo, non sono in grado di alterare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

Le considerazioni svolte sono, altresì, applicabili, al Consiglio superiore della magistratura, con alcune puntualizzazioni determinate dalla delega di funzioni al Vicepresidente e dalla “*doppia presidenza*” che ne consegue.

2.1. Il Consiglio superiore della magistratura. Posizioni e funzioni del Presidente della Repubblica interne ed esterne al plenum del C.S.M.

Il Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.) (10) è l'organo di autogoverno della magistratura ordinaria, civile e penale (11), previsto e regolato nei suoi aspetti fondamentali dall'art. 104 della Costituzione. Tale collegio si inquadra nel più ampio *genus* dei collegi imperfetti o virtuali. Controversa è, inoltre, la sua natura giuridica per alcuni amministrativa per altri giurisdizionale (12).

In seno al Consiglio superiore della magistratura una posizione di rilievo è esercitata dal Capo dello Stato cui è affidata *ratione officii* la presidenza dell'istituzione (artt. 87 penult. co. e 104 co. II Cost.) (13). Le attribuzioni presidenziali sono, poi, disciplinate dalla l. 24 marzo 1958, n. 195 e dal d.p.r. 16 settembre 1958, n. 916 e s.m.i.

All'interno del *plenum* del C.S.M. è previsto l'ufficio di presidente con compiti di direzione formale delle attività del consesso. A tale ufficio è preposta la persona del Presidente della Repubblica o del Vicepresidente eletto in seno al collegio, che riveste una posizione di primazia formale rispetto agli altri componenti.

Nelle attività di promozione e coordinamento dei lavori, il preposto all'ufficio presi-

(10) La bibliografia in tema è sterminata. Senza pretese di completezza si rinvia ai contributi di SANTOSUOSSO F., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1957. GLINNI P., *Il Consiglio superiore della magistratura: funzione e struttura*, Roma, 1959. DAGA L., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Jovene, Napoli, 1973. FERRARI G., voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988. BESSONE M.-CARBONE V., voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1989. FERRI G., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, Cedam, Padova, 1995. MAZZAMUTO S., *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2001. PIANA D.-VAUCHEZ A., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Il Mulino, Bologna, 2012. DI FEDERICO G. (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, II ed., Cedam, Padova, 2012.

(11) Secondo BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964, pp. 6-10, il Consiglio superiore della magistratura non sarebbe ascrivibile alla categoria degli organi propriamente rappresentativi.

(12) Per la natura amministrativa del Consiglio superiore della magistratura VOLPE G., voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 836. *Contra* BARILE P., *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in Memoria di Carlo Esposito*, I, Cedam, Padova, 1972, p. 558, il quale riconosce al C.S.M. natura giurisdizionale. In realtà è rintracciabile del vero in entrambe le tesi: se da, un lato, le principali attività del Consiglio superiore rivestono carattere amministrativo (si pensi ai provvedimenti di trasferimento dei magistrati o di autorizzazione allo svolgimento di incarichi extra-giudiziari), dall'altro, l'organo di autogoverno può essere chiamato, in talune ipotesi, a svolgere funzioni propriamente giurisdizionali (si considerino le attività compiute dalla Sezione disciplinare).

(13) In dottrina, *ex multis*, ARCIDIACONO L., *La presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Studi in Memoria di M. Condorelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988.

denziale svolge un ruolo di *primus inter pares* (14) che si esplica nell'esercizio delle funzioni amministrative di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute; funzioni, di natura discrezionale, che riflettono molti dei caratteri delle presidenze degli organi collegiali (15). In particolare, occorre segnalare come la discrezionalità, che normalmente le connota, possa essere azzerata da una loro configurazione in senso vincolato. Significativa a riguardo è l'ipotesi di inottemperanza del vicepresidente alla richiesta di inserzione di argomenti all'ordine del giorno da parte dei consiglieri; in questa fattispecie l'art. 46 del regolamento consente di investire della questione l'intero collegio.

Inoltre, il preposto all'ufficio presidenziale, oltre a ricoprire il ruolo di coordinatore dei lavori del *plenum*, riveste, contestualmente, la posizione di organo monocratico dell'intera istituzione C.S.M., esercitandone le relative funzioni (di rappresentanza esterna, di direzione degli uffici, di organizzazione amministrativa ecc.) (16).

La posizione di organo monocratico risulta, poi, particolarmente rafforzata ove sia ricoperta, non già dal vicepresidente ma direttamente dal Presidente della Repubblica. Ne discende, in ragione della peculiare collocazione del Capo dello Stato nel sistema costituzionale nonché dei compiti ad esso assegnati, un'ulteriore accentuazione in senso sostanziale della posizione di primazia presidenziale nell'ambito del *plenum* del C.S.M.. In altri termini risulterà potenziata, ben oltre l'*id quod plerumque accidit*, l'intensità di esercizio delle funzioni di *primus inter pares* e, conseguentemente, l'influenza sul procedimento collegiale e sulla attività

(14) SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 191. Secondo l'Autore "dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie si deduce una figura del Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura ispirata alla logica dell'orizzontalità e della collegialità, anziché della gerarchia e della verticalità. Il Capo dello Stato, nella sua qualità di Presidente del C.s.m., è un componente del collegio, un *primus inter pares*. Egli assume l'ufficio di diritto". FERRARI G., voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur. Treccani, op. cit.* Il presidente del C.S.M. fa parte del collegio "non già quale Presidente della Repubblica, quale potere a sé, ma quale membro dell'organo collegiale, sia pure, ovviamente come *primus inter pares* (...). Il Presidente fa corpo col collegio, è tutt'uno in esso e con esso". Contra BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario, op. cit.*, pp. 71-73.

(15) FERRI G., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente, op. cit.*, p. 281. Secondo l'Autore "rispetto ad ogni singolo componente del collegio e all'insieme di essi, il Presidente del C.S.M. ha in più solo quei poteri che norme espresse e principi inespressi conferiscono ai presidenti di organi collegiali". Di avviso contrario BENVENUTI S., *Il Consiglio superiore della magistratura francese: una comparazione con l'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 27, il quale ritiene, viceversa, che il Presidente della Repubblica ricopra all'interno del Consiglio superiore un ruolo che "va al di là delle attribuzioni proprie del presidente di un organo collegiale". Le considerazioni in tema di primazia risultano, altresì, applicabili al Consiglio supremo di difesa. In argomento PREDIERI A., *Il Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione, op. cit.*: "Al Presidente del Consiglio supremo di difesa compete la posizione di primazia peculiare ai presidenti di organi collegiali, particolarmente notevole, sia soprattutto per la autorità e il prestigio del Capo dello Stato, sia per i poteri esplicitamente a lui conferiti. Il Presidente, oltre al potere di dirigere e moderare la discussione, ha quello di predisporre l'ordine del giorno e porre le questioni; può convocare il Consiglio supremo di difesa di propria iniziativa".

(16) Per una rassegna delle innumerevoli funzioni, esterne ed interne, del Capo dello Stato quale presidente del Consiglio superiore della magistratura si rinvia alla Costituzione, alla l. 24 marzo 1958, n. 195 e al regolamento di organizzazione. In dottrina recentemente MORETTI A., *Il Presidente della Repubblica come Presidente del Csm*, Jovene, Napoli, 2011. CARAVITA B., (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario, op. cit.*, pp. 22-34.

degli altri componenti. Diversamente nei casi di delega delle funzioni in favore del vicepresidente, sarà costui a svolgere i compiti riconducibili alla posizione di organo monocratico, sicché l'influenza sulla posizione di primazia sarà certamente di intensità più moderata, alla stregua di quanto accade negli altri organi collegiali di autogoverno.

In ogni caso i minoritari episodi di preminenza sostanziale, riconducibili alla contestuale posizione di organo monocratico, sono assorbiti nei maggioritari episodi di preminenza formale, scaturenti dall'esercizio delle funzioni di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori e polizia delle sedute, che connotano in senso dominante il nucleo della primazia.

2.1.1. *La delega di funzioni al vicepresidente con particolare riferimento all'atto di convocazione.*

In virtù delle plurime attribuzioni costituzionalmente assegnategli, il Capo dello Stato è sovente impossibilitato a svolgere i compiti di Presidente del C.S.M.; pertanto, a tutela della piena funzionalità dell'istituzione, ed in special modo del *plenum*, sia la Carta costituzionale (17) sia fonti primarie e secondarie attribuiscono al vicepresidente un rilievo maggiore rispetto a quanto normalmente previsto negli organi collegiali pubblici (18). Infatti, ai sensi dell'ultima parte della disposizione di cui all'art. 19 l. 195/1958, il vicepresidente, oltre a sostituire il presidente in caso di assenza o impedimento (c.d. ruolo vicario), esercita le attribuzioni indicate dalla legge e svolge le funzioni che gli vengono espressamente delegate (19).

Un riconoscimento che trova conferma nell'art. 4 del regolamento da cui si evince come ogni funzione sia delegabile al vicepresidente (20), salvo talune eccezioni (21). Dall'esame del dato normativo si evince, dunque, la ammissibilità di una delega generale delle attribuzioni presidenziali (sia di *primus inter pares* sia di organo monocratico) in favore del vicepresidente; molte di queste connotano in senso tipico la posizione di primazia, identificandosi nelle fun-

(17) L'art. 104 co. V Cost. così recita: "*Il Consiglio elegge un vice-presidente fra i componenti designati dal Parlamento*". La disposizione assume rilievo decisivo nella consacrazione del ruolo del vicepresidente, trattandosi dell'unica norma costituzionale che in tema di organi collegiali prevede espressamente siffatta figura.

(18) BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, op. cit.

(19) Alla delega di funzioni in favore del vicepresidente si applicano le regole generali in tema di delega amministrativa. Si rinvia in proposito ai contributi di FAZIO G., *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Giuffrè, Milano, 1964. FRANCHINI F., *La delegazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1950. MIELE G., voce *Delega (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 905 e ss. Secondo l'Autore la delega consisterebbe in "*un'attribuzione ad altri della competenza a provvedere per singoli atti o per una materia, fatta sul fondamento della propria competenza a provvedere per i medesimi atti o per la medesima materia*". VERBARI G.B., *Rilievi sulla delega amministrativa del presidente del consiglio superiore della magistratura*, in *L'amministrazione italiana*, 1972, p. 1343. CAMMELLI M., voce *Delega amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988. MARTINI C., voce *Delega (Dir. amm.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1755.

(20) Storicamente si segnala un episodio di delega generale durante la presidenza Cossiga, quando il Capo dello Stato conferisce al vicepresidente Galloni l'esercizio della quasi totalità delle attribuzioni presidenziali; ne segue un periodo di accesi contrasti tra presidente e vicepresidente sulla ripartizione delle rispettive sfere di competenza. In proposito FERRI G., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, op. cit.

(21) Si tratta delle ipotesi di: indizione delle elezioni dei componenti magistrati; richiesta ai presidenti dei due rami del Parlamento di provvedere all'elezione dei membri laici; convocazione della prima adunanza del Consiglio.

zioni di convocazione delle adunanze, direzione dei lavori, polizia delle sedute; la formulazione dell'ordine del giorno non può essere oggetto di delega in quanto direttamente assegnata dall'ordinamento al vicepresidente.

Nel corso degli anni si è assistito ad una "doppia presidenza" del C.S.M. articolata in una etero-presidenza del Capo dello Stato e in una presidenza effettiva del vicepresidente (22); quest'ultimo ha rappresentato, e rappresenta tuttora, stabile figura di impulso e coordinamento dei lavori del *plenum*.

Con riferimento alla funzione di convocazione delle adunanze va detto come la prima convocazione, quale atto teleologicamente orientato all'insediamento del collegio, sia prerogativa esclusiva del Presidente della Repubblica, costituendo uno dei pochi atti non delegabili (23). Le successive convocazioni possono, viceversa, essere delegate al vicepresidente, previa costituzione dell'ufficio di presidenza. È, infine, riconosciuto ad un prescritto numero di componenti il potere straordinario di richiedere, con efficacia vincolante, al vicepresidente la convocazione dell'adunanza nonché l'inserzione di determinati argomenti all'ordine del giorno. In proposito, si evidenziano i significativi poteri assegnati al collegio dall'art. 50 del regolamento: "Al termine di ogni seduta, indipendentemente dal procedimento normale di convocazione da parte del Presidente del Consiglio, o, in sua vece, dal Vicepresidente, il Consiglio può deliberare, a maggioranza, la data della sua successiva convocazione e l'ordine del giorno di tale seduta". Dal quadro descritto emerge, pertanto, come al concreto esercizio della funzione di convocazione del *plenum* partecipino, a vario titolo, più figure soggettive in posizioni differenti.

Con riferimento, poi, alla funzione direttiva delle adunanze, si fa notare come essa risulti ampiamente delegabile dal Capo dello Stato in favore del vicepresidente (24); per ulteriori aspetti trovano applicazione le considerazioni di ordine generale sulle presidenze degli organi collegiali pubblici; il vicepresidente è, conseguentemente, investito di poteri di coordinamento dei lavori, esercitando una posizione di primazia formale sugli altri componenti.

Di particolare interesse è, inoltre, la disposizione di cui all'art. 44 co. I che in sede di votazione attribuisce, a parità di suffragi, prevalenza al voto di chi assuma la presidenza; voto che, conseguentemente, risulterà determinante ai fini della approvazione della delibera (c.d. *votum decisivum*). Trattasi di un potere che, pur esprimendo un *quid* di sovraordinazione sugli altri componenti, è riconducibile al modello ed alla disciplina della primazia attraverso la teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza.

In relazione, da ultimo, al potere di polizia delle sedute, si ritiene che siffatta funzione non debba essere puntualmente individuata nell'atto di delega, risultando, da un lato, implicita nel conferimento della potestà di direzione delle adunanze, dall'altro, immanente al

(22) D'ORAZIO G., *La doppia presidenza e le sue crisi (il Capo dello Stato e il consiglio superiore della magistratura)*, in *Quad. cost.* 1992.

(23) Il fondamento della non delegabilità dell'atto di prima convocazione si rinviene nella circostanza che, non essendosi insediato l'organo collegiale, non risulta ancora individuato un vicepresidente, il quale normalmente sarà eletto nella prima adunanza tra i componenti laici. In argomento TERESI R., *La riforma del Consiglio Superiore della Magistratura*, Edizioni scientifiche, Napoli, 1994, p. 83: "È certo innanzitutto che la prima convocazione del consiglio - avuto riguardo al momento dei singoli insediamenti - non solo spetta, ma non può avvenire se non ad opera del Presidente della Repubblica".

(24) La *ratio* di una delega così ampia si rinviene nell'esigenza che gli atti più importanti dell'iter collegiale si svolgano sotto la vigilanza e la direzione della persona fisica (il vicepresidente) che concretamente eserciti i compiti dell'ufficio presidenziale.

fenomeno stesso della collegialità (25); ciò non esclude, tuttavia, la possibilità di una sua espressa menzione.

È d'obbligo, a questo punto, domandarsi se l'esercizio o il mancato esercizio della potestà di delega abbia delle ricadute sulla figura organizzatoria della primazia. La delega di funzioni, *prima facie*, non sembra incidere né sulla struttura né sui contenuti della primazia, poiché le relative attribuzioni, in quanto inerenti l'ufficio presidenziale, sono insensibili ad avvicendamenti personali quanto a titolarità od esercizio.

Ciononostante, da un più attento esame, emerge come la posizione di primazia assuma una differente intensità di svolgimento, idonea a generare episodi di preminenza solo formale o anche sostanziale, a seconda che le relative funzioni siano esercitate direttamente dal Capo dello Stato oppure delegate al vicepresidente; ciò in ragione tanto della diversa autorevolezza delle due figure quanto della eterogenea influenza esercitabile dal Presidente delle Repubblica e dal vicepresidente in qualità di organi monocratici: maggiore nel primo caso, minore nel secondo.

In entrambe le fattispecie tendono, quindi, ad aversi ricadute sul ruolo di *primus inter pares* in seno al collegio, attraverso il verificarsi di episodi, più o meno intensi, di preminenza sostanziale del Capo dello Stato o del vicepresidente sugli altri componenti del *plenum*; una preminenza sostanziale che, sia pur idonea ad incidere sul procedimento di formazione della volontà collegiale, non è in grado di alterare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale di chi assuma la presidenza e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

2.1.2. La formulazione dell'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio: Questioni teoriche e problemi applicativi.

La funzione di redazione dell'ordine del giorno ha suscitato accese dispute con riferimento alla delimitazione delle sfere di competenze tra le diverse figure soggettive che concorrono al suo esercizio (26).

In proposito l'art. 45 del regolamento prescrive che "*l'ordine del giorno di ciascuna seduta è predisposto dal Vicepresidente, e, previo assenso del Presidente, è comunicato a tutti componenti e al Ministro almeno cinque giorni prima, assieme alla convocazione del Consiglio*".

Tale disposizione ha un ambito applicativo generale, ad eccezione del primo ordine del giorno che viene formulato ed inserito nell'atto di prima convocazione dal solo Presidente della Repubblica. Trattasi, peraltro, di un ordine del giorno dai contenuti per lo più determinati *ex lege*, in cui sia la titolarità che l'esercizio del potere sono appannaggio esclusivo del Capo dello Stato (27).

(25) La presidenza del *plenum* del C.S.M., alla stregua della presidenza di qualsivoglia organo collegiale, deve essere munita di poteri idonei al mantenimento o al ripristino dell'ordine delle sedute, in ragione della imprescindibile necessità di assicurare il buon andamento dei lavori.

(26) PIZZORUSSO A., *Poteri del Csm e poteri del Presidente del Csm circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, in *Questione giustizia*, 1985, p. 735. PATRONO M., *La formazione dell'ordine del giorno del C.S.M. e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. e soc.* 1991. PAGANI I., *La posizione del Presidente della Repubblica nel Consiglio Superiore della Magistratura con particolare riferimento alla formazione dell'ordine del giorno dei lavori*, in *Dir. e soc.* 1992.

(27) In questa eccezionale ipotesi l'esercizio del potere di formulazione dell'ordine del giorno non può essere delegato dal Presidente della Repubblica, a causa del mancato insediamento del Consiglio; insediamento che si compie successivamente con l'elezione dell'ufficio di presidenza. (Sul punto FERRI G., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, *op. cit.*).

Più in generale, alla predisposizione dell'ordine del giorno, quale funzione condivisa, sono chiamati a partecipare, con poteri differenti, Presidente della Repubblica, vicepresidente e Consiglio.

Un prima peculiarità concerne il riconoscimento in favore del vicepresidente del potere di individuazione degli argomenti da porre all'ordine del giorno (28). In questo modo l'ordinamento del C.S.M. intende rafforzarne il ruolo di stabile ed effettivo coordinatore dell'*iter* collegiale; ne consegue l'inammissibilità di qualsivoglia atto di delega da parte del Capo dello Stato per carenza di titolarità del potere. All'esercizio di tale funzione partecipa, come detto, a vario titolo anche la maggioranza del collegio.

È necessario, a questo punto, domandarsi se la condivisione di questa funzione tra diverse figure soggettive ed, in particolare, il previo assenso presidenziale (29) abbiano ricadute sulla *iuris figura* della primazia.

Al quesito va fornita risposta negativa. In primo luogo occorre evidenziare come la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti, tipici della primazia, non risultino compromessi da un esercizio condiviso della funzione e, segnatamente, dal previo assenso presidenziale oppure dalla facoltà di inserzione e/o inversione di argomenti da parte del collegio (30). Inoltre, la potestà di intervento, riconosciuta dall'art. 46 alla maggioranza nei casi di rifiuto del vicepresidente (31), conferma i tratti fondamentali della primazia, attraverso la previsione per talune fattispecie di un rimedio surrogatorio interno (32).

(28) CASTORINA E., *Note ricostruttive sul vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura*, in *Dir. e soc.* 1988, p. 567.

(29) La dottrina è divisa circa l'esatta natura del previo assenso presidenziale. Secondo PIZZORUSSO A., *Poteri del Csm e poteri del Presidente del Csm circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, *op. cit.*, p. 735, il Presidente della Repubblica, nel ruolo di coordinatore orizzontale dei lavori del *plenum*, sarebbe titolare di un potere di veto su un ordine del giorno solo temporaneo che "si risolve in una proposta che normalmente viene tacitamente approvata dall'assemblea, ma che può essere respinta o modificata da quest'ultima".

(30) Secondo parte della dottrina ciascun organo collegiale pubblico sarebbe padrone del proprio ordine del giorno. (SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, *op. cit.*, il quale richiama, a sua volta, le considerazioni di GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, *op. cit.*). Con pre-cipuo riferimento al *plenum* del C.S.M. la disposizione di cui all'art. 50 del regolamento prevede che "al termine di ogni seduta, indipendentemente dal procedimento normale di convocazione da parte del Presidente del Consiglio, o, in sua vece, dal Vicepresidente, il Consiglio può deliberare, a maggioranza, la data della sua successiva convocazione e l'ordine del giorno di tale seduta".

(31) L'art. 46 del regolamento ai co. i e II testualmente recita: "Ciascuno dei componenti del Consiglio può chiedere al Vicepresidente che un determinato argomento sia posto all'ordine del giorno. Se il Vicepresidente, sentito il Comitato di Presidenza, non ritenga di accogliere la richiesta, ne informa nella successiva riunione il Consiglio, che delibera in proposito e, se accolga la richiesta, fissa la data della discussione".

(32) Il potere di reclamo al collegio in caso di rifiuto del vicepresidente potrebbe applicarsi in via analogica alla ipotesi di omissione alla richiesta di inserimento di argomenti all'ordine del giorno avanzata dal prescritto numero di componenti. Si sarebbe al cospetto, pertanto, di rimedi interni al sistema, in grado di superare rifiuti e ostruzionismi del presidente; viceversa la configurazione di un rimedio sostitutivo presso un giudice esterno va ritenuta inammissibile, in quanto idonea a ledere l'autonomia del C.S.M. nel quadro dei pubblici poteri. Non sarebbe, nemmeno, esperibile un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinanzi alla Consulta in quanto, ai sensi della l. 11 marzo 1953, n. 87, tale rimedio è ipotizzabile ove sussista un contrasto tra organi appartenenti a poteri diversi dello Stato; organi altresì abilitati a dichiarare in via definitiva la volontà del potere di appartenenza. Nel caso di specie si avrebbe, diversamente, un conflitto *infra-collegiale* tra l'ufficio di presidente e gli uffici di componente in seno al *plenum* dell'istituzione.

2.2. *Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Eterogeneità delle posizioni del presidente e relative funzioni.*

Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa è l'organo di garanzia e di autogoverno dell'intero corpo dei magistrati amministrativi (33); tale organo collegiale, diversamente dal Consiglio superiore della magistratura, è istituito non già dalla Costituzione, pur trovando in essa il proprio fondamento, ma da una legge degli anni '80 del XX sec. (34). L'organo di autogoverno della magistratura amministrativa presenta una composizione eterogenea, ad esso partecipando magistrati del TAR, del Consiglio di Stato e, da ultimo, membri laici eletti dal Parlamento in seduta comune.

Il Consiglio di presidenza appartiene alla famiglia dei collegi imperfetti o virtuali (35), da cui si differenzia, tuttavia, per la eccezionale previsione di componenti supplenti a tutela della rappresentanza delle sue diverse anime (36).

Alla stregua di ogni organo collegiale, il Consiglio di presidenza è retto da un presidente preposto alla direzione delle plurime attività del consesso; tale figura si identifica, *ratione officii*, nel presidente del Consiglio di Stato che, oltre a ricoprire il ruolo di organo monocratico, riveste, altresì, una posizione (interna) di primazia formale quale coordinatore dei lavori (37). Con funzioni vicarie è, poi, istituita la figura del vicepresidente, chiamato a svolgere le funzioni del presidente in caso di sua assenza o impedimento (38).

(33) In tema D'ALOIA A., *L'autogoverno della magistratura amministrativa di fronte alla Corte costituzionale: questioni irrisolte e ipotesi di riforma*, Napoli, 1999. PINARDI R., *La nuova composizione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.* 2001, fasc. 1, pp. 327 e ss. POLICE A., *Le garanzie istituzionali dell'indipendenza dei giudici amministrativi in un confronto tra diversi modelli di governo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, vol. I, op. cit. IARICCI G.P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 984-986.

(34) Trattasi della l. 27 aprile 1982, n. 186 in tema di ordinamento della giurisdizione amministrativa. Si segnalano, in quanto di particolare rilievo, le modifiche introdotte alla legge *de qua* dalla successiva l. 21 luglio 2000, n. 205.

(35) In forza dell'art. 16 della l. 27 aprile 1982, n. 186 e s.m.i. "*per la validità delle votazioni è necessaria la presenza di almeno nove componenti*". Ciò costituisce prova evidente della natura imperfetta o virtuale del collegio.

(36) Nonostante il Consiglio di presidenza sia un collegio imperfetto o virtuale, l'art. 7 del regolamento prevede espressamente la figura dei membri supplenti. Il fondamento della disposizione si rinviene nell'idea di assicurare in ogni momento la partecipazione alle sedute di almeno un tot numero di componenti per ogni gruppo rappresentato, in quanto la diversa estrazione dei membri garantisce una più equilibrata ponderazione nelle delibere.

(37) Sul ruolo del presidente del collegio, quale *primus inter pares*, nell'attività di coordinamento dei lavori SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., op. cit.

(38) Ciò risulta espressamente prescritto dall'art. 7 della l. 27 aprile 1982, n. 186 e dall'art. 6 del regolamento 6 febbraio 2004, n. 58 e s.m.i. In dottrina PINARDI R., *La nuova composizione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 205 del 2000*, op. cit. Con riferimento all'art. 7 co. VII della l. 27 aprile 1982, n. 186 e s.m.i. l'Autore ritiene che la disposizione ricalchi quanto previsto "*per il Csm dall'art. 104 co. 5 Cost. anche se qui occorre rilevare come la figura del Vicepresidente risulti meno significativa ed il suo ruolo essenzialmente vicario, se è vero che lo stesso è chiamato a sostituire il presidente in caso di assenza o impedimento, ma non a presiedere normalmente l'organo o a dirigerne l'attività*". Tale disposizione trova conferma nell'art. 6 del regolamento, il quale prevede che, in caso di assenza o impedimento del presidente, sia il vicepresidente ad esercitarne tutte le funzioni, aggiungendo, altresì, che, nell'ipotesi di assenza di quest'ultimo, la presidenza spetti al componente eletto dal Parlamento più anziano di età.

Nell'alveo dell'istituzione (complessa) del Consiglio di Stato presso cui è incardinato il Consiglio di presidenza, il Presidente svolge una pluralità di funzioni, interne ed esterne, al *plenum* dell'organo di autogoverno.

Per quanto concerne le funzioni esterne, il presidente agisce in qualità di organo monocratico, collocandosi in una posizione di sovraordinazione da cui discendono relazioni di direzione e coordinamento verticale con il collegio ed i suoi componenti. La diversa ed esterna posizione di organo monocratico può avere, tuttavia, ripercussioni sulla posizione di *primus inter pares* in seno all'organo di autogoverno, in termini di accentuazione dei profili di preminenza sostanziale, peraltro insiti in modo minoritario nel contenuto della primazia. Si pensi ai penetranti poteri organizzatori esercitati dal Presidente del Consiglio di Stato e direttamente incidenti sui carichi di lavoro dei componenti, magistrati e non, del Consiglio di presidenza; gli episodi di preminenza sostanziale, che ne possono eventualmente derivare, non sono, tuttavia, in grado di alterare i caratteri generali della *iuris figura* della primazia ed in particolare la posizione di preminenza formale del presidente nonché la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

Venendo all'esame delle funzioni assolute dal presidente, quale *primus inter pares* dei lavori del Consiglio (39), va precisato come la posizione di primazia da lui ricoperta si disveli nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

Con precipuo riferimento al potere di convocazione, l'art. 5 co. I del regolamento assegni, in via ordinaria, al Presidente del Consiglio di Stato la funzione di convocare e presiedere le adunanze nonché di esercitare ogni altra funzione connessa a tali attribuzioni. Tuttavia, l'art. 10 co. V, attribuisce ad almeno quattro componenti il potere di richiedere, con efficacia vincolante, la convocazione della seduta, da cui discende l'obbligo del presidente di provvedere in senso conforme entro venti giorni.

Premessa la natura vincolata dell'atto presidenziale di convocazione, *quid iuris* in caso di sua omissione? Applicando una soluzione già sperimentata in altri organi collegiali pubblici, potrebbe individuarsi un rimedio nell'azione avverso il silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. dinanzi al TAR del Lazio (40).

(39) SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., op. cit.: "Dalle relazioni di gerarchia, di direzione e di coordinazione, va tenuta distinta la posizione di presidenza, la quale ricorre, per lo più negli organi collegiali, allorché a uno degli esponenti di un organo complesso viene attribuita in proprio una funzione di predisposizione, propulsione, coordinazione, guida e disciplina dei lavori comuni. Tale funzione viene esercitata al servizio dell'attività collegiale, ma anche con atti posti in essere prima e dopo delle riunioni del collegio (fissazione dell'ordine del giorno, convocazione, nomina del relatore, firma dei verbali ecc...)".

(40) Più in generale sul rimedio avverso il silenzio della pubblica amministrazione si segnalano, a titolo esemplificativo, gli studi di VIOLA L., *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, op. cit. CENTOFANTI N., *La nuova disciplina del silenzio della P.A.: comportamenti inadempienti, tutela amministrativa e giurisdizionale*, op. cit. GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, op. cit. MIGNONE C.-VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, op. cit. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., op. cit. GALLO C.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, VI ed., op. cit. JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, V ed., a cura di R. ROLLI, op. cit. ROLLI R., *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi: tempo, silenzio e processo amministrativo*, op. cit. SASSANI B.-VILLA R., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, op. cit. MONETA G., *Elementi di giustizia amministrativa*, op. cit. CORRADINO M.-STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, op. cit.

In relazione, poi, alla formulazione dell'ordine del giorno, l'art. 12 conferisce al presidente il potere di indicare gli argomenti di ciascuna seduta e di modificarne la sequenza di trattazione, fatti salvi i poteri del collegio (41). Del resto, *"all'inizio di ogni seduta, in caso di particolare urgenza, su proposta del Presidente o di ciascuno dei componenti, il Consiglio, ove siano presenti tutti i suoi componenti aventi diritto al voto, può deliberare di aggiungere all'ordine del giorno altri argomenti. Tuttavia, se un componente ne fa richiesta, l'argomento è rinviato ad altra seduta"*. Il regolamento prevede, altresì, che l'ordine del giorno debba essere comunicato almeno 7 giorni prima della riunione a tutti i componenti.

Per quanto concerne il potere di direzione dei lavori, le principali disposizioni a riguardo sono contenute negli artt. 15 (42) e 16 (43) del regolamento; per quanto non espressamente previsto trova applicazione, in via analogica, la disciplina all'uopo dettata per il C.S.M.

Infine, con riferimento al potere presidenziale di polizia delle sedute, la normativa sul Consiglio di presidenza tace al riguardo. Nonostante il silenzio del diritto positivo, un fondamento giuridico alla potestà di polizia delle riunioni può rinvenirsi in un principio inespresso, ricavabile da una interpretazione sistematico-deduttiva delle vigenti norme in tema collegialità; il principio secondo cui, stante l'obbligatorietà dell'ufficio presidenziale, la posizione di primazia, ad esso riconducibile, si manifesterebbe in ciascun collegio in una pluralità di fun-

(41) L'art. 13 del regolamento prescrive in tal senso che *"nel corso della seduta, ogni punto all'ordine del giorno è esaminato secondo l'ordine di iscrizione, e non si passa al successivo se sul precedente non si sia deliberato. Il Presidente della seduta, di propria iniziativa o anche su richiesta di un componente può decidere di modificare l'ordine di trattazione in relazione a punti connessi. Se vi sia opposizione o se il Presidente ritenga di non accogliere la proposta il Consiglio delibera a maggioranza sull'ordine dei lavori"*.

(42) In base all'art. 15 *"il relatore designato dalla Commissione o dal Presidente introduce e conclude la discussione generale. Introduce, altresì, la discussione dei singoli punti del testo della proposta da votare, ove siano necessari o richiesti esame e votazione per parti separate. Il relatore che per qualsiasi motivo venga a trovarsi nella impossibilità di riferire è tempestivamente sostituito con altro relatore dal Presidente della Commissione o dal Presidente del Consiglio di Presidenza per gli affari iscritti all'ordine del giorno della stessa seduta. Ogni componente può intervenire secondo l'ordine di iscrizione una sola volta e per non più di cinque minuti. Lo stesso componente può nuovamente intervenire una sola volta per non più di cinque minuti dopo l'intervento degli altri componenti iscritti a parlare. Il Presidente può eccezionalmente derogare ai limiti di tempo degli interventi. Prima della chiusura della discussione generale ogni componente può presentare emendamenti al testo oggetto della discussione stessa chiarendone sinteticamente i motivi. Su ogni emendamento ogni componente può intervenire per non più di cinque minuti. Qualora siano stati presentati più emendamenti ad uno stesso testo, essi sono posti ai voti cominciando da quelli che più si allontanano dal testo originario: prima quelli interamente soppressivi, poi quelli parzialmente soppressivi, quindi quelli modificativi, e infine quelli aggiuntivi"*.

(43) Secondo l'art. 16 *"per la validità delle votazioni è necessaria la presenza di almeno nove componenti. Alle votazioni si procede di norma per alzata di mano. Se lo richiedono almeno due componenti, si procede per appello nominale. La votazione avviene per ordine alfabetico, previo sorteggio della lettera con cui iniziare. Il Consiglio delibera a scrutinio segreto sui provvedimenti riguardanti persone e lo stato giuridico dei magistrati; delibera, altresì, a scrutinio segreto su richiesta di almeno quattro membri. È approvata la proposta che abbia accolto la maggioranza dei voti espressi ivi compresi gli astenuti o le schede bianche, salve le ipotesi di maggioranza qualificata. Nel caso in cui la proposta della Commissione, come eventualmente emendata, non sia approvata dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, vengono poste in votazione nell'ordine, la proposta alternativa formulata in Commissione, se esistente, ovvero quella di cui all'art. 15, comma 6. In caso di mancata approvazione della proposta della Commissione o della mancata approvazione di quelle alternative, l'argomento posto all'ordine del giorno viene rinviato in Commissione"*.

zioni astrattamente predeterminate; e tra esse rientra, a pieno titolo, la potestà di polizia delle sedute che si manifesta nell'esercizio di poteri di mantenimento e ripristino del regolare svolgimento dei lavori. Con riferimento ai contenuti che siffatta prerogativa può concretamente assumere, si applicherà analogicamente la disciplina all'uopo prevista in altri organi collegiali pubblici; puntuali ed esaustive disposizioni sui poteri presidenziali di polizia delle sedute si rintracciano nel Regolamento della Camera dei Deputati (Parte Prima, Capo XI e Capo XII, artt. 59, 60, 61, 62 e 64).

2.2.1. La prevalenza del voto del presidente in caso di parità dei suffragi.

Ai sensi dell'art. 12 l. 27 aprile 1982, n. 186 e s.m.i., le deliberazioni del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa "sono prese a maggioranza e a voto palese"; inoltre "in caso di parità, prevale il voto del presidente".

L'ultima parte della disposizione, che attribuisce funzione dirimente al voto presidenziale in caso di parità dei suffragi (44), assume particolare interesse, in quanto consente di verificare la compatibilità di un tale potere di sovraordinazione con i caratteri generali della primazia e, segnatamente, con la posizione di preminenza formale del presidente e con la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

Del resto, tale eccezionale prerogativa, potrebbe astrattamente incrinare il modello equiordinato delle relazioni *infra*-collegiali (45), con il riconoscimento in capo al presidente di una posizione giuridica di sovraordinazione sugli altri membri del consesso (46).

Questa tesi è superabile attraverso alcune argomentazioni di ordine generale. Innanzitutto, la prevalenza del voto presidenziale, riallacciandosi alla finalità di assicurare il proficuo svolgimento delle adunanze, intende scongiurare ritardi o paralisi procedimentali, ostativi al soddisfacimento della finalità deliberativa. D'altronde, ove non fosse previsto un congegno giuridico di prevalenza, la parità dei suffragi renderebbe necessaria una nuova votazione, non

(44) Per un'analisi delle ipotesi di prevalenza del voto presidenziale, a parità di suffragi, VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 296. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit., p. 50: "Questo maggior potere non può esercitarsi se non è appositamente conferito, perché è contrario al principio di uguaglianza fra i membri di un collegio". In generale sulle diverse soluzioni adottabili, in caso di parità di voti, si rinvia ai tradizionali contributi di CAMMEO F., *La parità dei voti nelle deliberazioni comunali*, op. cit. BORSI U., *La parità di voti nelle deliberazioni degli organi collegiali degli enti locali*, op. cit. FORTI U., *La parità di voto nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. DE GENNARO G., *La parità di voti nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. LA TORRE M., *Parità di voti e voto del presidente del collegio*, op. cit. STRANGES A., *Deliberazioni dei consigli comunali: effetti della parità di voti, ripetizione della votazione*, op. cit. DAGTOGLOU P., *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, op. cit. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1963, n. 102, in *Foro amm.* 1963. Cons. reg. sic., sez. VI, 18 maggio 1972, n. 344, in *Cons. Stato* 1974.

(45) Tutti i voti concorrono in egual misura alla formazione della volontà collegiale. Infatti il principio della parità dei voti rappresenta una regola consustanziale alle relazioni di equiordinazione che si instaurano all'interno del consesso. Un principio che discende dall'art. 48 co. II Cost. sull'uguaglianza del voto ed è, altresì, applicabile alle votazioni degli organi collegiali.

(46) D'altronde, la prevalenza del voto presidenziale derogherebbe alla regola quantitativa secondo cui ogni voto vale uno e solo la confluenza della maggioranza dei voti su una determinata proposta è in grado di consentirne l'approvazione. Notò è il principio secondo cui, normalmente, i voti si contano e non si pesano. Il sistema del voto ponderato, viceversa, assegna, valore superiore al voto del presidente rispetto ai voti degli altri componenti.

considerandosi la proposta né approvata né respinta; la parità dei voti ha di per sé valore neutro (47). Inoltre, il maggior valore attribuito al suffragio del presidente, lungi dal costituire prerogativa costante di ogni presidenza, rappresenta una prerogativa eccezionale, contemplata solo in alcuni organi collegiali, in presenza di un'espressa disposizione abilitante (48).

Ad ogni modo l'argomentazione più convincente per ricondurre la prevalenza del voto del presidente del Consiglio di presidenza al contenuto ed ai caratteri tipici della primazia può rinvenirsi nella teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza (49). Sulla scorta di tale teoria, la figura organizzatoria della primazia ricomprende nel proprio nucleo interno occasionali poteri di sovraordinazione, con relativi episodi di preminenza sostanziale, i quali, per la loro marginalità, appaiono recessivi, risultando assorbiti da (e nei) prevalenti poteri di equiordinazione del presidente.

Da ciò si evince come il fenomeno dell'assorbimento o della prevalenza sia idoneo a sterilizzare ed annullare i marginali poteri di sovraordinazione, tra cui la prevalenza del voto a parità di suffragi, occasionalmente esercitati dal presidente in veste di *primus inter pares*. In definitiva la prevalenza del voto, pur potendo esprimere episodi di preminenza sostanziale, non è in grado di alterare i caratteri generali della primazia tra cui la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

2.3. Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti. Il contenuto della posizione di primazia del presidente.

Il Consiglio di Presidenza della Corte dei conti (50) è l'organo di autogoverno della magistratura contabile, istituito e disciplinato dall'art. 10 l. 13 aprile 1988, n. 117 e s.m.i. (51) e dal regolamento interno del 24-25 gennaio 2012; appartiene alla famiglia dei collegi imperfetti o virtuali (52).

(47) È convincimento diffuso che il tempo sia una variabile fondamentale per qualsivoglia attività umana ivi compresa l'attività degli organi collegiali. (Per un penetrante studio filosofico sul tempo DORATO M., *Che cos'è il tempo?*, Carocci, Roma, 2013). In sede di votazione la parità dei voti, oltre a ritardare l'esercizio della funzione deliberativa, rischierebbe in molti casi di paralizzare l'azione del collegio, in quanto successive ripetizioni del voto potrebbero condurre nuovamente alla parità, con arresto dell'*iter* deliberativo; un'ipotesi verosimile nei collegi imperfetti o virtuali specie di piccole dimensioni. Attribuire prevalenza al voto del presidente, viceversa, consente di garantire un fruttuoso esito al procedimento collegiale.

(48) In tema si rinvia alle osservazioni di carattere generale di GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 234. Come acutamente evidenziato dall'Autore "al fine di ritenere raggiunta la maggioranza anche in caso di parità di voti non si può dare prevalenza sempre al voto del Presidente; altrimenti si altererebbe la par condicio dei componenti. Pertanto se la maggioranza non si è numericamente raggiunta, la unificazione tra i voti che dà luogo all'atto collegiale non si è formata e l'atto stesso non acquista esistenza giuridica. La proposta non può ritenersi né approvata, né respinta: essa è stata presentata, discussa, votata, ma il collegio non è riuscito a pronunciarsi. Perciò nessun ostacolo si oppone a che essa sia nelle forme dovute nuovamente presentata affinché il collegio, in successiva adunanza e diversamente costituito, possa riesaminarla, discuterla e deliberarla".

(49) In proposito ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(50) Con la locuzione Consiglio di presidenza si intende far riferimento esclusivamente all'Assemblea, non già agli altri organi collegiali minori in cui l'istituzione complessivamente considerata tende a ripartirsi.

(51) Si segnalano, in special modo, le modifiche introdotte dall'art. 1, co. I, D.lgs. 7 febbraio 2006, n. 62 e, più di recente, dall'art. 11 della l. 4 marzo 2009, n. 15.

Alla stregua di qualsivoglia organo collegiale, anche il Consiglio di Presidenza individua al proprio interno un ufficio deputato al coordinamento orizzontale delle plurime attività del consesso; preposto a tale ufficio è il presidente, figura obbligatoria e non rinunciabile, in quanto istituita per assicurare in ogni momento la piena funzionalità dei lavori (53).

Il Consiglio di presidenza è diretto *ratione officii* dal presidente della Corte dei conti; in questo ruolo di *primus inter pares*, egli riveste una posizione di primazia formale nell'ambito di una relazione di pariordinazione con tutti i componenti del collegio (54). Tale posizione di preminenza meramente formale si manifesta, generalmente, nelle funzioni di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute. Si tratta di funzioni amministrative dalla natura ampiamente discrezionale, salvo diversa previsione del diritto positivo.

Con precipuo riferimento al potere di convocazione, ai sensi dell'art. 2 co. I del regolamento *"la prima riunione del Consiglio è convocata dal Presidente della Corte entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto del Presidente della Repubblica che lo ha costituito"*; inoltre in base all'art. 13 co. I *"il Presidente predispose il programma semestrale delle adunanze consiliari e ne dà comunicazione al Consiglio"* (55).

La disposizione ribadisce, così, il principio che individua nel presidente la figura investita, in via ordinaria, della funzione di convocazione delle riunioni; nell'ambito del Consiglio di presidenza tale funzione sembra, altresì, rafforzata dal riconoscimento di un potere di programmazione semestrale delle sedute.

Nonostante la centralità del ruolo presidenziale, l'art. 13 co. III assegna ad una Commissione o ad almeno tre componenti del *plenum* il potere di richiedere, in via straordinaria, la convocazione della adunanza, con indicazione degli argomenti da porre all'ordine del giorno. Si è al cospetto di un'ipotesi di autoconvocazione che, per principio generale, necessita pur sempre di un formale atto del presidente, a cui l'ordinamento conferisce un margine di apprezzamento sulla richiesta; infatti ove reputi di accoglierla, ne darà al Consiglio motivata comunicazione, che sarà iscritta al primo punto dell'ordine del giorno della successiva seduta ordinaria.

(52) Prova di ciò si rinviene nella disposizione di cui all'art. 17 del regolamento della Corte dei conti, il quale in tema di *quorum* prescrive al co. I che *"per la validità delle sedute è necessaria la presenza di almeno sette componenti, dei quali cinque magistrati e due eletti dal Parlamento"*.

(53) In base all'art. 5 co. I *"il Consiglio è presieduto dal Presidente della Corte dei conti"*, aggiunge poi il co. II che *"in caso di assenza o impedimento, il Presidente è sostituito nelle funzioni inerenti allo svolgimento delle attività del Consiglio, con compiti di Vicepresidente, dal Presidente aggiunto della Corte dei conti o, in mancanza, da un membro eletto dal Parlamento, designato secondo un criterio di rotazione annuale"*. Puntualizza poi il co. III che *"qualora, nel corso di una seduta del Consiglio cui non sia presente il Presidente, si verifichi anche l'assenza di entrambi i componenti di cui al comma 2, la presidenza della seduta è assunta, per la durata dell'assenza, dal componente più anziano per età. Tale componente assume la presidenza anche all'inizio della seduta in caso di comunicazione di impedimento od assenza sia del Presidente sia di entrambi i componenti di cui al comma 2"*. Per una trattazione generale del tema si rinvia all'opera monografica di CIANFLONE A., *La supplenza nelle funzioni amministrative*, op. cit.

(54) Un principio che riceve esplicita consacrazione all'art. 6 co. I del regolamento secondo il quale *"tutti i componenti partecipano ai lavori e alle deliberazioni del Consiglio in posizione di parità"*.

(55) Inoltre l'art. 13 co. II prosegue stabilendo che *"il Consiglio di presidenza è convocato in adunanza, eventualmente divisa in più sedute, dal Presidente o, in caso di sua assenza o impedimento, dal Presidente aggiunto"*.

Per quanto concerne, poi, la predisposizione dell'ordine del giorno, in base all'art. 15 co. I, esso viene definito analiticamente dal Presidente anche su segnalazione di argomenti da parte dei Presidenti delle Commissioni. Inoltre, secondo l'art. 13 co. IV, il presidente (o chi ne fa le veci) *"convoca il Consiglio, inviando l'ordine del giorno a tutti i componenti almeno quattro giorni prima della seduta"*. La disposizione rimarca il generale collegamento tra l'atto di convocazione e gli argomenti oggetto di trattazione nel primo indicati.

Le funzioni presidenziali di convocazione delle adunanze e di formulazione dell'ordine del giorno, sia pur discrezionali, incontrano taluni limiti; può accadere, del resto, che in casi eccezionali venga conferito ad un prescritto numero di componenti il potere di richiedere la convocazione straordinaria dell'adunanza con l'indicazione dei relativi argomenti.

Inoltre, l'ordinamento della Corte dei conti riconosce al Consiglio e ad i suoi membri significativi poteri in proposito quali le facoltà di inserzione di ulteriori argomenti e di rinvio della discussione ad altra seduta (56). Si veda in tal senso l'art. 15 co. III: *"All'inizio di ciascuna seduta, in caso di particolare urgenza, anche su proposta di uno dei componenti, il Presidente può aggiungere all'ordine del giorno altri argomenti. Tuttavia, se tre componenti ne fanno richiesta, l'argomento è rinviato alla successiva seduta"*; inoltre sulla base del co. IV *"una Commissione ovvero tre membri del Consiglio di presidenza hanno la facoltà di chiedere che un determinato argomento sia posto all'ordine del giorno della successiva adunanza, indicando uno o più relatori. Se il Presidente non ritiene di accogliere la richiesta, ne dà comunicazione, motivandola, al Consiglio di presidenza nella stessa adunanza"*. Quest'ultima parte della disposizione assume particolare rilievo in quanto assegna al presidente la facoltà di paralizzare la discussione su un dato argomento, impedendone l'inserimento all'ordine del giorno.

La formulazione dell'ordine del giorno presenta, dunque, i tratti di una funzione concorrente, ripartita tra presidente, collegio e componenti; ciò avvalorata la tesi circa la natura formale della posizione di primazia del presidente; una posizione giuridica che si estrinseca nell'esercizio di poteri strumentali al corretto funzionamento del collegio.

Quanto alla potestà direttiva dei lavori, l'art. 16 del regolamento dispone al co. I che *"nel corso della seduta ogni argomento all'ordine del giorno è distintamente esaminato secondo l'ordine d'iscrizione"*; inoltre ai sensi del comma successivo *"il Presidente può, anche su proposta di uno o più componenti, modificare la successione degli argomenti da esaminare e riunire la discussione di punti connessi. Se vi è opposizione, il Consiglio delibera sull'ordine dei lavori"*. Tale inciso evidenzia il ruolo di mero *primus inter pares* del presidente, affidando ad una deliberazione del collegio la risoluzione di particolari conflitti che possano insorgere tra presidente e componenti. Il co. III dell'art. 16 stabilisce, inoltre, che *"il Presidente dirige la discussione, curando che gli interventi siano svolti in modo sintetico, eventualmente limitando il tempo consentito per l'esposizione e il numero degli interventi di ciascun componente, salvo quelli dei relatori per le Commissioni"*. Si tratta dei generali poteri direttivi assegnati a ciascun presidente di organo collegiale, in vista del regolare ed ordinato svolgimento delle adunanze.

(56) Prescrive l'art. 13 co. V del regolamento interno che *"all'ordine del giorno sono allegati i documenti necessari per la trattazione degli argomenti. In caso d'inserimento di documentazione oltre i termini di cui ai commi 4 e 6, l'esame dell'argomento può essere rinviato dal Consiglio ad una successiva adunanza, su richiesta di almeno tre componenti"* Aggiunge poi il co. VI che *"in caso d'urgenza, la convocazione e l'ordine del giorno e le sue eventuali integrazioni devono essere comunicati almeno tre giorni prima della seduta, con le proposte delle competenti Commissioni"*.

Per quanto concerne, in special modo, la fase delle votazioni (57), prescrive in tal senso l'art. 17 co. II: "*Le deliberazioni del Consiglio sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo i casi nei quali la legge o il presente Regolamento stabiliscano una maggioranza speciale*"; di particolare importanza il co. III, il quale prevede che "*salvi i casi in cui è stabilita una maggioranza speciale, nell'ipotesi di parità, prevale il voto del Presidente*". Questa disposizione, che attribuisce prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi, tende ad essere ricorrente, come visto, negli organi collegiali di autogoverno; si rinvia alle considerazioni precedentemente espresse in relazione al Consiglio superiore della magistratura e al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

La peculiarità del Consiglio di presidenza della Corte dei conti, in proposito, si rinviene nella *voluntas legis* di circoscrivere ulteriormente questo eccezionale potere presidenziale alle ipotesi di votazione a maggioranza dei presenti, con esclusione quindi delle votazioni che richiedano maggioranze speciali o qualificate.

Quanto al potere di polizia delle sedute, tale potere va riconosciuto al presidente sia sulla base dell'art. 19 del regolamento (58), sia alla luce di un principio inespresso, ricavabile da un'interpretazione sistematico-deduttiva delle vigenti norme sulla collegialità; il principio secondo cui, stante l'obbligatorietà dell'ufficio presidenziale, la posizione di primazia, di esso espressiva, si rivelerebbe in ciascun collegio in alcune funzioni tipicamente predeterminate; tra queste rientra, a pieno titolo, la potestà di mantenimento e ripristino dell'ordinato svolgimento dei lavori, quale potestà strumentale al corretto funzionamento del consesso (59).

Descritte le funzioni tipiche della *iusris figura* della primazia occorre, ora, domandarsi se in casi eccezionali la posizione di primazia del presidente possa assumere i caratteri di una

(57) L'art. 18 del regolamento prevede che: "*Relativamente ad ogni argomento posto all'ordine del giorno sono discusse e decise, nel seguente ordine e con precedenza su ogni altra, le questioni, sinteticamente motivate, relative alle richieste: a) di non deliberazione sull'argomento; b) di rinvio della discussione o della deliberazione; c) di sospensione della discussione e della deliberazione sull'argomento fino ad una data determinata o ad un momento successivo alla deliberazione su altro argomento connesso. Successivamente, per ogni argomento, vengono discusse e deliberate prima le eventuali proposte di acquisizione o integrazioni istruttorie e, poi, le questioni di definizione del merito. I richiami al Regolamento o per l'ordine del giorno o per l'ordine dei lavori o per la posizione della questione o per la priorità delle votazioni hanno la precedenza sulla questione principale. Prima della votazione sulla proposta, si pongono in votazione gli emendamenti. Qualora siano presentati più emendamenti ad uno stesso testo, essi sono posti in votazione cominciando da quelli che più si allontanano dal testo originario: prima quelli parzialmente soppressivi, quindi quelli parzialmente sostitutivi ed, infine, quelli aggiuntivi. I sub-emendamenti sono votati prima di quello principale. Nel caso siano proposti emendamenti parzialmente soppressivi ovvero se il testo proposto dalla Commissione sia suscettibile di essere diviso per argomenti distinti, si può procedere al voto per parti separate, su richiesta di uno dei componenti; si può altresì, in tal caso, procedere a discussione divisa su ciascuna parte che venga successivamente messa in votazione". L'osservanza dell'ordine di votazione è assicurata, in ogni caso, dal presidente del collegio.*

(58) Scarni riferimenti sono contenuti nell'art. 19 del regolamento interno ai sensi del quale "*le sedute del Consiglio sono pubbliche. Compete al Presidente determinare le modalità di accesso del pubblico in aula*".

(59) Rinvenuta la *ratio* dell'ammissibilità del potere presidenziale di polizia delle sedute, va sciolto il nodo di gordio dei contenuti assunti in concreto da tale prerogativa nel silenzio della normativa vigente; un problema che con riferimento al Consiglio di presidenza della Corte dei conti potrebbe risolversi applicando in via analogica la disciplina del Regolamento della Camera dei Deputati (Parte Prima, Capo XI e Capo XII, artt. 59, 60, 61, 62 e 64) sui poteri di polizia delle sedute del Presidente di Assemblée.

preminenza sostanziale sugli altri componenti, idonea ad incidere sulla formazione della volontà collegiale.

Con riferimento al Consiglio di presidenza della Corte dei conti vi sono elementi che fanno propendere per una soluzione affermativa. In primo luogo va osservato come il ruolo di *primus inter pares* in seno al *plenum* risulti rafforzato dalla contemporanea posizione di organo monocratico assunta dal presidente quale vertice organizzativo della Corte dei conti, istituzione più ampia presso cui è incardinato l'organo di autogoverno. Il rafforzamento della posizione di primazia in seno al Consiglio si esplica in un potenziamento delle funzioni presidenziali di *primus inter pares*, con possibili ricadute sul procedimento collegiale.

In secondo luogo è d'obbligo rilevare l'idoneità di taluni poteri di sovraordinazione ad arricchire con elementi di preminenza sostanziale la posizione di primazia formale del presidente. Si pensi ai poteri di urgenza contemplati dall'art. 14 del regolamento in base ai quali *"il presidente può adottare le deliberazioni di competenza del consiglio in caso di obiettiva urgenza e nell'impossibilità di una immediata convocazione del consiglio stesso. Tali deliberazioni sono trasmesse al consiglio nella sua prima adunanza, con motivata relazione, al fine della loro ratifica"* (60).

Inoltre, episodi di preminenza sostanziale del presidente nel corso dei lavori collegiali sono determinati da peculiari elementi o vicende afferenti l'ufficio di presidente e il rispettivo titolare, tra cui l'assenza di un meccanismo di revoca da parte dei componenti nonché il patologico esercizio delle funzioni presidenziali.

In definitiva, va sottolineato come eventuali ed occasionali episodi di preminenza sostanziale non risultino in grado di alterare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, l'ordinaria posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti. Del resto la figura organizzativa della primazia tollera nel proprio nucleo interno poteri di sovraordinazione ed episodi di preminenza sostanziale, che vengono assorbiti nelle dominanti funzioni di equiordinazione e nei relativi episodi di preminenza formale, in base alla teoria della prevalenza o dell'assorbimento (61).

2.3.1. Omessa convocazione ed inserzione di argomenti all'ordine del giorno a fronte della richiesta del prescritto numero di componenti.

Di particolare interesse risulta essere la fattispecie, espressamente prevista dagli artt. 13 e 15 del regolamento, in cui il presidente del Consiglio di presidenza, nonostante la richiesta vincolante di quota parte del collegio (62), ometta di convocare l'adunanza e/o di inserire determinati argomenti all'ordine del giorno (63). In questo caso l'esercizio delle funzioni ammi-

(60) Inoltre, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 14, *"sono fatti salvi gli effetti dell'atto fino al momento dell'eventuale diniego di ratifica"*.

(61) Si vedano in proposito gli studi di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(62) Con riferimento alla mera inserzione di argomenti all'ordine del giorno si tratta di richiesta parzialmente vincolante in quanto la lettera dell'art. 15 co. IV consente al presidente di rigettare motivatamente l'istanza avanzata dal prescritto numero di componenti.

(63) Prescrive in tal senso l'art. 13 co. III: *"Il Consiglio di Presidenza può essere convocato in via straordinaria su richiesta motivata di una Commissione o di almeno tre componenti. Nella richiesta di convocazione deve essere specificamente indicato l'argomento da porre all'ordine del giorno"*. Ribadisce, poi, l'art. 15 co. IV: *"Una Commissione ovvero tre membri del Consiglio di Presidenza hanno la facoltà*

nistrative di convocazione e formulazione dell'ordine del giorno assume caratteri vincolati, in tutto o in parte, a seconda che l'istanza riguardi, rispettivamente, la convocazione oppure la semplice inserzione di nuovi argomenti. In questa seconda fattispecie, a differenza della prima, il presidente godrebbe, infatti, di un certo margine di apprezzamento, potendo rigettare espressamente la richiesta con indicazione delle ragioni del dissenso.

A fronte del silenzio presidenziale sull'istanza dei richiedenti si configura un'omissione giuridicamente rilevante, quale effetto della violazione di un obbligo di provvedere. In ordine alla mancata inserzione di argomenti all'ordine del giorno è generalmente ammissibile un intervento del collegio in sostituzione del presidente, ove la seduta risulti regolarmente convocata. Diversamente nelle ipotesi di omessa convocazione dell'adunanza, i componenti del Consiglio hanno la sola facoltà di richiedere, con efficacia vincolante, la convocazione della seduta al presidente che sarà obbligato a provvedervi. In caso di sua omissione, nel silenzio del diritto positivo, occorre individuare un rimedio in grado sia di ripristinare la corretta funzionalità dell'organo sia di tutelare le legittime pretese dei richiedenti.

In ragione della natura amministrativa della funzione di convocazione omessa, idoneo rimedio potrebbe ravvisarsi nell'azione avverso silenzio inadempimento ex artt. 31 e 117 c.p.a. (64) dinanzi al TAR del Lazio. In questo modo, dunque, il giudice amministrativo, su ricorso di almeno tre interessati, convoca, direttamente o tramite commissario *ad acta* (65), l'adunanza fissandone il relativo ordine del giorno, come da richiesta del prescritto *quorum* di componenti. Si assisterebbe, così, all'intervento di un organo giurisdizionale esterno con poteri surrogatori.

L'ammissibilità di un siffatto rimedio nel caso di specie trova giustificazione nel principio di ordine generale che prevede l'obbligatorietà dell'ufficio presidenziale e della posizione di primazia ad esso correlata. Se necessariamente occorre la presenza di un coordinatore che assicuri il corretto funzionamento del collegio è, *a fortiori*, indispensabile identificare un adeguato rimedio in caso di inadempimento da parte del presidente ai propri compiti istituzionali;

di chiedere che un determinato argomento sia posto all'ordine del giorno della successiva adunanza (...). Se il presidente non ritiene di accogliere la richiesta, ne dà comunicazione motivandola, al Consiglio di presidenza nella stessa adunanza".

(64) In dottrina sulla azione avverso il silenzio della P.A. si rinvia ai contributi di VIOLA L., *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, op. cit. CENTOFANTI N., *La nuova disciplina del silenzio della P.A.: comportamenti inadempienti, tutela amministrativa e giurisdizionale*, op. cit. GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, op. cit. MIGNONE C.-VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, op. cit. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., op. cit. GALLO C.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, VI ed., op. cit. JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, V ed., a cura di R. ROLLI, op. cit. ROLLI R., *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi: tempo, silenzio e processo amministrativo*, op. cit. SASSANI B.-VILLA R., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, op. cit. MONETA G., *Elementi di giustizia amministrativa*, op. cit. CORRADINO M.-STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, op. cit. Un eventuale rimedio alternativo potrebbe ravvisarsi nella disposizione di cui all'art. 2367 co. II c.c. che in tema di Assemblea di S.p.a. prevede il ricorso al Tribunale ordinario per una convocazione *ope iudicis* in caso di rifiuto (e a fortiori omissione) del presidente.

(65) Più in generale sulla figura del commissario *ad acta* nel giudizio amministrativo VIGNOLA V., *Esecuzione del giudicato e il commissario ad acta*, Napoli, 1994. ORSONI G., *Il commissario ad acta*, Cedam, Padova, 2001. APREA G., *Inottemperanza, inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2003. D'ANTONIO S., *Il commissario ad acta nel processo amministrativo: qualificazione dell'organo e regime processuale degli atti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.

ciò a riprova della posizione di preminenza formale del presidente nonché della reciproca parioridinazione di tutti i componenti.

Ad ogni modo la tutela della sfera di autonomia del Consiglio di presidenza della Corte dei conti da ingerenze esterne pare recessiva dinanzi al prioritario interesse alla funzionalità del *plenum*, considerando altresì la natura di organo di mera rilevanza costituzionale della Corte dei conti.

3. Gli organi collegiali a composizione tecnica. Premessa.

Gli organi collegiali a composizione tecnica si inscrivono nel più ampio *genus* degli organi amministrativi (66) e ad essi appartengono le Commissioni di esame, di concorso (67) e di gara (68), le Commissioni di disciplina, i Collegi sindacali.

Per collegio tecnico si intende, di regola, “*un collegio composto di persone particolarmente qualificate, chiamate a fornire un giudizio - fondato su elementi tecnici - su un determinato fatto, oggetto, persona*”, del resto, svolgendo un'attività di giudizio (69), sono caratterizzati dal particolare tecnicismo richiesto ai loro componenti ai fini della valutazione (70).

(66) TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit.: “*La legislazione si limita spesso a qualche norma generica sulla vita dei collegi amministrativi. Molti (...) vengono creati con provvedimenti amministrativi, senza regole sul loro funzionamento. È diffusa allora la tendenza ad estendere la disciplina legislativa abbastanza minuta dei consigli comunali*”. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit.: “*La vicenda degli organi collegiali costituisce indubbiamente una delle pagine più anomale nella storia degli studi di diritto amministrativo. Ben pochi istituti, infatti, hanno così poco attirato l'attenzione della dottrina come gli organi collegiali; una carenza di interesse di difficile comprensione, soprattutto se si consideri il rilievo quantitativo del fenomeno collegiale nella pubblica amministrazione*”.

(67) Senza pretese di esaustività, in dottrina, NASUTI A., *La commissione giudicatrice dei concorsi a posti d'impiego presso gli enti locali*, Maggioli, Rimini, 1987. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1969, n. 86, in *Foro it.* 1969.

(68) Si è deciso di non affrontare l'esame delle Commissioni di gara, potendo ad esse applicarsi, in via estensiva, le considerazioni relative alle Commissioni di esame e di concorso. Sulle Commissioni di gara, in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 1987, n. 230, in Cons. Stato 1987. Tar Veneto, sez. I, 7 agosto 2013, n. 1022, in www.giustizia-amministrativa.it.

(69) In proposito VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 225. Ad avviso dell'Autore, tuttavia, vi sarebbe una seconda tipologia di collegi tecnici che si ha “*quando una pluralità di persone è chiamata a pronunciarsi, ciascuna su argomenti tecnici diversi per i quali sia competente, onde emettere un giudizio complessivo su un fatto, una persona, un oggetto. Tale categoria non ha molto a che fare con quella precedentemente descritta; in essa troviamo più persone che svolgono funzioni aventi talora oggetto completamente diverso*”. In questa seconda categoria vige “*la più completa atipicità; talora la diversità di funzioni rileva fino al momento decisivo, nel senso che ciascuno non è affatto competente a sindacare il giudizio sulle materie di altrui competenza, ma si limita a riferire, in una riunione finale, quanto gli risulta. In questi casi non sembra possa dirsi che trattasi di veri collegi, quanto piuttosto di mere riunioni di esperti, mentre la decisione - rectius il giudizio - se viene emanato, si ottiene sommando automaticamente le valutazioni di questi*”.

(70) Sui collegi a composizione tecnica, in dottrina, GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit. NASUTI A., *La commissione giudicatrice dei concorsi a posti d'impiego presso gli enti locali*, op. cit. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 1973, n. 39, in *Foro amm.* 1973.

I collegi tecnici si collocano, altresì, nella famiglia dei collegi perfetti o reali da cui mutuano parte della propria disciplina, tra cui, il *quorum* costitutivo integrale, la presenza di membri supplenti (71) e l'inammissibilità di forme di astensione al momento del voto.

A differenza dei collegi giudiziari, i cui componenti hanno uno *status* professionale che nasce dal rapporto di servizio, i collegi tecnici sono, invece, formati da membri scelti *ad horas*, in virtù della temporaneità e straordinarietà dell'organo. I collegi tecnici godono, inoltre, di alcune caratteristiche che li distinguono, altresì, dai collegi rappresentativi di interessi economico-professionali; in special modo "*i membri che li costituiscono (...) non si presentano come titolari di interessi puntualizzati in enti, categorie, uffici*", bensì risultano titolari dell'interesse oggettivo al "*buon funzionamento della pubblica amministrazione*" (72).

Ai collegi a composizione tecnica si applica perfettamente la figura organizzatoria della primazia con le relative considerazioni sul ruolo di *primus inter pares* esercitato dal presidente nel coordinamento delle attività del consesso; un ruolo che si manifesta generalmente nelle tipiche funzioni amministrative di convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno (73), direzione dei lavori, polizia delle sedute; d'altronde, tali funzioni presidenziali si caratterizzano per la natura meramente formale-procedurale e per la strumentalità rispetto al corretto svolgimento delle adunanze; attraverso il loro concreto esercizio la primazia si rivela quale posizione di ordinaria preminenza formale del presidente sugli altri componenti.

Occorre domandarsi, a questo punto, se in particolari casi la posizione di primazia possa assumere, altresì, connotati sostanziali, idonei ad incidere sulla libera formazione della volontà collegiale. La risposta a tale quesito deve tener presenti, da un lato, le caratteristiche di tali organi e, dall'altro, gli elementi e le vicende afferenti l'ufficio di presidente ed il rispettivo titolare.

(71) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., pp. 215-216: "*Pur divenendo la supplenza operativa appena si verifica l'impedimento del titolare, la partecipazione del supplente ai lavori è sempre condizionata da un atto del presidente, che ammette o invita il supplente a far parte del collegio*". Inoltre "*il supplente deve intervenire al posto del componente per la cui sostituzione è stato nominato, avendo la stessa qualificazione e non al posto di componente diverso*". In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2003, n. 344 e Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 543, in www.giustizia-amministrativa.it.

(72) GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, vol. I, op. cit., pp. 14-15: "*La diversità di opinioni che in tali collegi può manifestarsi sino al punto da portare a dichiarazioni divergenti (relazioni di minoranza) non deve trarre in inganno; la disparità di dichiarazioni infatti non scaturisce perché i membri si presentano come titolari di interessi diversi, ma semplicemente perché l'attuazione o la cura dell'unico e medesimo interesse può atteggiarsi in modo diverso tra i componenti del collegio*".

(73) Con riferimento agli organi collegiali tecnici va segnalata una peculiarità relativa alla predisposizione dell'ordine del giorno: pur rientrando nelle attribuzioni presidenziali, tale funzione risulta quasi interamente vincolata dalla legge e conseguentemente rimessa, se non in minima parte, alla prudente determinazione del presidente.

Innanzitutto, da un'analisi casistica emerge l'assenza di una contestuale ed esterna posizione di organo monocratico da parte del presidente, in aggiunta alla posizione di primazia in seno al collegio presieduto (74). Ulteriore elemento di differenziazione rispetto a molti organi collegiali è, inoltre, la ricorrente assenza, tra le attribuzioni presidenziali, di poteri di sovraordinazione sugli altri componenti (75). Da ultimo, si evidenziano i modesti effetti che la previsione di peculiari requisiti soggettivi per la preposizione all'ufficio (76) e l'assenza di un meccanismo di revoca da parte dei componenti riverberano sulla *iuris figura* della primazia.

Il quadro sopra descritto riduce sensibilmente gli episodi, già di per sé eccezionali, di preminenza sostanziale del presidente sugli altri membri, circoscrivendoli alle ipotesi di patologico esercizio delle funzioni presidenziali, tra cui rientra quella di omissione di atti vincolati (77). Ne discende come nei collegi a composizione tecnica, più che in altri collegi, risultino valorizzati i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

3.1. *Le funzioni del presidente di Commissione di esame e di concorso quale primus inter pares: Fisiologia e patologia di esercizio.*

Le Commissioni di esame e di concorso rientrano tra gli organi collegiali a composizione tecnica (78). Si tratta di organi temporanei che svolgono attività di giudizio (79), esercitando

(74) Tale regola subisce, ovviamente, alcune eccezioni con riferimento alle Commissioni di disciplina presso gli enti pubblici territoriali. Si pensi, ad esempio, alle Commissioni istituite nei Comuni, specie se di modeste dimensioni, che sono frequentemente presiedute dal Sindaco. In questa fattispecie è chiaro come la contestuale posizione di organo monocratico è idonea ad accentuare la posizione di primazia del presidente in seno alla Commissione, nonché le relative funzioni, con ricadute sul procedimento collegiale e sull'autonomia dei componenti.

(75) In special modo la prerogativa che assegna prevalenza, a parità di suffragi, al voto del presidente non risulta necessaria, trattandosi di organi collegiali reali o perfetti, costituiti, di solito, da un numero dispari di componenti; conseguentemente ipotesi di parità nel voto non sono configurabili.

(76) Si pensi alle Commissioni di gara ove è prescritto il possesso di specifici requisiti soggettivi ai fini della preposizione all'ufficio di presidente; requisiti che possono, ad esempio, consistere nella qualifica dirigenziale in luogo della qualifica di funzionario, sufficiente per ricoprire l'ufficio di mero componente.

(77) Tale fattispecie si configura, ad esempio, nei casi di richiesta di convocazione straordinaria avanzata dal prescritto numero di componenti in base ad un'espressa disposizione di diritto positivo; poiché le singole normative, pur configurando in senso vincolato l'atto di convocazione, nulla prevedono in caso di omissione da parte del presidente, è d'obbligo ricavare dal sistema della collegialità uno o più rimedi giuridici in grado di tutelare sia la corretta funzionalità del consesso sia le legittime pretese dei richiedenti. In questo modo, infine, si ripristina la posizione di preminenza formale del presidente, temporaneamente alterata da un eccezionale episodio di preminenza sostanziale.

(78) In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1969, n. 86, cit. Tar Sicilia Catania, sez. III, 23 aprile 2002, n. 702, in *Foro Tar* 2002.

(79) GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 210. Secondo l'Autore il collegio "esprime un giudizio che viene formulato su una contesa di interessi o quanto meno su una comparazione di interessi, valutata in base al particolare criterio indicato dalla norma, per la cui attuazione il giudizio stesso viene compiuto. La pronuncia riguarda situazioni (ad es. qualità status, ecc.) concernenti persone,

una funzione tecnico-discrezionale in vista dell'interesse alla selezione dei candidati più meritevoli. Hanno natura di organi perfetti o reali (80).

In ciascuna Commissione, il presidente, quale coordinatore delle attività del consesso, agisce in qualità di *primus inter pares* (81), ricoprendo una posizione di primazia formale sugli altri componenti dai caratteri tipici e predeterminati; del resto la primazia si esplica, generalmente, nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute (82).

Con precipuo riferimento al potere di convocazione, le Commissioni di esame e di concorso sono, di regola, convocate dal presidente attraverso un autonomo atto di impulso; ciascun ordinamento collegiale detta, sovente, una puntuale disciplina in proposito; tuttavia anche nel silenzio del diritto positivo, la funzione di convocazione delle adunanze spetterebbe comunque al presidente, in ragione della posizione di primazia da lui ricoperta (83).

In relazione alla potestà di formulazione dell'ordine del giorno, anch'essa costituisce prerogativa necessaria dell'ufficio presidenziale; nelle Commissioni di esame e di concorso si rinviene, altresì, la peculiarità di una predeterminazione *ex lege* dell'ordine del giorno, trattandosi di collegi ad oggetto fisso; una conformazione legale che, tuttavia, non elide la competenza del presidente, limitandosi a circoscriverne l'ambito applicativo (84).

Per quanto concerne, poi, il potere di direzione dei lavori, è il presidente a dirigere ogni attività della Commissione (svolgimento delle prove, discussione in sede di giudizio, votazione ecc.); un potere, dunque, immanente all'ufficio presidenziale, generalmente riconosciuto anche in assenza di un'espressa disposizione di diritto positivo. Con particolare riferimento alla fase della votazione, occorre precisare come il voto del presidente sia uguale al voto degli altri membri (principio della *par condicio*). Eventuali ipotesi di prevalenza del voto presidenziale, a parità di suffragi, necessitano tassativamente di una disposizione normativa abilitante.

Venendo, da ultimo, ai poteri di polizia delle sedute, essi rappresentano una prerogativa costante e necessaria di ciascun presidente di Commissione; prerogativa strumentale all'ordi-

sia direttamente (ad es. le pronunce di commissioni di esami), sia indirettamente (ad es. le pronunce delle commissioni giudicatrici di concorso, le quali sono seguite dall'atto di nomina; le pronunce delle commissioni di disciplina, le quali sono seguite dal provvedimento disciplinare)".

(80) Ciononostante la dottrina, per rendere più celere e snella l'azione di tali organi, tende a qualificarli in alcuni momenti della loro attività come collegi imperfetti o virtuali, con applicazione della relativa disciplina. In argomento già VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 224. Secondo l'Autore le Commissioni di esame e di concorso sarebbero "collegi di ponderazione quando esaminano, di composizione quando deliberano mediando i singoli giudizi".

(81) In giurisprudenza, *ex plurimis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 23 aprile 2002, n. 702, cit.

(82) Tali funzioni, che rappresentano il contenuto necessario della primazia, hanno natura formale-procedurale e strumentale all'ordinato andamento dei lavori del consesso. In dottrina, *ex multis*, GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. VERBARI G.B., voce *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, op. cit. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, op. cit. VILLATA R., voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit.

(83) Per l'individuazione, poi, delle norme concretamente applicabili sarà possibile avvalersi del procedimento analogico con estensione della normativa contemplata in altri collegi per ipotesi speculari.

(84) L'ordine del giorno è predefinito quasi interamente nei suoi contenuti, donde la discrezionalità del presidente nella sua formulazione appare fortemente ridotta; conseguentemente risultano ridimensionati i poteri del collegio in sede di modifica, inversione o inserzione di nuovi argomenti all'ordine del giorno.

nato svolgimento delle sedute che si indirizza sia verso i commissari componenti sia verso soggetti terzi (*esaminandi* o persone a vario titolo presenti) (85).

È necessario, a questo punto, domandarsi se l'ordinaria posizione di preminenza formale del presidente possa, occasionalmente, tradursi in episodi di preminenza sostanziale, tali da condizionare la libera formazione della volontà collegiale.

Un'analisi casistica dimostra come nelle Commissioni di esame e di concorso la primazia, più che in altri collegi, tenda a non oltrepassare i confini di una preminenza strettamente formale, in ragione degli elementi e delle vicende che afferiscono l'ufficio di presidente ed il relativo titolare.

In particolare l'assenza di una contestuale ed esterna posizione di organo monocratico nonché la ricorrente carenza di poteri di sovraordinazione da parte del presidente tendono a rendere ancor più eventuali i già marginali episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Episodi di preminenza sostanziale che si rinvergono quasi esclusivamente nelle ipotesi di patologia delle funzioni presidenziali. In tal senso è opportuno dedicarvi brevi cenni.

Come noto, le funzioni di convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori e polizia delle sedute del presidente di Commissione hanno natura amministrativa discrezionale; ne deriva, quindi, il riconoscimento in capo al presidente di un margine di apprezzamento e scelta per molti tratti non sindacabile, salvo limiti e i vincoli puntualmente individuati dal diritto positivo (86).

In proposito si consideri l'ipotesi di omessa convocazione dell'adunanza a fronte della richiesta vincolante del prescritto numero di componenti; in questa fattispecie il presidente è obbligato a provvedere in conformità della richiesta, stante la natura vincolata dell'atto. *Quid iuris* in caso di inadempimento? La questione è aggravata dalla ricorrente assenza di un rimedio, segnatamente, nelle ipotesi di totale omissione da parte del presidente. È chiaro come i principi generali in tema di collegialità postulino la necessaria individuazione di uno o più rimedi idonei a ripristinare l'ordinato svolgimento dei lavori nonché la reciproca pariordinazione tra componenti.

Possibili rimedi, tra loro alternativi, potrebbero rintracciarsi nel: ricorso al giudice ordinario (Tribunale civile) ex art. 2367 co. II c.c.; ricorso al giudice amministrativo (TAR) ex artt. 31 e 117 c.p.a. (87).

Attraverso l'esercizio di tali azioni si riconoscerebbe ai membri-richiedenti il potere di

(85) Nelle Commissioni di esame e di concorso l'ambito applicativo della potestà di polizia delle sedute concerne sia i terzi (*esaminandi* o persone a vario titolo presenti), sia i commissari componenti del collegio. Nei riguardi di questi ultimi sono, tuttavia, rari i casi di esercizio di una potestà di polizia da parte del presidente, in ragione della assenza di conflittualità tra interessi eterogenei, tipica viceversa degli organi collegiali politico-assembleari.

(86) Vero è che i singoli ordinamenti collegiali alle volte introducono limitazioni al pieno esercizio della discrezionalità, prevedendo forme di condivisione con altri componenti o attribuendo alla maggioranza del collegio la potestà decisoria su singole questioni; ma è altrettanto vero che si tratta, pur sempre, di ipotesi eccezionali che necessitano di un espresso fondamento normativo. Diversamente, nel silenzio del diritto positivo, il presidente di Commissione di esame e di concorso gode di ampia discrezionalità nell'esercizio delle funzioni che rappresentano il contenuto tipico della sua posizione di primazia.

(87) Il ricorso al TAR appare rimedio preferibile in ragione della natura amministrativa della funzione presidenziale omessa; inoltre sempre con riferimento all'ipotesi di mancata convocazione dell'adunanza ricorrono tanto la violazione dell'obbligo giuridico di provvedere quanto la natura vincolata dell'atto ai fini della formazione di un silenzio-inadempimento.

rivolgersi ad un organo giurisdizionale che verrebbe chiamato, in via sostitutiva, a convocare l'adunanza, compiendo direttamente l'atto presidenziale omissivo.

Diversamente, in assenza di qualsivoglia rimedio contro l'inerzia presidenziale, si dovrebbe rilevare una posizione non già di primazia ma di sovraordinazione del presidente in seno alla Commissione di esame e di concorso; un *primus* non già *inter pares* ma *super pares*; tesi, ovviamente inconferente, da un lato, con il principio della *par condicio* che ispira le relazioni *infra*-collegiali, dall'altro, con la configurazione della primazia quale posizione di ordinaria preminenza formale.

3.2. La posizione di primazia presidenziale nelle Commissioni di disciplina.

Le Commissioni (dette anche Consigli) di disciplina (88) sono organi collegiali perfetti o reali (89), formati, di regola, da un numero dispari di componenti (90). Le Commissioni di disciplina sono istituite presso enti pubblici, territoriali e non, come pure presso strutture che perseguono interessi collettivi meritevoli di tutela (ad esempio gli ordini professionali (91)).

Una parte della dottrina fa notare come la proliferazione dei Consigli di disciplina sia avvenuta nel XX sec., specialmente nel settore del pubblico impiego (92).

(88) In tema da considerarsi sempre attuali i contributi di VITTA C., *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1913. nonché ID., voce *Consigli disciplinari*, in *Enc. giur. it.*, vol. III, Milano, 1936, pp. 762 e ss. LANDI G., voce *Disciplina (Dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 17 e ss. Secondo l'Autore "il vocabolo disciplina si ricollega etimologicamente al latino *discere* (imparare) donde *discipulus* (...). I sensi in cui viene usato sono però molteplici". La locuzione disciplina è, conseguentemente, una locuzione polisemica. Si intende per disciplina "l'*habitus psicologico o etico dell'osservanza d'un complesso di regole*" caratterizzato da "una relazione intersubbiettiva tra un soggetto che pretende l'osservanza della regola ed un altro che è obbligato ad osservarla; in quest'ultima ipotesi (...) vengono in considerazione una situazione giuridica attiva, il potere disciplinare, ed una situazione giuridica passiva, la soggezione o responsabilità disciplinare". BORTOLOTTI D., voce *Disciplina (Dir. amm.)*, in *Enc. giur. it.*, vol. XI, Roma, 1989.

(89) In dottrina GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 209. Secondo l'Autore, "la presenza totalitaria ricorre laddove la funzione sia esercitata attraverso pronunzie, le quali ineriscano a un procedimento contenzioso, e incidano direttamente o indirettamente, su situazioni personali (ad es. qualità, status concernenti persone)". Tuttavia l'orientamento sopra citato (accolto in giurisprudenza a partire da Cons. St., 13 febbraio 1925, in *Giur. it.* 1925, III, p. 21) non appare più granitico come un tempo. Con precipuo riferimento ai collegi disciplinari degli ordini professionali recente giurisprudenza ne sottolinea la natura di collegi imperfetti o virtuali (Cass. Sez. Un. 14 giugno 2000, n. 435, in *www.cortedicassazione.it*). In senso conforme TENORE V., *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

(90) In questa ipotesi al voto del presidente è assegnato il medesimo valore conferito al voto degli altri componenti. Ciò si giustifica alla luce della natura perfetta o reale delle Commissioni di disciplina in cui ciascun componente è tenuto a partecipare alla discussione e ad esprimere il proprio voto, a pena di illegittimità della deliberazione. Il collegio, infatti, non può validamente deliberare in caso di assenza o astensione di uno dei suoi componenti, sicché in caso di numero dispari non sarà configurabile alcun fenomeno di parità nelle votazioni. Viceversa, nelle ipotesi in cui la Commissione di disciplina sia composta da un numero pari di componenti, può ricorrere una disposizione di diritto positivo che riconosca prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi, per evitare *impasse* nella votazione.

(91) PISCIONE P., *Ordini e collegi professionali*, Giuffrè, Milano, 1959. CATELANI A., *Gli ordini ed i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976. TENORE V., *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, op. cit.

Più in generale il potere disciplinare, quale potere di supremazia speciale (93), si esercita "sovra coloro che fanno parte di una determinata collettività (...), per mantenere il buon ordine entro codesta ristretta cerchia di persone, ed è pertanto un potere che può ritrovarsi ogni qual volta ci s'imbatta (...) in un rapporto di sudditanza speciale, sia di diritto privato (...) sia di diritto pubblico" (94).

La funzione disciplinare si esplica, di regola, attraverso un procedimento di natura collegiale teso ad accertare la conformità di determinate condotte a previe regole di comportamento e, ove all'esito di apposita istruttoria, si rilevino infrazioni, ne discenderà l'irrogazione di sanzioni tassativamente predeterminate; tali organi collegiali esercitano, infatti, una funzione amministrativa di tipo contenzioso (95).

Come in ogni collegio, anche nelle Commissioni di disciplina, il presidente è figura necessaria per il celere ed efficace svolgimento dei lavori; nell'attività di impulso e coordinamento orizzontale egli è considerato un *primus inter pares*, rivestendo una posizione di primazia formale sugli altri componenti del consesso. La primazia, quale figura organizzatoria di originale equiordinazione, si estrinseca nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno (96), direzione dei lavori e polizia delle sedute; funzioni, come noto, caratterizzate dalla natura meramente formale-procedurale nonché dalla strumentalità rispetto al regolare svolgimento dell'*iter* collegiale.

Occorre ora domandarsi se, in casi particolari, la posizione di preminenza formale del presidente possa assumere, altresì, i caratteri di una preminenza sostanziale in grado di condizionare l'autonomia decisionale degli altri componenti. Rispetto alle considerazioni di ordine generale sugli organi a composizione tecnica, cui peraltro si rinvia, si aggiunga per le Commissioni di disciplina la possibilità, sia pure di rara applicazione, che il presidente, oltre al ruolo di *primus inter pares*, rivesta simultaneamente la posizione di organo monocratico. Si

(92) Specialmente VITTA C., *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, op. cit., nonché ID., voce *Consigli disciplinari*, in *Enc. giur. it.*, op. cit., pp. 762 e ss., secondo cui "la formazione dei consigli disciplinari per gli impiegati pubblici è tutta opera del diritto moderno". Più di recente CONTIERI A., *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, Edizioni scientifiche, Napoli, 1984. DI PAOLA L., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010. TENORE V.-PALAMARA L.-MARZOCCHI BURATTI B., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, II ed., Giuffrè, Milano, 2013.

(93) ROMANO S., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, IV, 1898, p. 238, secondo il quale la potestà disciplinare riguarderebbe esclusivamente i rapporti in cui un soggetto (attivo) assume una posizione di supremazia speciale nei confronti di altro soggetto (passivo), che conseguentemente ricopre una posizione di soggezione.

(94) VITTA C., voce *Consigli disciplinari*, in *Enc. giur. it.*, op. cit., pp. 762 e ss.

(95) Il procedimento disciplinare è un procedimento amministrativo contenzioso che si informa ai principi del diritto penale. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di contestazione degli addebiti nei confronti dell'incolpato, al riconoscimento del diritto di difesa e all'obbligo di motivazione della sanzione (per giurisprudenza costante da Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 1952, n. 684, in *Racc. Cons. Stato* 1952, p. 1350). Per una trattazione generale sul potere disciplinare si vedano i contributi dottrinari di RASPONI E., *Il potere disciplinare. I. Natura giuridica e soggetti attivi*, Padova, 1942. ESPOSITO M., *Il potere disciplinare*, Il Mulino, Bologna, 1993.

(96) Come detto, nei collegi a composizione tecnica la formulazione dell'ordine del giorno, pur essendo di competenza del presidente, risulta predeterminata *ex lege*, donde la discrezionalità presidenziale circa gli argomenti da discutere appare fortemente ridotta; saranno, altresì, circoscritti i conseguenziali poteri di modifica, inversione o inserzione di nuovi argomenti da parte del collegio.

pensi, per esempio, ai Comuni, specie di modeste dimensioni, ove la Commissione di disciplina venga presieduta direttamente dal Sindaco (97).

È evidente come tale posizione esterna possa accentuare l'intensità di esercizio delle funzioni tipiche della posizione di primazia in seno al collegio, con conseguenti episodi di preminenza sostanziale, in grado di incidere sul procedimento collegiale. Ciononostante, in base alla teoria dell'assorbimento o della prevalenza, tali marginali episodi appaiono compatibili con i tratti generali della primazia e, segnatamente (98), con la posizione di preminenza formale del presidente e con la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

3.3 I Collegi sindacali delle persone giuridiche pubbliche. La preminenza formale del presidente sugli altri componenti.

I collegi sindacali delle persone giuridiche pubbliche (99) appartengono alla famiglia dei collegi a composizione tecnica, soggiacendo ai principi per essi stabiliti. Tali organi, deputati allo svolgimento di funzioni di vigilanza, risultano diffusamente presenti in istituzioni di natura tanto pubblica quanto privata; si pensi, da un lato, all'estesa galassia degli enti pubblici, dalla Banca d'Italia (100), alle Province e ai Comuni (101), dall'altro, alle società di capitali (102).

I Collegi sindacali sono, inoltre, collegi perfetti o reali normalmente costituiti da tre o cinque componenti effettivi e da taluni componenti supplenti (103).

(97) Per esempio la Commissione di disciplina istituita presso il Comune di Monte Argentario è presieduta dal Sindaco o da un suo delegato e composta, altresì, dal segretario comunale e da un dipendente comunale.

(98) In dottrina si vedano i contributi di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit., pp. 69 e ss. Secondo la teoria dell'assorbimento o della prevalenza nell'ambito dei contratti c.d. misti le prestazioni secondarie ed accessorie risultano assorbite nelle prestazioni principali "agli effetti della determinazione della natura giuridica della forma di contratto" e agli effetti dell'individuazione della disciplina applicabile. Questa teoria, di carattere generale, può essere applicata qualsivoglia fattispecie o fenomeno giuridico caratterizzato dalla commistione tra elementi eterogenei. Di recente, in proposito, SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. Di PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(99) Ai fini di un inquadramento generale della tematica si rinvia ad OTTAVIANO V., *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Cedam, Padova, 1959, spec. pp. 97 e ss.

(100) PUCCINI G., *L'autonomia della Banca d'Italia: profili costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1978. DI NARDI G., voce *Banca D'Italia*, in *Noviss. Dig. it.*, App., Utet, Torino, 1980. BORRELLO I., voce *Banca D'Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988. CAPRIGLIONE F., voce *Banca d'Italia*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997. CAMA G., *La Banca d'Italia*, il Mulino, Bologna, 2010. Con particolare riferimento al collegio sindacale occorre precisare che esso "svolge funzioni di controllo sull'amministrazione della Banca per l'osservanza della legge, dello Statuto e del Regolamento generale. Si compone di cinque membri effettivi, tra cui il Presidente, e due supplenti, nominati dall'Assemblea dei partecipanti, che rimangono in carica tre anni e sono rieleggibili non più di tre volte. Esercita il controllo contabile, senza alcun pregiudizio per l'attività svolta dai revisori esterni, esamina il bilancio d'esercizio sul quale presenta la propria relazione all'Assemblea dei partecipanti ed esprime il parere sulla distribuzione del dividendo annuale" (Fonte: sito Banca d'Italia, in www.bancaditalia.it).

(101) Per esempio, il Collegio sindacale di Roma Capitale, che assume il nome di collegio dei revisori dei conti, costituisce "un organo statutario dell'Assemblea Capitolina a cui è conferito l'esercizio della funzione di revisione economico-finanziaria nell'ambito dei principi fissati dalla legge, come stabilito dagli artt. 40 e 41 dello Statuto di Roma Capitale. I componenti del Collegio restano in carica per tre anni e sono indicati con Deliberazione dell'Assemblea Capitolina" (Fonte: sito Roma Capitale, in www.comune.roma.it).

(102) CAPRARÀ A., *La presidenza del collegio sindacale*, in *Contr. e impr.*, fasc.1, 2010, p. 206.

(103) Si tratta della tipica configurazione prevista per i collegi perfetti o reali ove, per la valida

Anche nei Collegi sindacali è istituito un ufficio presidenziale chiamato ad assolvere compiti di impulso e coordinamento dei lavori in vista del soddisfacimento di una finalità deliberativa; ciononostante gli ordinamenti di settore dedicano alla figura e alle attribuzioni del presidente poche e frammentarie disposizioni (104). Una tematica, altresì, poco affrontata dalla dottrina (105) e dalla giurisprudenza.

Il quadro giuridico così delineato impone, allora, di ricostruire le funzioni dell'ufficio presidenziale ricorrendo, da un lato, ai principi generali in tema di collegialità e, dall'altro, alle regole che governano gli organi a composizione tecnica (106).

Occorre innanzitutto osservare come il presidente del Collegio sindacale, nel ruolo di *primus inter pares*, ricopra una posizione di primazia formale sugli altri componenti. Tale posizione si esplica in una pluralità di funzioni amministrative, strumentali al corretto andamento dell'*iter* collegiale; funzioni che si identificano, generalmente, nella convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori e polizia delle sedute.

In proposito va segnalata una sostanziale omogeneità di disciplina nei vari Collegi sindacali (107); del resto la primazia, quale figura organizzatoria dal generale ambito applicativo, connota trasversalmente istituzioni sia pubbliche sia private (108).

Nell'ambito dei Collegi sindacali la posizione di primazia del presidente assume, più che in altre famiglie, i caratteri di una preminenza strettamente formale, inidonea, quindi, a generare episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti, salvo casi di patologia. Tale configurazione può essere agevolmente compresa alla luce degli elementi e delle vicende afferenti l'ufficio di presidente e il rispettivo titolare; tra i più significativi si segnalano l'as-

costituzione delle adunanze, è in ogni caso richiesta la partecipazione di tutti i membri assegnati. In ragione di tali caratteristiche l'ordinamento prescrive per i Collegi sindacali una composizione ristretta di tre o cinque membri effettivi con la previsione, altresì, di membri supplenti chiamati a partecipare alle riunioni in caso di assenza o impedimento dei primi. Infine la previsione di un numero dispari di componenti, a fronte del generale divieto di astensione che caratterizza ogni collegio perfetto o reale, assicura in ogni caso un utile esito deliberativo, scongiurando ipotesi di parità nella votazione.

(104) TEDESCHI G.U., *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile commentato*, op. cit.

(105) In dottrina tra i pochi ad occuparsi della figura presidenziale MORO VISCONTI G., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 31. Per l'Autore il presidente "*anche se è primus inter pares resta il membro più rappresentativo del collegio*". Egli infatti "*conferisce in generale all'organo sindacale quella unità di direzione che è indispensabile in ogni pluralità di persone. Basti pensare a cosa sarebbe dei consigli di amministrazione se non vi fosse un presidente, a cosa sarebbe una riunione assembleare, senza la preventiva costituzione della presidenza, per rendersi conto della opportunità di dare anche al collegio sindacale un esponente*".

(106) Nel silenzio del diritto positivo trovano applicazione in via analogica le discipline generalmente previste per le Commissioni di esame, di concorso e disciplina, nonché i Regolamenti delle Assemblee parlamentari con riferimento alla potestà di polizia delle sedute.

(107) A titolo esemplificativo, si consideri che, di regola, il presidente del collegio sindacale è nominato dall'organo assembleare sia nell'ambito delle persone giuridiche pubbliche (Banca d'Italia, Roma Capitale ecc.) sia nell'alveo delle persone giuridiche private (società di capitali).

(108) Con riferimento ai Collegi sindacali delle persone giuridiche private, senza pretese di completezza, MORO VISCONTI G., *Il collegio sindacale*, Ceschina, Milano, 1956. TEDESCHI G.U., *Il collegio sindacale*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992. MORERA U., *Il presidente del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA, Giuffrè, Milano, 2007. TANTINI G., *L'indipendenza dei sindaci*, Cedam, 2010. CATERINO D., *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Cacucci, Bari, 2012. PRESTI G., *Il collegio sindacale nelle BCC: i profili generali*, Roma, 2013.

senza di una esterna posizione di organo monocratico e la mancanza di poteri di sovraordinazione nell'esercizio delle funzioni di *primus inter pares*.

4. Gli organi collegiali politico-assembleari. Considerazioni preliminari.

Gli organi collegiali politico-assembleari (109) svolgono una funzione di indirizzo politico (110), perseguendo più in generale una finalità di rappresentanza, mediazione e sintesi di interessi politici tra loro astrattamente in conflitto (111). Tali organi esprimono, dunque, una rappresentanza di tipo pubblicistico da non confondere con il diverso fenomeno della rappresentanza di diritto privato (c.d. giuridica o di volontà (112)).

Oltre ad avere natura elettiva, gli organi collegiali politico-assembleari si caratterizzano, altresì, per il divieto di mandato imperativo e di revoca nel rapporto rappresentanti-rappresentati (113). A tale famiglia appartengono le As-

(109) Tali organi collegiali aderiscono, altresì, alla famiglia degli organi imperfetti o virtuali da cui mutano alcuni tratti distintivi. In special modo, per la loro valida costituzione, non è richiesta la partecipazione di tutti i componenti assegnati ma solo di una parte di essi (c.d. *quorum* strutturale). Conseguentemente non risulta necessaria la previsione di componenti supplenti, potendo il collegio operare con la presenza di una frazione dei suoi membri. Ai fini della approvazione di una delibera ciascun organo politico-assembleare può prescrivere maggioranze diverse (semplice, assoluta, dei due terzi, dei tre quinti) in ragione della tematica esaminata; trattasi del c.d. *quorum* funzionale. Infine, al momento del voto è riconosciuta a ciascun componente facoltà di astensione. Con precipuo riferimento agli organi collegiali legislativi si rinvia alla fondamentale opera di GALEOTTI U., *Principii regolatori delle assemblee*, Milano, 1900, ristampa, Roma, 1997.

(110) In dottrina, *ex multis*, CRISAFULLI V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, vol. XVII, 1939. CHELI E., *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961. GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990. DOGLIANI M., voce *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993.

(111) In tema KAISER J.H., *Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, 1956, trad. it. di S. Mangiameli, Giuffrè, Milano, 1993. STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, vol. II, Bulzoni, Roma, 1984, pp. 96-97: "La formula organizzatoria della rappresentanza politica (o di interessi politici, che dir si voglia) è così chiamata per distinguerla dalla rappresentanza di diritto privato ed è, come formula organizzatoria, fra le più antiche ed oggi certamente la più diffusa. Quello che comunque deve essere chiaro è che la rappresentanza nel diritto pubblico niente altro è se non un modo di conferire la titolarità di uffici di pubbliche organizzazioni". Più in generale sul fenomeno della rappresentanza politica si vedano i tradizionali contributi di ROSSI L., *I principi fondamentali della rappresentanza politica*, vol. I, *Il rapporto rappresentativo*, Bologna, 1894, ora in *Scritti vari*, Milano, 1942, pp. 84-85. ORLANDO V.E., *Du fondament juridique de la représentation politique*, in *Revue du droit public et sc. pol.*, III, 1895, pp. 9 e ss. COTTA M., voce *Rappresentanza politica*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, Utet, Torino, 1983, pp. 954 e ss. NOCILLA D.-CIAURRO L., voce *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 543 e ss.

(112) STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., p. 98: "La rappresentanza di interessi politici (o di altro genere) è sempre collettiva, cioè il rappresentato non è un soggetto singolo, ma una collettività di soggetti che vengono in considerazione non uti singuli, ma uti universi. La rappresentanza di volontà, invece, di norma è individuale, e tutt'al più si presenta come rappresentanza della volontà di una somma enumerata e determinata di individui".

(113) Si instaura, infatti, tra eletti ed elettori un rapporto di natura politica, caratterizzato dal divieto di mandato imperativo, in base al quale gli eletti non sono tenuti a rispettare gli impegni assunti con i propri elettori né possono essere da questi sfiduciati o revocati in caso di inosservanza del programma elettorale o di fuoriuscita dallo schieramento politico di iniziale appartenenza. Secondo autorevole dottrina, infatti, "la teoria della mutabilità delle opinioni dell'eletto vuole rispecchiare in chiave

semblee legislative di Camera e Senato, le Commissioni parlamentari, i Consigli comunali, provinciali e regionali.

Minimo comun denominatore di tale forma di collegialità è l'istituzione indefettibile dell'ufficio presidenziale e della posizione di primazia ad esso correlata. In tali consessi la primazia formale del presidente sugli altri componenti si esplica, generalmente, nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori (114), polizia delle sedute (115).

Occorre, sin d'ora, rimarcare l'ampia discrezionalità che nell'ambito degli organi politico-assembleari connota lo svolgimento delle funzioni presidenziali di *primus inter pares* (116); tale discrezionalità rinviene il proprio fondamento nell'esigenza di coordinare e moderare i lavori delle sedute in un contesto di accesa dialettica tra interessi antagonisti. Ne discende il riconoscimento in capo al presidente di margini anche estesi di ponderazione e scelta nell'esercizio delle proprie attribuzioni, al precipuo fine di superare momenti di conflitto o *impasse* pregiudizievoli per l'attività deliberativa del consesso. Si pensi, per esempio, che *"alcuni dei più rilevanti poteri del Presidente sono*

esponenziale la mobilità ideologica del corpo elettorale, titolare della sovranità: l'eletto che cambia partito rappresenta esponenzialmente il mutare delle opinioni del corpo elettorale, frutto dell'evoluzione della società" (CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., p. 67).

(114) Con particolare riferimento ai poteri di direzione dei lavori attribuiti ai presidenti delle Assemblee legislative si vedano FERRARA G., *Il Presidente di Assemblea Parlamentare*, op. cit. TOSI S., *Diritto Parlamentare*, I ed., Giuffrè, Milano, 1974 e nuova ed., a cura di A. MANNINO, Giuffrè, Milano, 1993. CUCCODORO E., *La Presidenza di assemblea politica*, Nocchioli, Firenze, 1980, rist. integrata, Nocchioli, Firenze, 1998. CIAURRO G.F., voce *Presidenti delle assemblee parlamentari*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit. TORRE A., *Il magistrato dell'assemblea: saggio sui Presidenti parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2000. GIANNITI L., voce *Presidente di Assemblea parlamentare*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, op. cit. IACOMETTI M., *I presidenti di assemblea parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2001. SCIORTINO A., *Il Presidente di Assemblea parlamentare*, op. cit. CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, op. cit. LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, op. cit. AIROLDI M., *I regolamenti delle assemblee legislative*, op. cit. GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G. (a cura di), *I presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, op. cit.

(115) RACIOPPI F.-BRUNELLI I., *Potere di polizia*, in *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit., p. 240: *"L'autonomia delle assemblee politiche trae seco un altro diritto, cioè quello di esercitare da se stesse la polizia della propria sede, allo scopo di reprimere gli eventuali disordini indipendentemente dal concorso degli altri poteri"*.

(116) Una discrezionalità che, tuttavia, può rinvenire limiti in puntuali disposizioni di diritto positivo; del resto, ogni ordinamento politico-assembleare è solito introdurre vincoli all'esercizio della discrezionalità presidenziale, prevedendo forme di condivisione con una parte dei componenti o attribuendo alla maggioranza del collegio la potestà decisoria su singole questioni. Con particolare riferimento alla Camere parlamentari LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, op. cit., p. 457: *"Per effetto di un percorso sviluppatosi progressivamente nella prassi, e in parte rifluito anche nella lettera delle disposizioni regolamentari vigenti, specialmente a seguito della revisione regolamentare del 1971, si sono per un verso ridotte le previsioni regolamentari di appelli all'Assemblea nei confronti delle decisioni presidenziali; per altro verso e soprattutto la scelta di rimettere ad un voto dell'Assemblea una certa questione è stata legata alla volontà dello stesso Presidente, che ne ha fatto un uso progressivamente sempre più scarso o sporadico, preferendo in genere decidere direttamente in proposito"*.

esclusivi, nel senso che le decisioni nei quali si concretizzano non sono appellabili dal plenum" (117).

Al rafforzamento della figura del presidente concorre, poi, l'interpretazione da lui offerta del proprio ruolo: a volte attore protagonista titolare di un proprio indirizzo politico (118), altre volte arbitro garante dell'applicazione del regolamento e dei diritti delle minoranze (119).

L'espansione della figura presidenziale può, altresì, essere favorita, da un lato, dalla laconicità ed incompletezza delle fonti normative, frequentemente integrate da consuetudini, convenzioni, precedenti (120), dall'altro, dai poteri assegnati al presidente quale "giudice" del diritto assembleare (121). Conseguentemente, la naturale politicità del ruolo presidenziale (122) e l'esercizio discrezionale delle rispettive funzioni possono avere ricadute sulla *iuris figura* della primazia, accentuando l'impatto delle decisioni del presidente sull'*iter* collegiale e determinando, contestualmente, episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti.

(117) DE CESARE C., *I Presidenti di Assemblea: un quadro diacronico*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G., *op. cit.*

(118) Il presidente dovrebbe, a rigore, rivestire un ruolo *super partes* di neutralità, a garanzia di una corretta dialettica tra maggioranza e opposizione. Tuttavia non è infrequente che il presidente, da arbitro del gioco, si trasformi direttamente in giocatore, facendosi portatore di un proprio indirizzo politico che si identifica, di regola, nell'indirizzo politico della maggioranza che lo ha indicato. In proposito DICKMANN R., *Il Parlamento italiano*, Jovene, Napoli, 2011 nonché AA.VV., *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere*, a cura di V. LIPPOLIS e N. LUPO, *Il Filangieri, Quaderno 2012-2013*, Jovene, Napoli, 2013.

(119) Si consideri l'evoluzione del ruolo del Presidente della Camera dei Deputati, fino al 1994 eletto tra i componenti della minoranza parlamentare per cui più attento ai diritti delle opposizioni nella veste di arbitro imparziale; dal 1994 espressione della maggioranza e dunque attore protagonista, titolare di un indirizzo politico che tende a favorire l'attuazione del programma di Governo.

(120) La mutevole diversità delle presidenze è, inoltre, accentuata da una quadro delle fonti scritte frammentario ed incompleto, perennemente integrato da consuetudini cui concorre con le proprie decisioni ciascun presidente. In proposito ROSSANO C., *La consuetudine nel diritto parlamentare*, Jovene, Napoli, 1969. RESCIGNO G.U., *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972. MANZELLA A., *Il Parlamento*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2003: è noto infatti l'adagio secondo cui "il diritto parlamentare è quello che i Presidenti delle due Camere, nella loro funzione di *juris dictio*, dicono che sia". DI CIOLO V.-CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, *op. cit.* LUPO N. (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, il Mulino, Bologna, 2013. RIVOSECCHI G., *Il Presidente di Assemblea e la giurisdizione del diritto parlamentare*, in GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G. (a cura di), *I presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, *op. cit.*, pp. 443-456.

(121) ROSA F., *I Presidenti di Assemblea nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOSECCHI G., *op. cit.*: "Il riferimento alla attività giudicante è collegato alle funzioni di interpretazione e applicazione del diritto parlamentare spettanti al Presidente di Assemblea. Il parallelo con il giudice, nondimeno, deve essere accolto con cautela, nella consapevolezza che al Presidente di Assemblea difetta la posizione di terzietà rispetto alle controversie che è chiamato a dirimere".

(122) È evidente come la figura del presidente di un organo collegiale assembleare risenta sensibilmente della politicità degli interessi in conflitto, una politicità che tende a refluire sulle modalità di esercizio dei compiti presidenziali di impulso e coordinamento dei lavori. (Sul ruolo dei Presidenti delle Camere parlamentari DICKMANN R., *Il Parlamento italiano*, *op. cit.*).

Va sottolineato, in special modo, come il verificarsi di tali episodi sia favorito dalla contemporanea presenza di ulteriori elementi o vicende afferenti l'ufficio di presidente ed il rispettivo titolare. Si pensi alla contestuale ed esterna posizione di organo monocratico, all'esercizio di alcuni poteri di sovraordinazione, alla ricorrente assenza di un potere di revoca da parte dei componenti; da ultimo, alle ipotesi di patologia delle funzioni di *primus inter pares*, tra cui rientra, a pieno titolo, l'omissione nella convocazione della seduta a fronte della richiesta vincolante del prescritto numero di componenti.

Tali elementi e vicende sono in grado, individualmente o congiuntamente, di incrementare, anche sensibilmente, l'incidenza delle funzioni presidenziali sulla attività degli altri componenti e, conseguentemente, sull'*iter* collegiale.

È necessario, allora, domandarsi se nei collegi politico-assembleari una simile configurazione della presidenza possa alterare i caratteri generali della primazia, e segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

La risposta al quesito non può che essere negativa in virtù dell'applicazione della teoria generale della prevalenza o dell'assorbimento (123). Sulla base di questa teoria la figura organizzatoria della primazia può tollerare nel proprio nucleo interno poteri o forme di sovraordinazione, con i relativi episodi di preminenza sostanziale, assorbendoli e sterilizzandoli nelle prevalenti e maggioritarie funzioni di equiordinazione. Ne discende come la posizione di preminenza formale, tipica della primazia, possa occasionalmente arricchirsi di episodi di preminenza sostanziale, inidonei tuttavia a compromettere il ruolo di *primus inter pares* del presidente (124) e l'uguaglianza delle relazioni *infra*-collegiali.

4.1 I Consigli comunali e provinciali. La primazia del presidente sugli altri componenti del consesso.

Nei Consigli comunali e provinciali la primazia, quale *iuris figura* di originale equiordinazione, si manifesta nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze (125), formulazione dell'ordine del giorno (126), direzione dei lavori, polizia delle sedute (127).

(123) In dottrina ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(124) Il ruolo di *primus inter pares* del presidente all'interno degli organi collegiali politico-assembleari è confermato da due significative pronunce della Corte costituzionale: Corte cost., 20 gennaio 2004, n. 24, in www.altalex.com che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 140/2003 (c.d. lodo Maccanico-Schifani) per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) nella parte in cui introduce una immunità generale ed automatica per i soli Presidenti delle Assemblee parlamentari, discriminando irragionevolmente tutti gli altri componenti del collegio; Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 262, cit., che pronuncia l'illegittimità della l. 124/2008 (c.d. lodo Alfano), per violazione del principio di uguaglianza, puntualizzando che "non è configurabile una significativa preminenza dei Presidenti delle Camere sugli altri componenti, perché tutti i parlamentari partecipano all'esercizio della funzione legislativa come rappresentanti della Nazione e, in quanto tali, sono soggetti alla disciplina uniforme dell'art. 68 della Costituzione".

Le prerogative del presidente, quale *primus inter pares* (128), sono attualmente disciplinate, in via generale, dal D.lgs. 267/2000 (c.d. T.U. Enti locali) (129), come integrato dallo Statuto (130) e dal regolamento di ciascun Comune e Provincia. L'esercizio di tali funzioni

(125) Senza pretese di completezza CAMUSSO C., *Come si convoca e come si presiede il Consiglio comunale*, Empoli, 1958. CONDEMI B., *La prima seduta del consiglio comunale*, Nocchioli, Firenze, 1958. MAZZIOTTI A., *Attribuzioni e poteri del presidente del consiglio comunale*, in *Nuova rassegna legis.*, 1964, pp. 1659 e ss.

(126) In proposito si rinvia ai sempre attuali contributi di MANFREDI F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. giur. it.*, vol. XII, op. cit. ALFIERI U., *L'ordine del giorno delle sedute consiliari*, in *Amm. it.*, 1951. GHIANI A., *L'ordine del giorno nelle sedute consiliari*, in *L'Amministrazione italiana*, 1952. NASUTI A., *Questioni in tema di ordine del giorno nelle sedute degli enti locali minori*, in *Enciclopedia per i Comuni*, n. 310-313, 1978.

(127) Con riferimento ai poteri presidenziali di polizia delle sedute ALFIERI U., *Il mantenimento dell'ordine nelle sedute del Consiglio comunale*, in *Amm. it.*, 1952. BELLO F., *Regolamento per la convocazione, le adunanze e le attribuzioni del consiglio comunale*, op. cit. DE TARANTO A., *Il mantenimento dell'ordine pubblico durante le sedute consiliari*, in *Amm. civ.*, n. 56-57, 1962. MORELLI G., *La polizia delle Adunanze consiliari nei Comuni della Regione siciliana*, in *Nuova rass. legis.*, 1963, n. 17, pp. 2394 e ss. Nella previgente normativa sugli enti locali, il potere di polizia delle sedute del presidente del Consiglio era contemplato all'art. 297 della l. 4 febbraio 1915, n. 148 e all'art. 277 del T.U. del 1934.

(128) LAMANNA DI SALVO D., *La portata del concetto di imparzialità e neutralità dell'azione dell'ente locale ex d.l. n. 201 del 2011*, Nota a Tar Lombardia Milano, sez. I, 14 dicembre 2011, n. 3150, op. cit.

(129) Con riferimento alle funzioni svolte dal presidente, quale coordinatore delle sedute, si rinvia agli artt. 39, 40, 43 del D.lgs. 267/2000. In special modo l'art. 40 così recita: *"La prima seduta del consiglio comunale e provinciale deve essere convocata entro il termine perentorio di dieci giorni dalla proclamazione e deve tenersi entro il termine di dieci giorni dalla convocazione. Nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, la prima seduta, è convocata dal sindaco ed è presieduta dal consigliere anziano fino alla elezione del presidente del consiglio. La seduta prosegue poi sotto la presidenza del presidente del consiglio per la comunicazione dei componenti della Giunta e per gli ulteriori adempimenti. (...) La prima seduta del consiglio provinciale è presieduta e convocata dal presidente della provincia sino alla elezione del presidente del consiglio"*. Di significativa rilevanza è, altresì, l'art. 43 secondo cui *"i consiglieri hanno inoltre il diritto di chiedere la convocazione del consiglio secondo le modalità dettate dall'art. 39, comma 2"*. Per una analisi dettagliata della previgente normativa SAREDO G., *La legge sull'amministrazione comunale e provinciale*, vol. VIII, II ed., Torino, 1906. FAGIOLARI G.-PRESUTTI E., *Commento sistematico della nuova legge comunale e provinciale e delle disposizioni legislative complementari*, Athenaeum, Roma, 1914. BELLO F., *Regolamento per la convocazione, le adunanze e le attribuzioni del consiglio comunale*, Empoli, 1954. NATALE E., *Consiglio comunale: poteri del presidente nei confronti dei suoi membri*, in *Nuova rass. legis.*, I, 1957, p. 164. BERTI G., *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale: saggio*, Cedam, Padova, 1967. NASUTI A., *I poteri del presidente dell'adunanza del consiglio comunale e provinciale*, op. cit. VANDELLI L.-MASTRAGOSTINO F., *I Comuni e le Province*, Il Mulino, Bologna, 1996.

(130) Si considerino, a titolo esemplificativo, alcune disposizioni dello Statuto del Comune di Milano. Art. 22: *Il Consiglio "è convocato e presieduto dal Presidente eletto fra i consiglieri comunali"*. Art. 25: *"Le proposte di deliberazione di competenza del Consiglio sottoscritte da almeno un quinto dei Consiglieri o dal Sindaco sono iscritte dal Presidente all'ordine del giorno del Consiglio comunale entro venti giorni e sono trattate secondo le modalità stabilite dalla Conferenza dei presidenti dei gruppi. Le proposte di deliberazione di iniziativa di singoli consiglieri sono iscritte all'ordine del giorno nei modi ed entro i termini previsti dal regolamento"*. Art. 27: *"Il Presidente convoca e presiede il consiglio, ne predisporre l'ordine del giorno delle riunioni su richiesta anche dei consiglieri; apre, dirige, coordina e dichiara chiusa la discussione sui vari punti all'ordine del giorno nel rispetto dei diritti dei consiglieri; mantiene l'ordine della seduta"*. Art. 33: *"Il Presidente del Consiglio comunale è tenuto a riunire il Consiglio in un termine non superiore a venti giorni, quando lo richiedano un quinto dei consiglieri o il Sindaco, inserendo all'ordine del giorno le questioni richieste"*.

esprime una posizione di ordinaria preminenza formale del presidente nell'alveo di una relazione di equiordinazione con gli altri componenti del collegio.

Tuttavia, occorre distinguere i Consigli comunali e provinciali con più di 15.000 abitanti da quelli con meno di 15.000 abitanti. Infatti nei Consigli con più di 15.000 abitanti, ove non sia prevista la figura del presidente e nei Comuni e nelle Province con meno di 15.000 abitanti l'organo consiliare è presieduto direttamente dal Sindaco o dal Presidente della Provincia, salvo diversa previsione dello Statuto (131). In queste ultime ipotesi, pertanto, il presidente del Consiglio ricopre, da un lato, l'ufficio direttivo interno in qualità di *primus inter pares* e, dall'altro, la posizione esterna di organo monocratico.

È evidente, allora, come la contestuale posizione di Sindaco o di Presidente della Provincia sia idonea a rafforzare l'intensità di esercizio delle funzioni presidenziali di coordinamento dei lavori del Consiglio; ne può derivare, coerentemente, un'influenza sul procedimento di formazione della volontà collegiale. In questo modo la contestuale posizione di organo monocratico è in grado di accrescere in senso sostanziale la primazia presidenziale, con ricadute sulla azione degli altri componenti; tuttavia, in virtù della applicazione della teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza (132), gli occasionali episodi di preminenza sostanziale non risultano in grado di compromettere i tratti distintivi della primazia ed, in particolare, la posizione di preminenza formale del presidente e la pariordinazione di tutti i componenti.

Il fenomeno di accentuazione delle funzioni di *primus inter pares* sopra descritto non ricorre, viceversa, nei Comuni e nelle Province con più di 15.000 abitanti, ove il Consiglio è coordinato da un presidente, distinto dalla persona del Sindaco e del Presidente di Provincia ed eletto tra i consiglieri nella seduta di insediamento (133).

In questa differente fattispecie l'esercizio delle funzioni tipiche della primazia si svolge nel solco di una preminenza strettamente formale sugli altri componenti; ciò è spiegabile, in primo luogo, con l'assenza di una esterna posizione di organo monocratico da parte del presidente. In secondo luogo con l'ammissibilità, sempre più riconosciuta dagli Statuti e dalla giurisprudenza, di un potere di revoca del presidente da parte di una frazione di consiglieri (134). La revoca rappresenta, del resto, un efficace strumento di coazione indiretta che, se

(131) Lo prevede espressamente l'art. 39 co. III del D.lgs. 267/2000: "*Nei comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti il consiglio è presieduto dal sindaco che provvede anche alla convocazione del consiglio salvo differente previsione statutaria*".

(132) Si rinvia in proposito ai contributi di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(133) In tal senso recita l'art. 39 co. I: "*I consigli provinciali e i consigli comunali dei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti sono presieduti da un presidente eletto tra i consiglieri nella prima seduta del consiglio. Al presidente del consiglio sono attribuiti, tra gli altri, i poteri di convocazione e direzione dei lavori e delle attività del consiglio. Quando lo statuto non dispone diversamente, le funzioni vicarie di presidente del consiglio sono esercitate dal consigliere anziano individuato secondo le modalità di cui all'articolo 40. Nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti lo statuto può prevedere la figura del presidente del consiglio*". In dottrina, da ultimo, IARICCI G.P., *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., pp. 526-529.

(134) Per quanto concerne la revoca del presidente del Consiglio comunale, in dottrina, NOBILE R., *La revoca del presidente del consiglio comunale*, op. cit. PETRULLI M., *La revoca del presidente del consiglio comunale nel caso di mancata previsione ad hoc nello statuto*, op. cit. DI TRIFILETTI G., *Due interessanti questioni: l'ammissibilità della revoca del Presidente del Consiglio comunale e il ruolo del consigliere anziano*, op. cit. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Tar Veneto, sez. I, 21 dicembre 2005, n. 4359, cit. Tar Puglia Lecce, sez. I, 20 febbraio 2014, n. 528, cit.

ben utilizzato e ancor prima adeguatamente minacciato, è in grado di assicurare un esercizio delle funzioni presidenziali nei confini di una preminenza rigorosamente formale sugli altri componenti.

Episodi di preminenza sostanziale, sia pure transitori, ricorrono, poi, nelle ipotesi di patologia afferenti le funzioni di *primus inter pares*; in ogni caso l'individuazione di uno o più rimedi, in grado di ripristinare il corretto andamento dell'*iter* collegiale, fa sì che tali episodi di preminenza sostanziale non pregiudichino i tratti distintivi della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

4.1.1. *Il patologico esercizio delle funzioni presidenziali: l'intervento sostitutivo del Prefetto.*

Come detto, nell'ambito dei Consigli comunali e provinciali il presidente riveste una posizione di primazia ovvero di *primus inter pares* rispetto agli altri componenti del consesso. La primazia, quale posizione di preminenza formale, si esplica, generalmente, nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

La discrezionalità, che ordinariamente connota l'esercizio delle funzioni presidenziali, risulta particolarmente accentuata nei Consigli comunali e provinciali (135), in ragione dell'esigenza di tutelare lo svolgimento dei lavori dall'accesso antagonismo tra gli interessi politici in rilievo; in tal senso appare decisiva la figura moderatrice del presidente nella risoluzione di momenti di *impasse* o di conflitto, potenzialmente pregiudizievoli per l'attività deliberativa.

Ciò premesso, occorre soffermarsi su una tra le molteplici patologie inerenti le funzioni che connotano in senso tipico la primazia. Ai sensi dell'art. 39 co. II del D.lgs. 267/2000 "*il presidente del consiglio comunale o provinciale è tenuto a riunire il consiglio, in un termine non superiore ai venti giorni, quando lo richiedano un quinto dei consiglieri (...) inserendo all'ordine del giorno le questioni richieste*".

La disposizione individua un'ipotesi di convocazione straordinaria che si configura a fronte della specifica richiesta di una frazione di consiglieri; una richiesta che ha effetti vincolanti, sicché il presidente è obbligato a provvedere in senso conforme entro il termine stabilito dalla legge (136). Trattandosi di un atto vincolato, in caso di inottemperanza, oltre alla configurazione

(135) È chiaro che, trattandosi di funzioni ampiamente discrezionali, ogni limitazione che riduca la discrezionalità o trasformi la funzione in vincolata dovrà essere espressamente prevista da una disposizione di diritto positivo che prescriva una condivisione della funzione tra presidente e componenti oppure assegni direttamente al collegio la potestà decisoria su talune questioni. Sulla natura discrezionale delle funzioni presidenziali nei Consigli comunali e provinciali MAGNANI A., *La legge ed il regolamento comunale e provinciale coordinati e commentati sistematicamente secondo le recenti modificazioni*, Firenze, 1922. MAZZIOTTI A., *Attribuzioni e poteri del presidente del consiglio comunale*, op. cit.

(136) Un'ipotesi di convocazione straordinaria su richiesta di una frazione di consiglieri era prevista dalla l. 8 giugno 1990, n. 142. (ANDREIS M., *I rapporti tra gli organi negli enti locali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 112); ancor prima dal R.d. 4 febbraio 1915, n. 148. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 147: l'Autore si domanda se "*il presidente del consiglio provinciale sia obbligato ad accogliere l'istanza o se la convocazione sia rimessa al suo apprezzamento, poiché la legge non è in proposito esplicita, ma il migliore avviso sembra che egli non abbia potestà discrezionale di rifiutarsi*". In caso di omissione del presidente i richiedenti si sarebbero potuti rivolgere alla Giunta Provinciale Amministrativa, territorialmente competente, per un intervento surrogatorio. *Contra* G. Saredo che assegna, viceversa, il potere sostitutivo al Prefetto. Sulla natura vincolata dell'atto di convocazione del presidente nelle ipotesi di convocazione straordinaria, di recente, STADERINI F.-CARETTI P.-MILAZZO P., *Diritto degli enti locali*, XIII ed., Cedam, Assago, 2011.

del delitto di omissione di atti d'ufficio (137), trova applicazione la disposizione di cui all'art. 39 co. V che prescrive un intervento sostitutivo del Prefetto (138). Un rimedio, certamente re-taggio del previgente sistema di controlli statali sugli organi e sulla attività degli enti locali, che tuttavia è confermato anche dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

In definitiva, il D.lgs. 267/2000 individua con riferimento ai Consigli comunali e provinciali uno strumento giuridico in grado di sterilizzare il patologico esercizio della funzione di convocazione con i relativi episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Del resto, l'intervento surrogatorio di un organo monocratico statale (139) mira a ricondurre lo svolgimento della funzione presidenziale nei confini della posizione di preminenza formale tipica della primazia.

4.2. I Consigli regionali. Le funzioni presidenziali di impulso e coordinamento dei lavori dell'Assemblea.

I Consigli regionali (140), ad imitazione delle Assemblee legislative di Camera e Senato (141), prevedono al proprio interno un ufficio presidenziale con compiti di impulso e coordinamento dei lavori delle sedute. L'obbligatorietà di tale ufficio è ribadita dalle previsioni sta-

(137) Si tratta di un'omissione perpetrata da un pubblico ufficiale nell'esercizio di una funzione amministrativa; l'art. 328 c.p., in proposito dispone: "*Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a milletrecentadue euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa*". In giurisprudenza Pretura di Bassano del Grappa, 27 febbraio 1981, in *G. mer. cit.*

(138) L'art. 39 co. V del D.lgs. 267/2000 in proposito statuisce: "*In caso di inosservanza degli obblighi di convocazione del consiglio, previa diffida, provvede il prefetto*". La competenza surrogatoria dell'autorità prefettizia era contemplata anche dal previgente art. 3. Del T.U. 3 marzo 1934, n. 383. Più in generale sulla c.d. competenza surrogatoria nel diritto amministrativo GASPARRI P., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *op. cit.* Secondo l'Autore si avrebbe competenza surrogatoria quando "*a compiere atti di un dato tipo è competente, in via primaria o principale, o normale che dir si voglia un dato organo, ma qualora si verificino date circostanze, diviene legittimo il compimento dell'atto da parte di altro organo*". GARGIULO U., *I collegi amministrativi, op. cit.*, pp. 156-157: "*Talvolta l'organo che esercita il controllo sul collegio si sostituisce al presidente nel convocare l'assemblea alla quale sottopone affari di particolare importanza (ad es. il prefetto può convocare il Consiglio comunale affinché deliberi su determinati oggetti: t.u.c. e p., art. 124)*".

(139) Per una ricostruzione storico-evolutiva della figura del Prefetto CASULA P., *I Prefetti nell'ordinamento italiano: aspetti storici e tipologici*, Giuffrè, Milano, 1972. MEOLI C., *Il Prefetto nell'ordinamento italiano: profili storico-istituzionali*, ristampa aggiornata, Nocchioli, Firenze, 1984.

(140) In tema di organi regionali, senza pretese di esaustività, D'ATENA A., voce *Regione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988. RUGGERI A., voce *Regione (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, tomo II, Agg., Utet, 2008. CATALANO S., *La presunzione di consonanza. Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a Statuto ordinario*, Giuffrè, Milano, 2010. MARTINES T.-RUGGERI A.-SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012.

(141) Individua alcune affinità tra i Consigli regionali e le Assemblee parlamentari, da ultimo, AIROLDI M., *I regolamenti delle assemblee legislative, op. cit.*, p. 168, secondo cui "*le funzioni legislative - pur operando in ambiti diversi - e i principi che le governano, come la rappresentatività e la collegialità, consentono di scorgere alcuni obiettivi punti di contatto tra le due situazioni, registrando presso il Consiglio regionale la presenza di istituti che, nella misura in cui sono volti a garantirne la funzionalità e l'indipendenza, ritroviamo in via generale negli organi collegiali e in via particolare nelle assemblee rappresentative*". Sul punto anche GIANFRANCESCO E.-LUPO N., *I consigli regionali tra nuovo che avanza e... vecchio che resta*, in AA.VV., *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, a cura di GIANFRANCESCO E., LUPO N., LIPPOLIS V., *Il Filangieri Quaderno* 2009, Napoli, 2010.

tutarie e regolamentari volte ad introdurre meccanismi di sostituzione in caso di assenza o impedimento del rispettivo titolare.

Il presidente del Consiglio regionale viene eletto dall'Assemblea a maggioranza dei suoi componenti (142); una volta eletto non può, di regola, essere sfiduciato, salvo diversa previsione dello Statuto (143).

Quanto al ruolo ricoperto e alle funzioni assolte, il presidente occupa la medesima "posizione che compete agli organi corrispondenti delle Camere, riconducibile in sostanza a quella di un primus inter pares, come figura dotata di poteri di direzione e di coordinamento nei confronti degli altri membri del collegio" (144).

Il presidente viene, così, a rivestire quella posizione di primazia formale, tipica dei collegi politico-assembleari, che si esprime nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute (145); al di là di fisiologiche differenze terminologiche, i vari ordinamenti regionali presentano discipline per gran parte uniformi (146).

Le funzioni *de quibus* connotano in senso tipico la figura organizzatoria della primazia, risultando indispensabili per il corretto svolgimento dell'iter collegiale.

(142) L'elezione del presidente tra i componenti del Consiglio è espressione del principio di autogoverno degli organi collegiali politico-assembleari. (ZUELLI F., *La collegialità amministrativa tra regolamentazione e autoregolamentazione*, in *Le Regioni*, 1990). Sulla figura dei Presidenti delle Assemblee regionali, tra i tanti, IBRIDO R., *I Presidenti delle Assemblee regionali e l'interpretazione dei regolamenti consiliari*, in GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVOCSECCI G. (a cura di), *I presidenti di assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, op. cit., pp. 391-413.

(143) Per esempio gli Statuti della Regione Trentino-Alto Adige (art. 32) e della Regione Campania (art. 35) assegnano espressamente ad una frazione di consiglieri un potere di revoca del presidente. Viceversa, nel silenzio della normativa trova applicazione il principio di non revocabilità del presidente che rinviene la propria ratio nell'esigenza che i titolari di organi pubblici di garanzia istituzionale, per la loro funzione *super partes*, siano sottratti ai giochi politici di maggioranza.

(144) MARTINES T.-RUGGERI A.-SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, IX ed., op. cit., p. 52. Sulla figura del presidente del Consiglio regionale, in dottrina, CUOCOLO F., *Il Presidente di Consiglio regionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 213-244. AINIS M. (a cura di), voce *Presidente del Consiglio regionale*, in *Dizionario costituzionale*, op. cit. CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, op. cit.

(145) MARTINES T., *Il Consiglio regionale*, Giuffrè, Milano, 1961, nuova ed. interamente riveduta, Giuffrè, Milano, 1981. Secondo l'Autore "le attribuzioni del Presidente del Consiglio regionale e dei componenti l'ufficio di presidenza sono, in linea generale, quelle proprie di tali organi interni degli organi collegiali e, nella specie, delle Assemblee politiche. Le attribuzioni del Presidente e dell'ufficio di presidenza sono specificate negli statuti e nei regolamenti dei Consigli". In senso conforme CATELANI A., *L'ordinamento regionale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXVIII, diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, Padova, 2006. Secondo l'Autore "in seno al Consiglio regionale il Presidente svolge una funzione analoga a quella dei Presidenti delle Camere con poteri di convocazione, di determinazione dell'ordine del giorno, di regolamentazione dei dibattiti, etc...".

(146) In proposito lo Statuto della Regione Lazio all'art. 21, espressamente recita: Il presidente "convoca il Consiglio, lo presiede, ne dirige i lavori secondo quanto previsto dallo Statuto e dal regolamento (...) e formula il relativo ordine del giorno, assicurandone la regolarità delle sedute ed il buon andamento". Inoltre puntualizza l'art. 4 del regolamento interno che il presidente assicura il buon andamento dei lavori del consiglio; egli "convoca l'Aula, concede la facoltà di parlare, dirige e modera la discussione, mantiene l'ordine, pone le questioni, chiarisce il significato delle votazioni, ne stabilisce l'ordine e ne annuncia il risultato"; infine, ai sensi dell'art. 68, è facoltà del presidente "modificare l'ordine delle votazioni quando lo reputi opportuno ai fini dell'economia o della chiarezza delle votazioni stesse".

In relazione al potere di convocazione, ciascun Consiglio si riunisce, normalmente, su impulso del suo presidente; eccezionalmente, tuttavia, la convocazione può essere effettuata su richiesta straordinaria del presidente della Giunta o di una frazione di consiglieri regionali; in caso di inottemperanza del presidente alcuni Statuti prescrivono, come rimedio, la convocazione di diritto dell'Assemblea (147).

Venendo, poi, all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio (148), la relativa predisposizione è normalmente rimessa alla discrezionalità del presidente, salvi i casi di deliberazioni obbligatorie (es. approvazione del bilancio) o di domanda di inserzione di argomenti da parte delle minoranze.

Per quanto concerne la funzione di direzione delle adunanze, si fa notare come anch'essa rientri nel novero delle prerogative tipiche dell'ufficio presidenziale (149). Tale funzione viene esercitata dal presidente con ampia discrezionalità, soprattutto nell'attività di interpretazione (150) ed applicazione del regolamento (151), al precipuo fine di coordinare e contemperare l'antagonismo politico degli interessi in rilievo. In special modo il presidente compie una pluralità di atti strumentali al buon andamento dell'*iter* collegiale: apre l'adunanza, verifica il numero legale (152), coordina le fasi della discussione e della votazione (153) etc. Il presidente per prassi non vota (154).

(147) Si considerino, per esempio, gli artt. 37 co. III dello Statuto della Regione Emilia Romagna e l'art. 40 co. i III e IV dello Statuto del Piemonte. (In proposito MACCABIANI N., *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, op. cit. p. 50).

(148) MARTINES T., *Il Consiglio regionale*, op. cit. "Secondo una regola comune a tutti gli organi collegiali, i Consigli regionali non possono discutere e deliberare se non su argomenti che siano iscritti all'ordine del giorno e ciò al fine di evitare le deliberazioni a sorpresa".

(149) MARTINES T., *Il Consiglio regionale*, op. cit.: "Un rilievo a parte assume la figura del Presidente del Consiglio al quale spetta -al pari dei presidenti degli organi collegiali in genere- un potere di direzione, di impulso e di coordinamento nei confronti degli altri componenti il collegio e degli altri organi interni che lo pone in una posizione di *primus inter pares*".

(150) MABELLINI S., *Il ruolo politico del Presidente di Assemblea: il caso Sicilia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2, 2010: "Nel campo della funzione di direzione dei lavori parlamentari è infine il potere di interpretazione e di applicazione del regolamento, assegnato al Presidente, a rivestire, come noto, un ruolo particolarmente incisivo che comprende il compito di scegliere il precedente, integrando anche in modo creativo le norme regolamentari e dunque, in un certo senso, disponendone". LA LUMIA I., *Il ruolo politico del Presidente dell'Ars*, in www.ars.sicilia.it.

(151) MABELLINI S., *Il ruolo politico del Presidente di Assemblea: il caso Sicilia*, op. cit.: L'Aurice fa presente come in tema di richiami al regolamento la posizione del presidente risulti "straordinariamente connotata da autonoma capacità decisoria" che "non ha probabilmente eguali nel sistema costituzionale", poiché il presidente decide "in solitudine ed inappellabilmente". Più in generale sulla natura giuridica dei regolamenti consiliari, tra i tanti, MARTINES T., *Regolamenti dei Consigli regionali*, in *Studi per L. Compagna*, vol. II, Milano, 1980. FOIS S., *Il trattamento dei Regolamenti interni dei Consigli regionali*, in *Quad. reg.*, n. 4, 1984. MELONI G., *I Regolamenti consiliari tra norma interna e fonte del diritto*, in AA.VV., *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, a cura di GIANFRANCESCO E., LUPO N., LIPPOLIS V., op. cit. SIRIANNI G., *I Regolamenti delle assemblee regionali*, in *Dir. e soc.*, n. 2, 2007.

(152) Per una trattazione generale sul numero legale nei collegi politico-assembleari FURLANI S., voce *Numero legale (Dir. pubblico)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Utet, 1965, pp. 511 e ss. LONGI V., voce *Numero legale*, in *Rass. parlam.*, 1959, p. 53. Con particolare riferimento alle Assemblee regionali gli artt. 34 e 35 del regolamento del Consiglio regionale del Lazio impongono al presidente di verificare la presenza del numero legale su richiesta scritta di almeno tre consiglieri o di un presidente di gruppo; in caso di mancanza del numero legale il presidente può rinviare la seduta di un'ora oppure toglierla.

(153) A riguardo anche GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit., p. 153: "Il presidente ri-

In relazione, da ultimo, al potere di polizia delle sedute, tale potere, da non confondersi con il potere disciplinare (155), è, di regola, previsto espressamente dallo Statuto o dal regolamento, allo scopo di ripristinare la funzionalità del consesso in caso di disordini o tumulti. A riguardo l'art. 45 del regolamento del Consiglio regionale del Lazio recita: "*Se un consigliere pronuncia parole sconvenienti oppure turba, con il suo contegno, la libertà delle discussioni e l'ordine della seduta, il Presidente (...) lo richiama formalmente nominandolo. Dopo un secondo formale richiamo all'ordine, avvenuto nella stessa seduta il Presidente (...) può disporre l'esclusione del consigliere dall'Aula per tutto il resto della seduta*"; in casi di particolare gravità anche dopo un solo richiamo; aggiunge poi l'art. 46: "*Quando sorga tumulto in Aula e riescano vani i richiami del Presidente (...), questi abbandona il seggio e ogni discussione s'intende sospesa. Se il tumulto continua il Presidente (...) sospende la seduta per un dato tempo o, secondo l'opportunità, la toglie*" (156). Tuttavia, anche in assenza di un'espressa disposizione di diritto positivo, va riconosciuto in via generale a ciascun presidente un potere di polizia delle sedute, trattandosi di un potere immanente alla posizione di primazia, a sua volta elemento indefettibile della collegialità.

Occorre, a questo punto, domandarsi se la posizione di primazia del presidente del Consiglio regionale assuma i caratteri di una preminenza solo formale oppure anche sostanziale sugli altri componenti.

In proposito si deve evidenziare come l'art. 121 co. I Cost. qualifichi come organi della Regione il Consiglio, la Giunta e il suo Presidente, senza far menzione della figura del presidente del Consiglio; aggiunge, poi, l'art. 122 co. III che il Consiglio regionale elegge tra i suoi componenti un presidente. Dall'analisi delle citate disposizioni emerge come il presidente ricopra esclusivamente una posizione di *primus inter pares* ossia di coordinatore interno dei lavori del Consiglio, senza rivestire contestualmente la posizione esterna di organo monocratico (157). Si consideri, poi, la ricorrente previsione negli Statuti di un potere di sfiducia da

conosce la validità dell'adunanza e dichiara aperta la seduta, rinviandola nel caso contrario; accerta gli eventuali casi di astensione; invita i componenti a discutere le proposte, per il cui esame sono stati convocati; dirige e modera la discussione; concede la parola, limitandola nel caso di abuso e invitando gli oratori a non discostarsi dall'argomento; indice la votazione, riconosce e proclama l'esito; sovrintende alla compilazione del processo verbale e lo firma; dichiara sciolta l'adunanza".

(154) La prassi secondo cui il presidente non partecipa alle votazioni del Consiglio, mutuata dalle Assemblee parlamentari, esprime la volontà presidenziale di astenersi, formalmente, dalla contrapposizione tra interessi e gruppi politici antagonisti. In proposito, tra i tanti, BILANCIA F., *L'imparzialità perduta (a proposito dei presidenti di assemblea parlamentare)*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005.

(155) Al presidente, in caso di gravi violazioni perpetrate da uno o più componenti, è attribuito un mero potere di proposta, spettando viceversa all'ufficio di presidenza l'effettiva irrogazione della sanzione. Inoltre, il potere disciplinare non rientrerebbe nel contenuto tipico della posizione di primazia, essendo previsto solo in alcuni organi collegiali. Si consideri, per esempio, come negli organi amministrativi e giurisdizionali non è, di solito, attribuita al presidente alcuna funzione disciplinare per carenza di conflittualità in seno al consesso. In proposito MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 2057 e ss.

(156) L'art. 47 del regolamento attribuisce al presidente il potere di disporre della forza pubblica, la quale può entrare in Aula solo a seguito di un suo specifico ordine e dopo che la seduta sia stata sospesa o tolta. Con specifico riferimento alla partecipazione del pubblico alle adunanze, l'art. 49 puntualizza che "*il presidente del consiglio può ordinare l'allontanamento di persone che turbino l'ordine dei lavori e può altresì disporre, nei casi gravi più gravi, il temporaneo sgombrò dei settori*".

(157) Del resto, in ambito regionale il presidente del Consiglio non può in nessun caso ricoprire contemporaneamente il ruolo di Presidente della Giunta, a differenza di quanto accade in taluni casi per

parte dei componenti che, evidentemente, rappresenta un formidabile strumento di coazione verso il presidente, a garanzia di un equilibrato svolgimento dei rispettivi compiti (158).

Ne consegue che l'esercizio delle funzioni tipiche della primazia tende a svilupparsi nei confini di una preminenza rigorosamente formale, propedeutica al buon andamento dei lavori e conforme al principio della *par condicio* che anima le relazioni *infra-collegiali*; tutto ciò, coerentemente, sembra ridurre i già occasionali episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti ai casi più controversi di interpretazione ed applicazione del regolamento (159) e alle ipotesi di patologia afferenti lo svolgimento dei compiti presidenziali.

In definitiva, gli occasionali e marginali episodi di preminenza sostanziale, in virtù dell'applicazione della teoria della prevalenza o dell'assorbimento (160), non risultano inidonei ad alterare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

4.2.1. *Aspetti patologici della primazia presidenziale.*

Come illustrato, le funzioni presidenziali di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute caratterizzano in senso tipico il contenuto della primazia all'interno del Consiglio regionale; tali funzioni hanno, altresì, natura ampiamente discrezionale, risultando non sindacabili oltre certi limiti, salvo disposizioni positive di segno contrario (161).

Il patologico esercizio delle funzioni di *primus inter pares*, può riverberare effetti sulla figura organizzatoria della primazia, generando episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Particolare interesse suscitano le ipotesi, espressamente contemplate da taluni ordinamenti regionali, di omesso esercizio da parte del presidente di una funzione interamente vincolata (162); si pensi alla fattispecie, assai ricorrente, di convocazione straordinaria delle

i presidenti dei Consigli comunali e provinciali; infine, non trovano applicazione le considerazioni svolte sui Presidenti delle Assemblee parlamentari, che viceversa operano come organi monocratici nell'ambito delle rispettive istituzioni.

(158) La previsione statutaria di un potere di sfiducia del presidente, da parte di un prescritto numero di componenti, riconosce al collegio un efficace strumento teso ad assicurare l'esercizio delle funzioni presidenziali nei confini di una preminenza meramente formale. Diversamente, se il potere di revoca non è espressamente riconosciuto, il presidente, non temendo di essere rimosso sino alla fine della legislatura, potrà essere più disinvolto nello svolgimento dei propri compiti, condizionando maggiormente il procedimento di formazione della volontà collegiale.

(159) È convincimento diffuso, infatti, che i poteri presidenziali di interpretazione ed applicazione del regolamento, per l'ampia discrezionalità che li connota, sono tali da accentuare l'intensità di esercizio delle funzioni tipiche della primazia e, segnatamente, la funzione di direzione dei lavori. Non va sottovalutato, d'altronde, come il presidente, anche se titolare del ruolo di arbitro imparziale della dialettica *infra-collegiale*, risulti pur sempre espressione della maggioranza politica che lo ha eletto e del cui indirizzo sovente si fa portatore, con decisioni procedurali anche discutibili. In proposito, tra i tanti, BILANCIA F., *L'imparzialità perduta (a proposito dei presidenti di assemblea parlamentare)*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, *op. cit.*

(160) Per un'analisi generale ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone, op. cit.* SICCHIERO G., *I contratti misti, op. cit.* DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici, op. cit.*

(161) Puntuale disposizione, previste dallo Statuto o dal regolamento, volte ad introdurre vincoli e limiti al pieno esercizio della discrezionalità, riducendo, e alle volte azzerando, i margini apprezzamento del presidente in sede di decisione.

(162) Sui nuovi Statuti regionali, in dottrina, BIFULCO R., (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino, 2006.

adunanze su richiesta di un prescritto numero di componenti. *Quid iuris* ove il presidente ometta l'adozione dell'atto (vincolato) di convocazione, nonostante un puntuale obbligo di provvedere?

Alcune Regioni prevedono *expressis verbis* la convocazione di diritto del Consiglio (163). Si consideri, per esempio, lo Statuto dell'Emilia Romagna che all'art. 37 co.i II e III testualmente recita: "*Il Presidente è tenuto a convocare l'Assemblea qualora lo richiedano o il Presidente della Regione ovvero un decimo dei Consiglieri regionali. I richiedenti ne informano i componenti dell'Assemblea. Se il Presidente non provvede entro dieci giorni, l'Assemblea si riunisce di diritto il quinto giorno non festivo immediatamente successivo*". In questa fattispecie all'inerzia del presidente supplisce direttamente il diritto positivo, individuando nella convocazione *ex lege* un rimedio idoneo a superare l'*impasse* di funzionamento del collegio.

Vi sono, tuttavia, altri ordinamenti che, pur contemplando ipotesi di convocazione straordinaria (su richiesta cioè di un prescritto numero di componenti) non prevedono alcun rimedio surrogatorio in caso di omissione del presidente (164). Nonostante il silenzio del diritto positivo, anche in tali fattispecie, insopprimibile è l'esigenza di individuare tanto un rimedio quanto un organo presso cui esperirlo al fine di ripristinare il fisiologico andamento dei lavori nonché la posizione di preminenza formale del presidente. Per far ciò occorre applicare i principi generali sulla collegialità a quegli ordinamenti regionali che nulla dispongano in proposito.

È convincimento diffuso che il ruolo delle Regioni negli ultimi anni si sia fortemente accresciuto a partire dal riconoscimento di una posizione di tendenziale pariordinazione con lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica (165). Nonostante l'espansione delle competenze legislative, i Consigli regionali non possono, tuttavia, considerarsi del tutto equiparati alle Assemblee parlamentari; conseguentemente risulta ad essi inapplicabile l'istituto della autodichia (o giurisdizione domestica) con annesse guarentigie che la Costituzione riconosce alla Camera e al Senato, nonché alla Corte costituzionale, a tutela degli *interna corporis* delle rispettive istituzioni.

Da queste considerazioni è possibile evincere come in caso di omissione di atti vincolati da parte del presidente del Consiglio regionale i richiedenti possano azionare un rimedio surrogatorio al cospetto di un organo giurisdizionale esterno. In questa fattispecie, pertanto, l'esigenza di ripristino della funzionalità del consesso prevale sulla tutela dell'autonomia dell'organo collegiale dalle ingerenze di altri poteri.

Il rimedio giurisdizionale potrebbe individuarsi, alternativamente, nel: ricorso al giudice ordinario (Tribunale civile) ex art. 2367 co. II c.c. (166); ricorso al giudice amministrativo (TAR) ex artt. 31 e 117 c.p.a. (167).

Dei due rimedi, volti a provocare un intervento surrogatorio di un giudice nella convocazione della adunanza, è da preferirsi il ricorso al TAR per la natura amministrativa della

(163) In proposito MACCABIANI N., *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, op. cit.

(164) Ad esempio l'art. 26 dello Statuto alla Regione Lazio prescrive che il Consiglio sia convocato dal Presidente su richiesta di un quinto dei suoi componenti; puntualizza poi l'art. 23 co. IV del regolamento: "*Qualora un quinto dei consiglieri richieda la convocazione (...), il Presidente (...) dispone affinché la seduta sia fissata entro il quindicesimo giorno successivo alla richiesta*".

(165) Tale rivoluzione copernicana si è realizzata con la riforma del Titolo V Parte II della Costituzione (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3). In particolare l'art. 114 co. I recita espressamente che "*la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*".

funzione omessa. In tal modo sarà possibile ripristinare la corretta funzionalità del consesso e ricondurre la posizione di primazia del presidente negli argini di una naturale preminenza formale sugli altri componenti.

4.3. *Le Commissioni parlamentari. La posizione di primus inter pares del presidente: elementi di specialità.*

Nella struttura organizzativa del Parlamento italiano, le Commissioni permanenti sono organi collegiali minori, necessari per espressa previsione costituzionale (art. 72 Cost.) (168); appartengono, come noto, alla famiglia degli organi politico-assembleari da cui mutuano, coerentemente, le principali caratteristiche.

Le Commissioni assolvono al compito di coadiuvare l'Assemblea nell'espletamento delle sue funzioni, svolgendo un'attività preparatoria alle attività del collegio maggiore (169). Sono,

(166) Ai sensi dell'art. 2367 co. II c.c. "*se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla*". In dottrina LAURINI G., *Il presidente di assemblea di società per azioni*, op. cit. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit. CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, artt. 2484-2510, op. cit.

(167) Più in generale sul rimedio avverso il silenzio inadempimento si rinvia, senza pretese di completezza, a CENTOFANTI N., *La nuova disciplina del silenzio della P.A.: comportamenti inadempienti, tutela amministrativa e giurisdizionale*, op. cit. GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, op. cit. MIGNONE C.-VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, op. cit. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., op. cit. GALLO C.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, VI ed., op. cit. JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, V ed., a cura di R. Rolli, op. cit. ROLLI R., *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi: tempo, silenzio e processo amministrativo*, op. cit. SASSANI B.-VILLA R., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, op. cit. MONETA G., *Elementi di giustizia amministrativa*, op. cit. CORRADINO M.-STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, op. cit.

(168) Vasta è la bibliografia in tema di Commissioni parlamentari. Tra i più significativi contributi ELIA L., voce *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, pp. 895-910. GARLATO G., *Le Commissioni permanenti del Parlamento italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. V, Firenze, 1969. BRUNO F., *Le Commissioni parlamentari in sede politica*, Giuffrè, Milano, 1972. TOSI S., *Diritto Parlamentare*, op. cit. DI CIOLO V., voce *Parlamento (organizzazione e procedure)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, op. cit. CALIFANO L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, Giuffrè, Milano, 1993. TANDA A.P., voce *Commissioni permanenti*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., op. cit., pp. 58-61. MANZELLA A., *Il Parlamento*, III ed., op. cit. TRAVERSA S., *Commissioni parlamentari. Generalità. Composizione e costituzione delle Commissioni permanenti*, in *Rass. parl.*, n. 1, 2007. FASONE C., *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Cedam, Padova, 2012. DI CIOLO V.-CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Giuffrè, Milano, 2013.

(169) In proposito ELIA L., voce *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir.*, op. cit., p. 895: "*Le Camere del Parlamento svolgono l'attività necessaria all'esercizio delle loro attribuzioni o mediante l'assemblea, collegio composto da tutti i membri di ciascuna Camera, o mediante commissioni, collegi minori comprendenti soltanto una parte di tali membri. Normalmente (o, per meglio dire, nella stragrande maggioranza dei Parlamenti) l'attività dell'assemblea e delle commissioni si pone su piani diversi, in quanto l'azione dei minori collegi è prevista come puramente preparatoria rispetto all'attività del collegio più grande; ma non manca qualche caso in cui le commissioni si sostituiscono all'assemblea stessa, essendo la pari efficacia dei loro atti espressamente prevista da norma costituzionale*".

inoltre, costituite in misura proporzionale alla composizione dei gruppi parlamentari sì da riflettere i rapporti tra le forze politiche presenti in Aula.

Come in ogni organo collegiale, anche nelle Commissioni, l'ufficio presidenziale riveste un ruolo di palpitante centralità nello svolgimento delle plurime attività del consesso (170). A tale ufficio è preposta una persona fisica, abitualmente denominata presidente, che ne assume le funzioni di impulso e coordinamento; in caso di sua assenza o impedimento le funzioni presidenziali vengono esercitate, in forma vicaria, da uno dei vicepresidenti, eletti al momento della costituzione dell'ufficio di presidenza (171).

Il presidente di Commissione, alla stregua del presidente di Assemblea (172), riveste una posizione di primazia ossia di preminenza formale rispetto agli altri componenti, Deputati o Senatori. In altri termini, il presidente esercita un ruolo di mero *primus inter pares* (173), con poteri strumentali al corretto andamento delle sedute, collocandosi su di un piano di equiordinazione con gli altri membri del collegio. Del resto, la primazia, quale figura organizzatoria di equiordinazione, si esplica nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle riunioni, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute (174); funzioni i cui tratti distintivi possono individuarsi, da un lato, nella funzionalizzazione al corretto svolgimento dell'attività collegiale e al suo fisiologico esito deliberativo; dall'altro, nella natura meramente formale-procedurale da cui discende l'inidoneità ad incidere sull'autonomia decisionale degli altri componenti.

Ciò detto, è evidente, tuttavia, come la natura politica degli interessi nonché la dialettica tra maggioranza e opposizione (175), tendano a conformare peculiarmente l'ufficio presidenziale e la correlata posizione di primazia in seno alla Commissioni. È possibile assistere, infatti, ad un ampliamento dei margini di scelta discrezionale del presidente nell'esercizio delle

(170) Sulla figura del presidente di Commissione parlamentare, tra i tanti, ELIA L., voce *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir., op. cit.* CIAURRO G.F., *Gli organi della Camera*, in *Il regolamento della Camera dei Deputati. Storia, istituti, procedure*, Roma, 1968, pp. 259-264. GARLATO G., *Le Commissioni permanenti del Parlamento italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, op. cit., p. 432. STACCHINI F., *Il Presidente di Commissione permanente*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 2, 1994, pp. 288-298. TANDA A.P., voce *Presidenti delle Commissioni parlamentari*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., op. cit. CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, op. cit. LUPO N., *A proposito delle presidenze delle commissioni permanenti e, ancor prima, delle loro competenze e delle loro funzioni*, in *Forum quad. cost.*, 2006.

(171) MOHRHOFF F., *I Vicepresidenti delle Assemblee legislative*, Editore Colombo, Roma, 1962, pp. 8-9: "Essendo infatti la carica di Vice Presidente a carattere vicario essa non può che avere le stesse caratteristiche della funzione principale. Da ciò deriva che (...) quando un Vice Presidente siede al seggio presidenziale assume tutti i poteri del Presidente". GORI L., *Presidenti e vicepresidenti delle Camere*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVISECCHI G., op. cit.

(172) Sulle analogie e sulle differenze tra la figura del Presidente di Assemblea e la figura del Presidente di Commissione, FASONE C., *Presidente di Assemblea e Presidenti delle Commissioni permanenti*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E.-LUPO N.-RIVISECCHI G., op. cit.

(173) In dottrina, tra i tanti, CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche*, op. cit.

(174) Del resto, in mancanza anche di una sola di queste attribuzioni, il presidente si troverebbe nell'impossibilità di adempiere al proprio ruolo di coordinatore delle sedute, con ricadute negative sulla funzionalità del collegio.

(175) MANZELLA A., voce *Opposizione parlamentare*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990.

proprie funzioni; in special modo nell'interpretazione ed applicazione dei Regolamenti (176) e delle consuetudini (177) ai fini dell'adozione di taluni provvedimenti decisori.

Il ruolo di *primus inter pares* è, altresì, rafforzato dalla circostanza che il presidente di Commissione, a differenza degli altri presidenti di collegi politico-assembleari (178), svolge "tutte le funzioni proprie dei colleghi (...), quali (...) la partecipazione alle discussioni e alle votazioni, e la presentazione di emendamenti e ordini del giorno" (179); in particolare l'esercizio del diritto di voto ribadisce il collegamento con l'indirizzo politico della maggioranza che lo ha espresso (180).

Tali peculiari elementi, che connotano in modo originale l'ufficio di presidente, si riflettono inevitabilmente sulla figura organizzatoria della primazia, accentuando l'intensità di esercizio nonché l'influenza dei compiti presidenziali sulla formazione della volontà del collegio. In altri termini, dal concreto svolgimento della posizione di primazia possono discendere occasionali episodi di preminenza sostanziale, tuttavia, inidonei, in virtù dell'applicazione della teoria della prevalenza o dell'assorbimento (181), a compromettere i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di *primus inter pares* del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

4.3.1. Le funzioni che connotano in senso tipico la posizione di primazia presidenziale: profili fisiologici e profili patologici.

Le funzioni che connotano in senso tipico la *iuris figura* della primazia nelle Commis-

(176) Sulla attività interpretativa dei Presidenti di Commissione, recentemente, FASONE C., *Presidente di Assemblea e Presidenti delle Commissioni permanenti*, in *I Presidenti di Assemblea parlamentare: riflessioni su un ruolo in trasformazione*, a cura di GIANFRANCESCO E. - LUPO N. - RIVOCCHI G., *op. cit.*, pp. 178-182. IBRIDO R., *L'interpretazione del Regolamento parlamentare*, Roma, 2013. LAN-CHESTER F. (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, in *Quaderni di Nomos: le attualità nel diritto*, n. 8, Milano, 2013.

(177) ROSSANO C., *La consuetudine nel diritto parlamentare*, *op. cit.* DI CIOLO V.-CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, *op. cit.*

(178) Per una consuetudine costituzionale, inaugurata il 2 marzo del 1877, il Presidente della Camera in Assemblea non vota, al fine di palesarsi come arbitro e garante imparziale della dialettica tra maggioranza e opposizione (LUPO N., voce *Presidente di Assemblea*, in *Dig. disc. pubbl.*, *op. cit.*). Più in generale sulla imparzialità dei Presidenti delle Assemblee elettive GIANFRANCESCO E., *Il ruolo dei Presidenti delle Camere tra soggetti politici e arbitri imparziali*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO e N. LUPO, Roma, 2007. CECCANTI S., *I Presidenti di Assemblea e la "mistica" dell'imparzialità*, AA.VV., *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere*, a cura di V. LIPPOLIS e N. LUPO, *Il Filangieri, Quaderno 2012-2013*, Jovene, Napoli, 2013.

(179) STACCHINI F., *Il Presidente di Commissione permanente*, *op. cit.* In tema anche ELIA L., voce *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir.*, *op. cit.*, p. 897: "Notevolissimo è il rilievo della carica presidenziale: infatti il presidente di commissione, oltre ad avere una grandissima discrezionalità nel predisporre l'ordine dei lavori, nomina i relatori, prende parte alle discussioni entrando nel merito e molto spesso partecipando al voto; ciò che, come è di pubblico dominio, non accade in Assemblea ove, se mai, il presidente desideroso di discutere abbandonerebbe il seggio presidenziale".

(180) DICKMANN R., *Il Parlamento italiano*, *op. cit.*, il quale puntualizza come, viceversa, risultino più attenuati ruolo e poteri dei Presidenti delle Commissioni di inchiesta i quali, lungi dall'essere eletti dalla maggioranza dei componenti, sono nominati *ab externo* dal Presidente della Camera o del Senato.

(181) Si rinvia in proposito ai contributi di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, *op. cit.* SICCHIERO G., *I contratti misti*, *op. cit.* DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, *op. cit.*

sioni permanenti si identificano, generalmente, nella convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute (182); di esse occorre fornire, conseguentemente, breve rassegna.

Con riferimento alla funzione di convocazione delle sedute (183), all'inizio di ogni legislatura le Commissioni sono convocate, per la prima riunione, dai Presidenti di ciascun Ramo del Parlamento allo scopo di favorirne la costituzione mediante l'elezione dell'ufficio di presidenza (184). Successivamente spetta al presidente eletto provvedere alle convocazioni del collegio. L'atto di convocazione è compiuto dal presidente o di sua iniziativa o su istanza di quota parte dei componenti della Commissione, del Governo, del Presidente di Assemblea (185). Il potere di convocazione si configura, pertanto, come un potere tipico dell'ufficio presidenziale ma sul cui concreto esercizio possono incidere anche altre figure od organi.

In relazione alla determinazione dell'ordine del giorno (186), poi, esso viene fissato dal presidente di Commissione in base al programma e al calendario formulati dall'ufficio di presidenza; una funzione, pertanto, condivisa quanto a titolarità ed esercizio con un organo interno alla Commissione. È evidente, tuttavia, come nei casi in cui la convocazione avvenga non già su impulso del presidente, bensì su istanza di altri soggetti, componenti o terzi, saranno i richiedenti a formulare l'ordine del giorno nel rispetto delle linee guida tracciate dall'ufficio di presidenza.

Quanto alla potestà direttiva delle adunanze, va subito rilevato come la preminenza formale del presidente, immanente alla di lui posizione di primazia, sia rafforzata dall'ampia discrezionalità che i Regolamenti parlamentari (187) gli attribuiscono, al precipuo fine di

(182) ELIA L., voce *Commissioni parlamentari*, in *Enc. dir., op. cit.* CIAURRO G.F., *Gli organi della Camera*, in *Il regolamento della Camera dei Deputati. Storia, istituti, procedure, op. cit.*, pp. 259-264. GARLATO G., *Le Commissioni permanenti del Parlamento italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, op. cit.*, p. 432. STACCHINI F., *Il Presidente di Commissione permanente*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, op. cit.*, pp. 288-298. TANDA A.P., voce *Presidenti delle Commissioni parlamentari*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., *op. cit.* CHIMENTI C., *Principi e regole delle assemblee politiche, op. cit.* LUPO N., *A proposito delle presidenze delle commissioni permanenti e, ancor prima, delle loro competenze e delle loro funzioni, op. cit.*

(183) TOSI S., *Diritto Parlamentare, op. cit.*, p. 191: La convocazione è "l'atto presidenziale necessario per indire la valida riunione in seduta di un organo collegiale. L'atto presidenziale (del Presidente di Assemblea per il collegio maggiore, ma normalmente dei presidenti di commissione per i collegi minori) è elemento indefettibile per la legalità della seduta nonché delle deliberazioni in essa adottate".

(184) Per esempio alla Camera dei Deputati è, normalmente, eletto presidente di Commissione permanente colui che ottiene la maggioranza assoluta dei voti e, ove tale *quorum* non si raggiunga, il vincitore del successivo ballottaggio tra i due candidati più votati (art. 20 co. II del Regolamento). In tema, da ultimi, DI CIULO V.-CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica, op. cit.*

(185) Giova ricordare come in tali fattispecie l'atto di convocazione presidenziale assuma i caratteri di un atto vincolato, a seguito dell'esercizio di un potere di iniziativa altrui. A riguardo CIAURRO G.F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. dir., op. cit.*

(186) CIAURRO G.F., voce *Ordine del giorno*, in *Enc. dir., op. cit.*, pp. 1019 e ss.: "La predisposizione di un'agenda degli argomenti da trattare, nell'ordine in cui dovranno essere trattati, costituisce un presupposto indispensabile per il corretto svolgimento delle riunioni di qualsivoglia organo collegiale". In argomento anche BENTHAM J., *La tattica parlamentare*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, diretta da ATTILIO BRUNIALTI, vol. IV, Parte II, Utet, Torino, 1888, ristampa, Editore Colombo, Roma, 1996.

(187) Più in generale sulla natura ed i caratteri dei Regolamenti parlamentari ROMANO S., *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico*, vol. IV, fasc. 1, 1905. MARTINES T., *La natura giuridica dei Regolamenti parlamentari*, Pavia, 1953. BON VALSASSINA M., *Sui regolamenti parlamentari*, Cedam, Padova, 1955. TESAURO A., *Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1959. BOCCACCINI G., *Sistema politico e regolamenti parlamentari*,

moderare la contrapposizione tra maggioranza e opposizione in seno alla Commissione. Il presidente, infatti, dichiara aperta la seduta, verifica il numero legale (188), coordina la discussione, dà la parola, pone le questioni, risolve ogni aspetto relativo alla interpretazione dei Regolamenti, stabilisce l'ordine delle votazioni, chiarisce il significato del voto annunciandone l'esito (189) etc. Oltre agli ampi poteri di interpretazione regolamentare, si segnalano gli incisivi poteri direttivi attivabili dal presidente durante la votazione degli emendamenti (190). Il presidente risulta, così, titolare di significativi poteri ordinatori soprattutto nelle fasi della discussione e della votazione; ciononostante il voto del presidente ha lo stesso valore del voto degli altri componenti, e, a parità di suffragi, la proposta (emendativa, di parere, di relazione, di conferire mandato ai relatori a riferire in Assemblea) o l'atto (risoluzione, documento conclusivo, ordine del giorno) si intende respinto.

Per quanto concerne, da ultimo, la potestà di polizia delle sedute, tale prerogativa, anche se non espressamente prevista dai Regolamenti, deve essere in ogni caso intestata al presidente di Commissione (191), trattandosi di funzione ascrivibile al contenuto tipico della sua posizione di primazia. Nel suo concreto svolgimento il presidente espelle dalla riunione chiunque con parole o comportamenti sconvenienti arrechi serio disturbo o impedimento alla corretta prosecuzione della seduta, sia esso un componente (Deputato o Senatore) oppure un terzo che

Giuffrè, Milano, 1980. FLORIDIA G., *Il Regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1986. MANETTI M., voce *Regolamenti parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 638 e ss. RAVERAIRA M., *Regolamenti parlamentari e Costituzione*, Perugia, 1991. CERASE M., *Opposizione politica e regolamenti parlamentari*, Giuffrè, Milano, 2005.

(188) Alla Camera la verifica del numero legale è effettuata dal presidente di Commissione su richiesta di quattro Deputati, qualora la Commissione stia per procedere ad una votazione per alzata di mano (art. 46 co. IV). Ove sia acclarata la mancanza del numero legale, il presidente di Commissione può rinviare la seduta di un'ora oppure toglierla (art. 47 co. II).

(189) Si rinvia alla lettera del Presidente della Camera del 31 maggio 1995, in cui si afferma che, in funzione dell'obbligo di riferire all'Assemblea, "il Presidente della Commissione (...) assume, con poteri largamente discrezionali, le decisioni concernenti l'ordine della discussione, sia per quanto riguarda l'esame preliminare, sia per quanto riguarda la fase dell'esame degli articoli e delle votazioni". In tale contesto, il presidente di Commissione, al fine di assicurare una tempestiva conclusione dell'esame, dispone, in sede referente, di poteri direttivi assai incisivi; tali poteri, non formalmente determinati, concernono anche la fase delle votazioni, in virtù della disposizione di cui all'art. 79, co. X, la quale stabilisce che le deliberazioni per la formulazione del testo degli articoli si ispirano ad un principio di economia procedurale.

(190) In tal senso l'art. 85, co. VIII del Regolamento della Camera consente al presidente di Commissione di modificarne l'ordine di votazione, ove lo reputi opportuno ai fini dell'economia o della chiarezza delle votazioni. Il presidente può, conseguentemente, porre in votazione solo una parte delle proposte emendative presentate (votazione riassuntiva), oppure i principi individuabili nel complesso delle proposte emendative presentate, senza porre in votazione le singole proposte da cui tali principi sono stati desunti (votazione per principi).

(191) L'assenza di una puntuale disposizione che riconosca *expressis verbis* una potestà di polizia delle sedute al presidente si giustifica, in primo luogo, in ragione della minor conflittualità che caratterizza le attività in Commissione rispetto alle attività dell'Aula. A ben vedere in questi organi minori non sono, di regola, previste forme di partecipazione del pubblico né modalità di ripresa audio/video dei dibattiti. Queste peculiarità assicurano lo svolgimento di discussioni meno concitate rispetto a quanto accade in Assemblea, di talché l'esercizio di una potestà di polizia da parte del presidente risulta in concreto di rarissima applicazione. In secondo luogo è probabile che, nell'attribuire espressamente la potestà di polizia delle sedute al solo presidente di Assemblea, i Regolamenti parlamentari abbiano voluto riconoscere implicitamente siffatta prerogativa anche a tutti i presidenti degli organi collegiali minori.

a vario titolo vi assista (dipendenti della struttura amministrativa, collaboratori etc.). Un potere che tuttavia, nella prassi è raramente esercitato dai presidenti di Commissione (192). Ad ogni modo, nel silenzio della normativa vigente, trovano applicazione in via analogica le disposizioni previste dai Regolamenti parlamentari con riferimento alla potestà di polizia delle sedute del Presidente di Assemblea (193).

Nell'esercizio delle funzioni tipiche della primazia, la posizione di preminenza formale del presidente sugli altri componenti, come detto, può accentuarsi in senso sostanziale, sì da incidere occasionalmente sull'autonomia decisionale degli altri componenti (194).

Ciò accade, per esempio, nelle ipotesi di patologia delle funzioni presidenziali. Tra queste, peculiare rilevanza assume la fattispecie di omissione dell'atto di convocazione da parte del presidente, a fronte della richiesta vincolante del prescritto numero di componenti. A riguardo il Regolamento della Camera dei Deputati prevede un potere surrogatorio del Presidente di Assemblea in sostituzione del presidente di Commissione (195), al precipuo fine di disinnescare condotte negligenti od ostruzionistiche. In questo modo si configura un intervento sostitutivo azionabile d'ufficio dal Presidente della Camera, il quale sarà chiamato, in qualità di organo di vertice dell'istituzione parlamentare, a convocare la Commissione, formulandone il relativo ordine del giorno. Trattasi, in definitiva, di un rimedio surrogatorio interno che mira, da un lato, a ripristinare il funzionamento del collegio e, dall'altro, a tutelare l'autonomia della Commissione dalla ingerenza di poteri esterni.

5. Gli organi collegiali rappresentativi di interessi economico-professionali. Premessa.

Gli organi collegiali rappresentativi di interessi economico-professionali sono espressione del più ampio fenomeno della rappresentanza di interessi (196). Con tale locuzione si è soliti riferirsi ad *“una formula organizzatoria,*

(192) L'unico precedente di espulsione di un parlamentare per il resto dell'adunanza risale alla seduta della Commissione giustizia della Camera dei Deputati del 28 aprile 1978.

(193) Sui poteri di polizia delle sedute si rinvia a DI CIULO V., *Sul potere di polizia e sul potere disciplinare degli organi parlamentari*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977.

(194) È convincimento diffuso che, in ragione dell'antagonismo tra interessi politici che caratterizza i lavori in Commissione, le funzioni del presidente siano connotate da ampia discrezionalità idonea a generare, talvolta, episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti; episodi che, tuttavia, non pregiudicano il ruolo di primus inter pares del presidente in seno al collegio.

(195) Tale potere rinviene il proprio fondamento normativo nell'art. 25 co. VI del Regolamento ai sensi del quale il presidente della Camera, quando lo ritenga necessario, può convocare una o più Commissioni, predisponendone il relativo ordine del giorno.

(196) Si rinvia, in tema, ai tradizionali contributi di AMBROSINI G., *La rappresentanza degli interessi e il voto obbligatorio*, Roma, 1945. CARNELUTTI F., *Rappresentanza degli interessi*, in *Il Ponte* 1946, p. 215. ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, ristampa, Giuffrè, Milano, 1983, p. 168. GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit. MIELE G., *Principii di diritto amministrativo*, II ed., op. cit., p. 72. KAISER J.H., *Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, 1956, trad. it. di S. Mangiameli, op. cit. RESCIGNO P., *La rappresentanza degli interessi organizzati (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. soc.* 1959, pp. 244-258. WÖSSNER J., *Die Ordnungspolitische Bedeutung des Verbandswesens*, Tübinga, 1961, pp. 63 e ss. VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit. MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., op. cit., I, pp. 211 e ss., II, pp. 884-885. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit., pp. 338-349. STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, vol. II, Bulzoni editore, Roma, 1984.

la quale consiste nel conferire un ufficio (normalmente collegiale) a persona appartenente ad una certa categoria" (197). Questa forma di rappresentanza, di natura pubblicistica, presenta alcuni tratti peculiari che valgono a distinguerla dalla rappresentanza giuridica o di volontà di tipo privatistico (198). Nella rappresentanza di interessi, in particolare, risulta carente un meccanismo diretto di imputazione sia di effetti sia di fattispecie. Il rappresentante di interessi è, invero, titolare di un *munus* nell'esercizio del quale compie atti in nome proprio ma nel perseguimento di un interesse altrui; il quale, a sua volta, si identifica nell'interesse dell'istituzione o della categoria che designa il proprio rappresentante in seno al collegio (199).

Ad avviso della migliore dottrina, più generale, esisterebbero tre tipologie di interessi rappresentabili: gli interessi religiosi o spirituali, gli interessi politici, gli interessi economico-professionali (200). Pertanto, la rappresentanza di interessi politici e la rappresentanza di interessi economico-professionali costituiscono due diverse *species* del comune *genus* della rappresentanza di interessi (201).

(197) STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., p. 99. Tale collegamento si giustifica "in quanto l'attribuzione o la competenza dell'ufficio comporta la conoscenza di problemi di quella determinata categoria".

(198) Contrario all'uso dell'espressione rappresentanza giuridica STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., pp. 95-96, secondo il quale è preferibile qualificare la rappresentanza di diritto privato (sia volontaria, sia legale) come rappresentanza di volontà, non sembrando pertinente "la locuzione di rappresentanza giuridica, espressione pure usata, ma (...) inesatta od equivoca, perché potrebbe far credere che ogni altra figura di rappresentanza, che sia dalla legge contemplata e regolata, non sia giuridica". Inoltre, con precipuo riferimento alla rappresentanza di interessi, l'Autore evidenzia che "il rappresentante non esercita poteri del rappresentato" ma "agisce in nome proprio", dichiarando una propria volontà "la quale, senza sostituire la volontà del rappresentato, è diretta a curare gli interessi di quest'ultimo". In argomento già ROMANO S., *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1946,.

(199) In proposito STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., p. 98: "Nella rappresentanza di interessi gli atti del c.d. rappresentante non hanno alcuna efficacia diretta né positiva né negativa sulla sfera giuridica dei rappresentati, tutt'al più si ha un'efficacia di fatto e riflessa nella misura in cui gli atti deliberati dai c.d. rappresentanti si ripercuotono in vario modo sulla collettività generale o particolare che essi rappresentano".

(200) STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., p. 20, il quale si riallaccia al pensiero di KAISER J.H., *Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, op. cit.

(201) La rappresentanza di interessi economico-professionali trova massimo svolgimento nell'ambito degli organi collegiali pubblici. Secondo VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., spec. p. 171: "In realtà, per comprendere esattamente la vicenda della cosiddetta rappresentanza in seno ad organi collegiali, occorre rinunciare a porre il problema in termini d'imputazione, facendosi trarre in inganno da impostazioni proprie della scienza privatistica. Quando si dice che un individuo rappresenta un ente od organo o gruppo in seno ad un organismo collegiale, si afferma un fenomeno diverso dalla rappresentanza in senso proprio, ma ben preciso: si afferma cioè l'esistenza di un ufficio o di un *munus* che fa capo al cosiddetto rappresentante, ma non nell'ordinamento generale, bensì nell'ordinamento particolare (...) di cui il rappresentante fa parte. (...) La natura del rapporto è dunque relativa alle singole istituzioni; esso talora è poi rafforzato dalla sussistenza di un preesistente rapporto di servizio: questo rapporto non deve però essere confuso con quello di rappresentanza, talché è possibile che l'uno viva senza l'altro".

Mentre nella rappresentanza politica sono rappresentati interessi generali propri di tutti i consociati, nella rappresentanza di interessi economico-professionali si mira, viceversa, a tutelare esclusivamente gli interessi della categoria o del gruppo di riferimento (202). Ad una rappresentanza generale si contrappone, dunque, una rappresentanza settoriale o professionale.

Inoltre, diversamente dai collegi politici, nei collegi rappresentativi di interessi economico-professionali i componenti del consesso risultano in vario modo collegati, da un punto di vista giuridico, ai gruppi e alle associazioni che li hanno designati. Tale collegamento può essere più meno intenso a seconda dei casi. Si ritiene, ad esempio, che *“nel caso di designazione di rappresentanti in seno ad un organismo collegiale (...) il compito dei rappresentanti si esaurisca con l'atto di designazione e che i rappresentanti, in mancanza di una espressa previsione normativa”*, non *“abbiano alcun rapporto giuridico di dipendenza dall'ente designante, né possano essere sostituiti dai rappresentanti prima dello scadere della fattispecie costitutiva”* (203). Un principio finalizzato alla tutela dell'autonomia del collegio da vincoli e condizionamenti esterni. Questo principio è, tuttavia, parzialmente derogato nelle ipotesi in cui il ruolo di membro del consesso dipenda, *ratione officii*, dalla titolarità di altra carica, che costituisce appunto titolo di legittimazione per far parte, e conseguentemente svolgere, le attività di componente del consesso; coerentemente la perdita di siffatta carica nell'ordinamento di appartenenza comporterà automaticamente la decadenza dal ruolo di membro dell'istituzione collegiale, anche in corso di mandato (204). Il collegamento tra il gruppo rappresentato

(202) Tale distinzione è efficacemente evidenziata da STIPO M., *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, op. cit., pp. 99-100: *“In un sistema politico - come il nostro - caratterizzato dai partiti, la rappresentanza politica è sempre il tentativo di rappresentare interessi, comuni a tutti, o ad essere più esatti, di rappresentare una visione partigiana degli interessi di tutti, in quanto i partiti politici (e le altre formazioni politiche eventualmente esistenti) -partendo da un punto di vista particolare - elaborano una politica per tutti; infatti, i programmi dei partiti politici sono solitamente generali, non riguardano solo gli iscritti od i gruppi sociali che il partito organizza; nelle figure giuridiche rappresentative di interessi economici e sociali invece (per es. nei sindacati, nelle associazioni professionali non sindacali etc.) vi è una costante preoccupazione di tutelare gli interessi della categoria o del gruppo di cui sono centro di riferimento. Così correlativamente le elezioni lato sensu politiche sono di solito organizzate in modo che votino cittadini tutti formalmente uguali, e non invece uomini secondo la categoria professionale di appartenenza. La rappresentanza - se vuol essere politica- deve essere generale, non professionale”*.

(203) VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 167.

(204) La questione tende a riverberarsi sull'esercizio del mandato del rappresentante nonché lavoratore subordinato di una P.A. che venga per l'appunto designato a partecipare ai lavori di un organo collegiale. Supponiamo che egli esprima in seno al collegio il proprio voto in modo differente rispetto alle indicazioni fornitegli dall'amministrazione in cui risulta incardinato. Nell'ambito della rappresentanza di interessi vige, di regola, il divieto di mandato imperativo, sicché il voto espresso dal rappresentante lavoratore subordinato in difformità alle istruzioni ricevute risulterà pienamente legittimo. Cionondimeno nell'ordinamento di appartenenza al rappresentante potranno essere irrogate sanzioni per la mancata osservanza degli ordini e/o delle direttive impartite; sanzioni che nei casi più gravi possono comportare la rimozione dall'ufficio cui farebbe seguito, necessariamente, la decadenza da componente

ed i suoi rappresentanti può assumere, infine, caratteri più intensi, ove una norma di diritto positivo riconosca espressamente al primo poteri di controllo e finanche di revoca dei secondi in seno al collegio (205).

Ciò premesso, anche negli organi collegiali rappresentativi di interessi economico-professionali, l'ufficio presidenziale è ufficio obbligatorio ed irrinunciabile per il coordinato svolgimento dei lavori; ad esso accede necessariamente una posizione di primazia formale, definita anche di *primus inter pares*, che si articola nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

Occorre, a questo punto, accertare se la peculiare natura rappresentativa che contraddistingue tali collegi abbia ripercussioni sulla *iuris figura* della primazia e, specialmente, sulla posizione di preminenza formale del presidente rispetto agli altri componenti. L'indagine deve appuntarsi, specialmente, sugli elementi e le vicende afferenti l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare.

Da un'attenta analisi a riguardo, è possibile evincere come alcuni di essi siano idonei a potenziare l'intensità d'esercizio e, conseguentemente, l'incidenza delle funzioni presidenziali sul procedimento collegiale. In altri termini, l'ordinaria preminenza formale, tipica della posizione di primazia, può occasionalmente tradursi in episodi di preminenza sostanziale, tali da incidere sull'autonomia decisionale degli altri componenti.

Innanzitutto deve rilevarsi come l'esigenza di assicurare il corretto andamento dei lavori, nella dialettica tra più interessi economico-professionali in conflitto, giustifichi l'attribuzione in favore del presidente di significativi margini di discrezionalità soprattutto nell'interpretazione ed applicazione della normativa di settore; una discrezionalità che, nell'esercizio delle funzioni di *primus inter pares*, può sfociare in provvedimenti presidenziali sostanzialmente incidenti sulle attività del consesso. Tale fenomeno ha, ovviamente, rilievo minore rispetto ai collegi politici, ove l'antagonismo tra interessi contrapposti assume profili di maggiore intensità.

In secondo luogo possono rintracciarsi, nell'alveo delle funzioni tipiche della primazia, alcuni eccezionali poteri del presidente espressivi di forme di sovraordinazione sugli altri componenti. Si pensi, per esempio, nell'ambito del Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps alla prerogativa che conferisce prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi. Una prerogativa dal cui esercizio può scaturire, dunque, un episodio di preminenza sostanziale sugli

del collegio. Si assiste, dunque, ad un collegamento tra ordinamenti che esplica, sia pure in via riflessa, effetti giuridici sullo svolgimento del mandato in seno all'istituzione collegiale.

(205) Il fenomeno della revoca del rappresentante da parte dell'ente o della categoria rappresentata si verifica, ad esempio, nell'ambito del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (C.N.E.L.). Più in generale in tema di revoca dei componenti di un organo collegiale CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., pp. 65-68.

altri membri del consesso, in deroga all'ordinaria preminenza formale del presidente.

Inoltre, deve prestarsi attenzione alla eventuale posizione di organo monocratico ricoperta dal presidente in aggiunta al ruolo di coordinatore dei lavori della Assemblea. Un fenomeno ricorrente, ad esempio, nell'ambito del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, che si segnala per la notevole influenza esercitata sulla *iuris figura* della primazia.

Da non trascurare, poi, le modalità di individuazione del presidente (*ex lege*, per nomina o mediante elezione). A titolo esemplificativo si consideri l'ipotesi di nomina del Presidente del C.N.E.L. con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. In questa fattispecie, poiché la nomina discende da una autorità esterna, il presidente non avrà alcun vincolo giuridico o di riconoscenza verso il collegio, potendo esercitare in modo più spregiudicato e disinvolto i compiti di impulso e coordinamento delle sedute. A testimonianza di ciò milita, altresì, l'assenza di un potere di revoca del titolare dell'ufficio presidenziale da parte dei componenti.

Infine, occorre sottolineare la diretta incidenza che il patologico esercizio delle funzioni di *primus inter pares* ha sulla posizione di primazia; tra le ipotesi di patologia si evidenzia, in particolare, l'omessa convocazione dell'adunanza da parte del presidente, a fronte della richiesta vincolante del prescritto numero di componenti (206).

Tutti gli elementi e le vicende sopra descritti, individualmente o congiuntamente, sono idonei a generare eccezionali episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri membri del consesso; episodi marginali che, in virtù dell'applicazione della teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza (207), non sono in grado di alterare i tratti generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pari-ordinazione di tutti i componenti.

5.1. Il Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps. Le funzioni del presidente.

Il Consiglio di indirizzo e vigilanza (C.I.V.) è l'organo che svolge funzioni di indirizzo politico-strategico, predisponendo le linee di indirizzo generale dell'Inps. Istituito con D.lgs. 30 giugno 1994, n. 479, si iscrive nella più ampia famiglia dei collegi rappresentativi di interessi economico-professionali, da cui mutua le principali caratteristiche, tra cui la natura di collegio imperfetto o virtuale.

Il Consiglio di indirizzo e vigilanza è composto da 22 membri, nominati con Decreto

(206) Nel silenzio del diritto positivo sarà necessario rinvenire, desumendola dai principi sulla collegialità, un'azione capace, da un lato, di ripristinare la funzionalità del consesso, dall'altro, di tutelare l'interesse pretensivo dei richiedenti.

(207) ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

del Presidente del Consiglio dei Ministri su designazione delle rappresentanze sindacali dei lavoratori, dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi.

Come in ogni organo collegiale, anche all'interno del Consiglio di indirizzo e vigilanza, l'ufficio presidenziale è ufficio indispensabile per il corretto andamento dei lavori; ad esso è preposto un presidente che, ai sensi dell'art. 15 del regolamento di organizzazione, è eletto, a maggioranza assoluta, tra i rappresentanti dei lavoratori dipendenti (208); in caso di sua assenza o impedimento le relative funzioni sono svolte da un vicepresidente e, in caso di impossibilità, dal consigliere più anziano (artt. 17 e 37).

La figura presidenziale svolge, nella veste di *primus inter pares*, compiti di coordinamento delle attività del collegio, ricoprendo una posizione di primazia formale sugli altri componenti.

La primazia presidenziale assume un contenuto tipico e predeterminato che si articola nell'esercizio delle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione delle riunioni e polizia delle sedute; funzioni che risultano, invero, contrassegnate dalla strumentalità rispetto al corretto andamento dei lavori nonché dalla natura meramente formale-procedurale che le rende, normalmente, inidonee ad incidere sull'autonomia decisionale degli altri componenti.

Con particolare riferimento al potere di convocazione, ai sensi dell'art. 37 è il presidente a convocare e a presiedere le varie adunanze del Consiglio, eccezion fatta per la seduta di insediamento. Si rinvia in proposito alle considerazioni di ordine generale sulle presidenze degli organi collegiali pubblici.

In relazione, poi, alla formulazione dell'ordine del giorno, va sottolineato come tale potere non risulti espressamente assegnato al presidente del Consiglio di indirizzo e vigilanza da alcuna disposizione di diritto positivo; tuttavia da un'esegesi dei principi sulla collegialità è possibile evincerne la spettanza in capo al presidente in quanto titolare del potere di convocazione.

Per quanto concerne, poi, la potestà direttiva dei lavori, l'art. 37 afferma che il presidente "*accerta la sussistenza del numero legale, dichiara aperta la riunione, partecipa le eventuali comunicazioni, regola e riassume la discussione, pone in votazione le proposte di deliberazione e ne proclama l'esito*". In particolare, in base all'art. 46, "*chiunque intenda prendere la parola deve preventivamente farne richiesta al Presidente, il quale stabilisce il turno da seguire*" secondo l'ordine delle richieste (209). Con precipuo riferimento alla fase delle votazioni, l'art. 48 prescrive che ciascuna delibera è validamente adottata "*qualora raccolga la maggioranza dei voti espressi*". (...) *In caso di parità tra i voti favorevoli e la somma dei voti contrari e delle astensioni prevale il voto del presidente*". In caso di irregolarità nelle votazioni, è riconosciuto al presidente il potere di annullare le operazioni di voto, consentendone l'immediato rinnovo (art. 50).

In ordine, infine, alla potestà di polizia delle sedute, nessuna norma conferisce *expressis*

(208) Art. 15 del regolamento 12 novembre 2013, n. 27: "*La seduta di insediamento è convocata e aperta dal consigliere anziano e presieduta dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, da un suo delegato, o in assenza, dal predetto consigliere anziano. Il Consiglio di indirizzo e vigilanza nella sua prima seduta elegge il presidente tra i rappresentanti dei lavoratori dipendenti a norma dell'art. 3, comma 4, del Decreto Legislativo n. 479/94 e dell'art. 17 comma 23, della Legge n. 127/97. L'elezione è deliberata a scrutinio segreto ed a maggioranza assoluta dei voti dei componenti il Consiglio di indirizzo e vigilanza. Le votazioni sono ripetute, anche in giorni diversi, fino a quando non venga raggiunta la suddetta maggioranza*".

(209) I tempi di intervento sono stabiliti in cinque minuti ma il presidente può fissare un diverso limite massimo in ragione della complessità dell'argomento.

verbis tale prerogativa al presidente del Consiglio di indirizzo e vigilanza. Ciononostante è ineludibile il riconoscimento in favore del presidente di una potestà di polizia delle adunanze, quale elemento tipico della sua posizione di primazia. Quanto alla disciplina da seguire, troverà applicazione mediante procedimento analogico la normativa prevista in altri collegi per ipotesi similari (210).

È necessario ora domandarsi se nell'esercizio delle funzioni di impulso, coordinamento e vigilanza dei lavori, la primazia del presidente possa occasionalmente tradursi in episodi di preminenza sostanziale, idonei a condizionare la libera formazione della volontà collegiale, con immediate ricadute sull'esito deliberativo. In tale prospettiva occorre, allora, investigare l'incidenza sulla *iuris figura* della primazia degli elementi e vicende afferenti l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare.

Innanzitutto, il riconoscimento in capo al presidente di alcuni poteri di sovraordinazione, tra cui, la prerogativa che assegna, a parità di suffragi, prevalenza al suo voto, può accentuarne in senso sostanziale la posizione di primazia sugli altri componenti. Inoltre, episodi di preminenza sostanziale potrebbero verificarsi in caso di patologia delle funzioni.

Tuttavia, l'ordinaria posizione di preminenza formale del presidente sembra essere confermata dall'assenza di una contestuale posizione di organo monocratico da parte di costui, in aggiunta alla posizione di coordinatore dei lavori del Consiglio. Tale assunto è definitivamente suffragato dalla applicazione della teoria generale della prevalenza o dell'assorbimento (211); in base a tale teoria i già marginali ed occasionali episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri membri non sono in grado di snaturare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pari-ordinazione di tutti i componenti.

5.1.1. *La prevalenza del voto del presidente a parità di suffragi.*

Ai sensi dell'art. 48 del regolamento ogni deliberazione del Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps "è presa validamente qualora raccolga la maggioranza dei voti espressi". (...) *In caso di parità tra i voti favorevoli e la somma dei voti contrari e delle astensioni prevale il voto del presidente*". Trattasi di una previsione di carattere eccezionale, che necessita di un puntuale fondamento di diritto positivo (212), in quanto riconosce al presidente un potere dalla natura sovraordinata.

È evidente, dunque, come un simile potere, denotando un episodio di preminenza so-

(210) La più completa disciplina applicabile in via analogica risulta essere il Regolamento della Camera dei Deputati nella parte in cui detta norme sulla potestà di polizia delle sedute del Presidente di Assemblea.

(211) A riguardo ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(212) Sulle molteplici soluzioni ipotizzabili in caso di parità di voti si rinvia ai contributi di ordine generale di CAMMEO F., *La parità dei voti nelle deliberazioni comunali*, op. cit. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. BORSI U., *La parità di voti nelle deliberazioni degli organi collegiali degli enti locali*, op. cit. FORTI U., *La parità di voto nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. DE GENNARO G., *La parità di voti nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. LA TORRE M., *Parità di voti e voto del presidente del collegio*, op. cit. STRANGES A., *Deliberazioni dei consigli comunali: effetti della parità di voti, ripetizione della votazione*, op. cit. DAGTOGLOU P., *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, op. cit. GARGIULO U., *I collegi amministrativi*, op. cit.

stanziale, direttamente incidente sull'esito della deliberazione, risulti *prima facie* idoneo a sgretolare i tratti distintivi della primazia ed, in particolare, la posizione di preminenza formale del presidente e la pariordinazione di tutti i componenti.

Da un più attento esame, tuttavia, è possibile rintracciare valide argomentazioni atte a sostenere la compatibilità di siffatto potere di sovraordinazione con la figura organizzatoria della primazia.

In primo luogo la *ratio* sottesa alla disposizione che assegna un *quid pluris* al voto del presidente si identifica nella *voluntas legis* di garantire la funzionalità del collegio proprio per il soddisfacimento della finalità deliberativa; del resto, come autorevolmente sostenuto, tale congegno costituisce "*un ammennicolo pratico per superare l'impasse in cui si venga a trovare l'organo*" (213), in caso di parità dei voti.

In secondo luogo va precisato come il maggior peso assegnato al voto del presidente costituisca un potere tassativo ed eccezionale (214), in grado di generare episodi, marginali ed occasionali, di preminenza sostanziale sugli altri componenti. D'altronde, la disuguaglianza del voto del presidente, pur esprimendo un *quid* di sovraordinazione, assolverebbe, primariamente, alla finalità procedurale di assicurare il celere e proficuo esito dei lavori, scongiurando tempi e costi di una nuova votazione.

Ad ogni modo l'*argumentum principis* idoneo a ricondurre la prevalenza del voto del presidente nell'alveo del perimetro della primazia si rinviene nella teoria dell'assorbimento o della prevalenza (215). Secondo questa teoria la primazia, quale figura organizzatoria di originale equiordinazione, ricomprenderebbe nel proprio nucleo interno occasionali poteri di sovraordinazione, con relativi episodi di preminenza sostanziale, i quali risultano assorbiti nei prevalenti poteri di equiordinazione, consustanziali alla posizione di *primus inter pares*; coeentemente la prerogativa che attribuisce prevalenza al voto del presidente, a parità di suffragi, risulta compatibile con i caratteri generali della primazia e, segnatamente, con la posizione di preminenza formale del presidente e con la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

5.2. L'Assemblea del C.N.E.L. Le attribuzioni del presidente quale *primus inter pares*.

Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (C.N.E.L.) è un organo collegiale ausiliario, di rilevanza costituzionale (216), previsto dall'art. 99 della Costituzione, nonché da fonti

(213) CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., p. 94.

(214) VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit., p. 269: secondo l'Autore in caso di parità dei suffragi "*a dirimere la relativa difficoltà v'è il rimedio di stabilire che il presidente abbia voto preponderante: ciò è spesso usato altrove, ma da noi è del tutto eccezionale ed ha luogo sol quando così sia tassativamente prescritto*".

(215) Si rinvia, in proposito, alle considerazioni di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(216) In tema di organi ausiliari si rinvia a FERRARI G., *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milano, 1956. Con riferimento al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, si vedano in particolare RUINI M., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, Commento dell'art. 99 della Costituzione*, Milano, 1950. RATTI A.M., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, Roma, 1955. PIERANDREI F., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, I, Milano, 1957, pp. 687 e ss. CHIARELLI G., voce *Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961. STRAMACCI M., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro: con il regolamento interno*, II ed., Giuffrè, Milano, 1959. GESSA C., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro nel sistema costitu-*

primarie e secondarie; si inquadra nella più ampia categoria dei collegi rappresentativi di interessi economico-professionali di cui ripete i principali caratteri (217). Il C.N.E.L è, del resto, costituito da esponenti designati dalle categorie produttive presenti nel tessuto sociale italiano.

Tra i molteplici organi, monocratici e collegiali, che compongono l'istituzione, si segnala l'Assemblea, al cui interno l'ufficio presidenziale assume palpitante centralità nel coordinamento dei lavori del consesso (218). A tale ufficio è preposto un presidente che viene nominato con decreto dal Capo dello Stato tra personalità di rilievo, normalmente, esterne alla Assemblea (219).

Il presidente del C.N.E.L., nell'attività di *primus inter pares*, ricopre una posizione di primazia formale sugli altri componenti. Tale posizione giuridica si manifesta nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle sedute, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle adunanze; funzioni che risultano contrassegnate dalla strumentalità rispetto al corretto svolgimento del procedimento e dalla natura meramente formale-procedurale che le rende, normalmente, inidonee ad incidere sulla formazione della volontà collegiale.

Per quanto concerne, in particolare, il potere di convocazione, ai sensi dell'art. 1 co. I del regolamento "il Presidente convoca il Consiglio entro 20 giorni dalla pubblicazione dei decreti di nomina dei Consiglieri sulla Gazzetta Ufficiale". Aggiunge poi il co. III con riferimento alle adunanze successive che "l'Assemblea è convocata e presieduta dal Presidente". Il co. IV, tuttavia, puntualizza come l'Assemblea possa essere convocata, non solo su iniziativa del suo presidente, ma anche su richiesta motivata di un quarto dei consiglieri in carica; in questo caso l'atto presidenziale di convocazione si configurerà quale atto vincolato, essendo il presidente giuridicamente tenuto al suo compimento (220).

zionale italiano. *Studi e ricerche*, Bardi, Roma, 1962. DE FINA S., voce *Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Utet, 1959, pp. 147 e ss. BILANCIA P., voce *Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro* (CNEL), in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988. D'HARMANT F., voce *Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino, 1989.

(217) Per i membri del C.N.E.L. vige il divieto di mandato imperativo per cui gli stessi non sono giuridicamente vincolati all'osservanza in seno al collegio delle direttive impartite dalle categorie produttive rappresentate; conseguentemente in caso di inottemperanza non incorrono in alcuna responsabilità. Tuttavia, a differenza di quanto accade nei collegi politico-assembleari, i rispettivi componenti possono essere revocati su richiesta delle istituzioni, enti o organizzazioni che li hanno designati. Tale potere di revoca è idoneo ad affievolire la forza precettiva del divieto di mandato imperativo, conferendo alle organizzazioni rappresentate il potere di condizionare in modo significativo l'attività dei componenti del collegio.

(218) L'obbligatorietà dell'ufficio presidenziale è comprovata dalla previsione di meccanismi di sostituzione in caso di assenza o impedimento del presidente nonché dalla facoltà di delega delle relative funzioni ai vicepresidenti. Recita in tal senso l'art. 3 co. II del regolamento: "I Vice Presidenti assistono il Presidente e lo sostituiscono nei casi di assenza o di impedimento anche temporaneo, nonché nei casi previsti dall'articolo 5, comma 3, della legge. Esercitano, altresì, le funzioni loro delegate dal Presidente". La possibilità di delega delle attribuzioni presidenziali rafforza la figura ed il ruolo dei vicepresidenti dell'Assemblea del C.N.E.L., richiamando, sia pure in misura inferiore, il fenomeno che caratterizza i rapporti tra Presidente della Repubblica e vicepresidente all'interno del C.S.M.

(219) Le sue attribuzioni sono previste e disciplinate da fonti primarie (l. 5 gennaio 1957, n. 33 e l. 30 dicembre 1986, n. 936) e secondarie (regolamento del 4 aprile 2012). Trovano, infine, applicazione i principi generali sulla collegialità amministrativa (GESSA C., *Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro nel sistema costituzionale italiano. Studi e ricerche, op. cit.*).

(220) In caso di omissione, a fronte del silenzio del diritto positivo, i richiedenti potranno esperire in via alternativa: ricorso al giudice ordinario (Tribunale civile) ex art. 2367 co. II c.c.; ricorso al giudice amministrativo (TAR) ex artt. 31 e 117 c.p.a.

Con riferimento alla formulazione dell'ordine del giorno, il regolamento prevede, poi, che il presidente, d'intesa con i vicepresidenti, stabilisca in sequenza gli argomenti oggetto di trattazione (art. 2 co. III). Dunque, per l'adunanza di insediamento l'ordine del giorno viene predisposto in via esclusiva dal presidente, non essendo ancora stato eletto l'ufficio di presidenza. Nelle successive sedute, invece, il potere di formulazione è ripartito tra presidente e ufficio di presidenza, collegio minore cui lo stesso presidente appartiene; ove tuttavia la convocazione sia domandata da un quarto dei consiglieri in carica, l'ordine del giorno sarà quello indicato nella richiesta vincolante di convocazione. Alla fissazione dell'ordine del giorno, pertanto, concorrono a vario titolo presidente, ufficio di presidenza e quota parte dei membri dell'Assemblea, pur mantenendo il presidente un ruolo di palpitante centralità nell'esercizio della funzione.

In ordine alla potestà di direzione delle adunanze, l'art. 2 co. X del regolamento prescrive che *"i lavori della Assemblea sono diretti dal Presidente il quale illustra l'ordine del giorno, concede la facoltà di parola, indice le votazioni e ne proclama i risultati"*. Per quanto non espressamente previsto, trovano applicazione in via analogica le disposizioni all'uopo contemplate in altri collegi rappresentativi di interessi.

In relazione, da ultimo, al potere di polizia delle sedute se ne rinvia al paragrafo successivo l'esame circa la sua ammissibilità in capo al presidente, a fronte del silenzio della normativa vigente.

Una volta illustrate le funzioni che connotano la primazia, quale posizione di preminenza formale, occorre domandarsi se dal loro concreto esercizio possano, eccezionalmente, discendere episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti. In tal senso occorre analizzare l'incidenza sulla figura organizzatoria della primazia dei caratteri e delle vicende afferenti l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare.

In primis occorre evidenziare la posizione di organo monocratico ricoperta dal presidente del C.N.E.L. in aggiunta al ruolo di coordinatore dei lavori della Assemblea. Una posizione diversa ed esterna rispetto alla posizione di primazia ma su questa comunque incidente, attraverso il rafforzamento delle funzioni di *primus inter pares* e del relativo impatto sull'azione degli altri componenti; si pensi, ad esempio, ai poteri organizzativi attivati dal presidente quale vertice dell'intera istituzione.

In secundis sulla posizione di primazia tendono a riverberarsi le modalità di scelta del presidente il quale, nel caso di specie, è nominato con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Trattandosi di scelta compiuta da un'autorità esterna, il presidente non avrà alcun vincolo giuridico né morale nei confronti del collegio e ciò, abbinato alla contestuale posizione di organo monocratico, potrà accrescere l'intensità di esercizio dei compiti di impulso e coordinamento dei lavori, determinando coerentemente uno o più episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti. Si consideri, inoltre, come l'assenza di un potere di revoca da parte dei membri del consesso privi l'Assemblea di uno strumento di coazione indiretta, idoneo ad assicurare costantemente una primazia solo formale del presidente nei suoi compiti di *primus inter pares*.

Nonostante ciò, con riferimento alla Assemblea del C.N.E.L., eventuali e marginali episodi di preminenza sostanziale, in ragione dell'applicazione della teoria della prevalenza o dell'assorbimento (221), non sono idonei ad alterare i caratteri generali della primazia e, se-

(221) In tema ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

gnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

5.2.1. La vexata quaestio circa l'ammissibilità di una potestà di polizia delle sedute nel silenzio del diritto positivo.

Dall'esame della normativa, legislativa e regolamentare, vigente è possibile constatare l'assenza di una puntuale disposizione di diritto positivo che riconosca espressamente al presidente dell'Assemblea del C.N.E.L. un potere di polizia delle sedute (222); conseguentemente sembrerebbe venir meno una delle funzioni che connotano in senso tipico la posizione di primazia dei presidenti di organi collegiali.

Il quesito cui occorre fornire risposta è se, nonostante il silenzio normativo, si possa, ciononostante, attribuire al titolare dell'ufficio presidenziale il potere di adottare, in caso di disordini o tumulti, provvedimenti funzionali al ripristino del corretto andamento dei lavori, avvalendosi eventualmente anche della forza pubblica.

Come noto, ciascun presidente riveste una posizione di primazia formale o di *primus inter pares* che si esplica, generalmente, nelle funzioni di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

Dalla trasversalità delle funzioni presidenziali, che si sviluppano elasticamente in ciascun collegio, discende altresì il loro riconoscimento nelle istituzioni che non le individuino espressamente.

Tali considerazioni risultano perfettamente applicabili al presidente di Assemblea del C.N.E.L. cui, pur in assenza di una disposizione *ad hoc*, deve certamente attribuirsi una potestà di polizia delle adunanze, quale potestà indefettibile della *iusuris figura* della primazia.

D'altronde, ove, in deroga ai principi generali sulla collegialità non si includesse tale prerogativa nei compiti propri dell'ufficio presidenziale, si esporrebbe il consesso al concreto rischio di paralisi; ciò in ragione della circostanza che si priverebbe il presidente di uno strumento necessario ad assicurare tanto la legalità del procedimento collegiale quanto il soddisfacimento della finalità deliberativa.

Una volta ritenuto ammissibile un potere di polizia delle sedute in capo al presidente, si pone il successivo problema dell'individuazione dei contenuti di tale prerogativa nell'ambito della Assemblea del C.N.E.L. Un nodo di gordio che può risolversi applicando in via analogica la disciplina prevista in altri collegi; per affinità strutturali e funzionali nonché per la massima ampiezza ricoperta è preferibile il rinvio alla disciplina del Regolamento della Camera dei Deputati sui poteri di polizia delle sedute del Presidente di Assemblea.

(222) Per una trattazione generale dei poteri di polizia delle sedute dei presidenti di organi collegiali RACIOPPI F.-BRUNELLI I., *Potere di polizia*, in *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. MAZZIOTTI A., *Attribuzioni e poteri del presidente del consiglio comunale*, op. cit. CIAURRO G.F., voce *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, op. cit. PETTITI D., *Note sul presidente dell'Assemblea di società per azioni*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, op. cit. TANDA A.P., voce *Polizia delle Camere*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., Editore Colombo, Roma, 1998, p. 196. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit.

6. Gli organi collegiali con funzioni giurisdizionali. Introduzione.

Nel variegato universo della collegialità pubblica si inscrivono gli organi con funzioni giurisdizionali (223), organi tra loro eterogenei (224) uniti da alcuni elementi comuni. Tali organi collegiali sono formati da più componenti in posizione di reciproca equiordinazione; per il coordinato svolgimento dei lavori, in ciascuno di essi è istituito l'ufficio di presidente, cui obbligatoriamente accede una posizione di primazia dai caratteri tipici e predeterminati.

Nonostante l'indefettibilità di tale ufficio, la dottrina civilistica e penalistica ha sovente dedicato scarsa attenzione al ruolo ed alle prerogative del presidente (225). In particolare non è stato adeguatamente affrontato il problema delle attribuzioni e dei limiti dei rispettivi poteri *"in modo da contemperare l'esigenza del regolare funzionamento del collegio con il rispetto delle volontà degli altri componenti"* (226).

La primazia, quale posizione di preminenza formale del presidente sugli altri membri, si articola in questi organi collegiali nelle funzioni amministrative di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori (227), polizia delle sedute (228); funzioni che hanno natura meramente formale-procedurale e sono teleologicamente orientate al soddisfacimento della finalità deliberativa.

(223) In tema si rinvia ai contributi generali di TRENTIN S., *La responsabilità collegiale*, op. cit. CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p. 358. Id., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 367-368. SCIACCHITANO R., *La funzione giudiziaria secondo la Costituzione*, Roma, 1965. PIZZORUSSO A., voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 883 e ss. REBUFFA G., *La funzione giudiziaria*, III ed., Giappichelli, Torino, 1993.

(224) Si pensi alle plurime differenze intercorrenti tra gli organi giudicanti (civili, penali e amministrativi) ed un organo di garanzia come la Corte costituzionale che svolge funzioni latamente giurisdizionali.

(225) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, I ed., Jovene, Napoli, 1959, II ed. Jovene, Napoli, 1985, p. 1: *"Per il processo civile, infatti, oltre la monografia del Diana, ricca di casistica e di notevoli indagini di carattere analitico, ma elaborata all'epoca del codice del 1865, non si è più avuta alcuna trattazione sistematica. Nel processo penale, poi il tema non ha mai ricevuto una elaborazione particolare"*. DIANA A., *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Vallardi, Milano, 1910. MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, IV ed., Torino, 1952. Nella letteratura straniera il più significativo lavoro monografico risale a KLEINFELLER G., *Die Functionen des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Gericht: dargestellt nach den Justizgesetzen für das deutsche Reich mit Berücksichtigung des französischen, italienischen und österreichischen Rechts: Habilitations-Schrift*, München, 1885.

(226) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 102, il quale, a sua volta, si ispira alle riflessioni di GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit.

(227) Con particolare riferimento ai poteri direttivi del giudice civile DIANA A., *Le funzioni del presidente nel processo civile*, op. cit. COMOGLIO L.P., voce *Giudice (giudice civile)*, in *Enc. giur. Trecani*, vol. XV, Roma, 1989.

(228) VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit., p. 74: *"Poteri di polizia sono anche attribuiti agli organi giudiziari per mantenere l'ordine, la tranquillità ed il decoro delle udienze nei rapporti esteriori. Potere questo da tenersi ben distinto da quello di direzione del processo, che attiene allo sviluppo dei vari atti processuali"*. In tema già RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1935. BRUNELLI I., voce *Polizia delle udienze*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1939.

Tuttavia, le funzioni di *primus inter pares*, tra cui segnatamente la funzione di direzione dei lavori, vengono a declinarsi peculiarmente, in ragione degli elementi e delle vicende che connotano, da un lato, l'attività giurisdizionale, dall'altro, l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare (229). Nel prosieguo dell'analisi, poi, occorrerà distinguere in questa prospettiva i tratti tipici dei collegi giudicanti civili, penali e amministrativi dai tratti che contraddistinguono, viceversa, la Corte costituzionale.

Tanto premesso, è d'obbligo domandarsi se la peculiare configurazione dei vari collegi con funzioni giurisdizionali abbia delle ricadute sulla *iuris figura* della primazia; ed in special modo se alcuni originali poteri dalla ibrida natura (si pensi ai poteri di instaurazione e svolgimento del rapporto processuale (230), ai poteri istruttori (231) o alla prerogativa che assegna prevalenza, a parità di suffragi, al voto del presidente) possano avere un'incidenza demolitiva sul modello generale della primazia; ciò in base alla circostanza che dal loro esercizio deriverebbero episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti (232).

Come si tenterà di dimostrare siffatti poteri di sovraordinazione, alla stregua di altri elementi di specialità, non sono in grado, in virtù della applicazione della teoria della prevalenza o dell'assorbimento (233), di alterare la configurazione tipica della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la pariordinazione di tutti i componenti.

(229) Per quanto riguarda i collegi civili, penali ed amministrativi hanno incidenza sulla figura della primazia i poteri istruttori presidenziali. Invece, con riferimento alla Corte costituzionale si segnalano, in particolare, la contestuale posizione di organo monocratico e la prerogativa che assegna prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi.

(230) A titolo esemplificativo si vedano i poteri presidenziali contemplati dagli artt. 47, 49, 52, 71 e 72 c.p.a.; poteri che, pur essendo teleologicamente orientati al corretto andamento del giudizio, esprimono, tuttavia, un quid di sovraordinazione tale da assicurare, sia pure occasionalmente, una primazia sostanziale del presidente sugli altri componenti.

(231) Nei collegi giudicanti acquista rilievo decisivo la fase istruttoria quale momento funzionalmente orientato all'acquisizione ed alla valutazione degli elementi di prova idonei a fondare la decisione di merito; in questa peculiare fase del giudizio l'ordinamento ritaglia al presidente un ruolo particolarmente incisivo nell'ambito del procedimento collegiale.

(232) Ad esempio nei casi di patologico esercizio di una o più funzioni presidenziali; in particolare nelle ipotesi di omesso esercizio dell'atto di convocazione e/o formulazione dell'ordine del giorno occorre evidenziare come la ridottissima discrezionalità presidenziale, più che in altri collegi, legittimi un rimedio volto al ripristino della funzionalità dei lavori, nonostante il silenzio del diritto positivo; un rimedio che può individuarsi nell'intervento surrogatorio, *ex officio*, del presidente dell'intera magistratura cui il singolo collegio giudicante appartiene. Tale soluzione è applicabile ai collegi civili, penali e amministrativi. Diverso il discorso per la Corte costituzionale a cui sono estensibili le differenti considerazioni relative alle Assemblee parlamentari.

(233) ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. Un principio successivamente ripreso da SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

6.1. *Gli organi giudicanti civili e penali. Le funzioni che individuano il contenuto tipico della posizione di primazia presidenziale.*

Gli organi giudicanti civili (234) e penali (235) appartengono alla famiglia degli organi perfetti o reali, da cui mutuano i principali caratteri, cui si aggiungono alcuni elementi tipici della funzione giurisdizionale (236).

In tali organi collegiali rilievo decisivo è assunto dall'ufficio presidenziale, quale ufficio indefettibile per il coordinato svolgimento dei lavori (237). A tale ufficio è preposto il presidente, che viene a collocarsi in una posizione di preminenza formale e di reciproca equiordinazione con i componenti del consesso.

Per descrivere le relazioni tra presidente e componenti la dottrina più autorevole ha frequentemente utilizzato la formula del *primus inter pares*, senza tuttavia chiarirne il valore semantico né i poteri ad essa correlati (238); si è limitata, del resto, ad affermare che il presidente sarebbe un primo tra pari, principalmente, in sede decisoria, concorrendo "alla formazione della decisione collegiale in una situazione di perfetta uguaglianza con gli altri membri del collegio" (239).

Occorre, dunque, ricostruirne la posizione di *primus inter pares* attraverso l'applicazione della *iuris figura* della primazia. Tale figura organizzatoria, che esprime una posizione di preminenza formale sugli altri componenti, si manifesta nelle funzioni di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori e polizia delle sedute; funzioni tuttavia suscettibili di speciale declinazione, in ragione sia degli originali caratteri del-

(234) A titolo esemplificativo TRENTIN S., *La responsabilità collegiale*, op. cit. CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, op. cit.. CAVALLONE B., *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, Giuffrè, Milano, 1968. PIZZORUSSO A., voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, op. cit.. COMOGLIO L.P., voce *Giudice (giudice civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, op. cit. REBUFFA G., *La funzione giudiziaria*, III ed., op. cit.

(235) Senza pretese di completezza SCHMIDT R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1889, p. 181. KLEINKNECHT TH.-MÜLLER H.-REITBERGER L., *Kommentar zur Strafprozessordnung*, IV ed., Nüberg, 1958, p. 631. HENKEL H., *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart und Köln, 1953. COLOMBIER M., *Des fonctions du président en matière pénale*, Paris, 1881. MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 71. Secondo l'Autore la locuzione *primus inter pares* "lascia intravedere, senza esprimerla chiaramente, l'idea della preminenza del presidente. Più che ai compiti di iniziativa e di direzione del dibattito la formula in questione sembra particolarmente adattarsi al momento della decisione, ad indicare che il presidente, pur conservando una posizione di preminenza, concorre, nel momento della votazione, alla formazione della decisione collegiale in situazione di completa parità con gli altri componenti del collegio; tutti giudicano, cioè, simultaneamente e in pleno".

(236) Sul punto MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 13: "I loro membri hanno l'obbligo d'intervenire alle riunioni del rispettivo collegio, prendendo parte a tutte le sedute e deliberazioni. Altro carattere fondamentale dei collegi giurisdizionali, che li distingue dalla totalità degli altri organi collegiali, è la nota d'imparzialità, connotata all'attività giurisdizionale".

(237) PEDACE G., voce *Presidente (Dir. proc. pen.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1966.

(238) La formula del *primus inter pares* è risultata sempre poco adatta ad illustrare la complessità delle funzioni del presidente di collegio giudicante. Inoltre si consideri come tale formula linguistica non sia stata compiutamente abbinata dai processualisti al concetto di primazia nel significato di figura organizzatoria di originale equiordinazione. In ordine al ruolo e ai poteri del presidente nel giudizio civile si rinvia alle considerazioni di DIANA A., *Le funzioni del presidente nel processo civile*, op. cit.

(239) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 39. In tema già DIANA A., *Le funzioni del presidente nel processo civile*, op. cit. CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, op. cit., p. 541: "Il giudizio di lui non pesa un grammo di più che quello degli altri giudici".

l'attività giurisdizionale sia dei peculiari tratti che connotano l'ufficio presidenziale ed il rispettivo titolare.

Con particolare riferimento all'atto di convocazione, si tenga presente come tale prerogativa, pacificamente riconosciuta ai presidenti dei collegi civili e penali, risulti conformata dalle esigenze organizzative dell'istituzione cui il collegio giudicante appartiene. Come noto, infatti, luogo, data e ora delle udienze sono per larga parte predeterminati nei ruoli d'udienza redatti all'inizio di ciascun anno giudiziario dal Presidente dell'intero plesso giurisdizionale (240). Ciò chiaramente non esclude la titolarità del potere di convocazione che, viceversa, permane in capo al singolo presidente di collegio, quale sua prerogativa necessaria, ma ne limita la potestà di esercizio, rendendola per ampi tratti vincolata.

Per quanto concerne, poi, la formulazione dell'ordine del giorno di ciascuna udienza, valgano le medesime considerazioni poc'anzi svolte. Pur essendo la titolarità della funzione pienamente riconosciuta al presidente, cionondimeno il relativo esercizio evidenzia un'incisiva riduzione dei margini di discrezionalità, a causa dei vincoli imposti dai ruoli d'udienza.

In ordine alla funzione direttiva, si segnala, altresì, come al titolare dell'ufficio presidenziale vengano attribuiti molteplici poteri, preordinati all'adozione di provvedimenti necessari per il corretto svolgimento del rapporto processuale (241). Infatti, come autorevolmente sostenuto dalla dottrina penalistica, *"le funzioni direttive si estrinsecano in ordini, sovente puramente verbali (...) che a volte si concretano in provvedimenti di governo processuale, che ineriscono alla guida del dibattimento"* (242); del resto, l'art. 470 c.p.p. prescrive che *"la disciplina dell'udienza e la direzione del dibattimento sono esercitate dal presidente"* il quale decide senza formalità; egli, ad esempio, concede e toglie la parola, coordinando la discussione tra le plurime parti del giudizio. In senso speculare, gli artt. 127 (243) e 175 (244) c.p.c. sottolineano, nell'ambito dei collegi civili, l'importanza del presidente, in concorso con il giudice istruttore, nelle attività di direzione ed istruzione del procedimento (245).

(240) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 5: *"Il collegio giudicante va tenuto distinto dalla Magistratura collegiale (Corte di Cassazione, Corte di Appello, Tribunale) di cui i suoi membri fanno parte. Essa costituisce uno dei tanti uffici giudiziari in cui si articola il potere giurisdizionale, con funzioni varie e competenze complesse che riguardano anche rapporti non giurisdizionali. Il collegio è, invece, un giudice in azione, che conosce di un determinato processo (...) operando come organo della rispettiva magistratura collegiale"*.

(241) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 102. Come acutamente evidenziato dall'Autore *"i poteri più importanti del presidente hanno carattere direttivo e ordinatorio"* (...). *"Il presidente è dotato, altresì, di poteri ordinatori (o strumentali), in virtù dei quali egli pone in essere tutti i provvedimenti necessari per lo svolgimento e lo sviluppo del rapporto processuale nella fase del giudizio"*.

(242) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 180.

(243) L'art. 127 c.p.c. espressamente recita: *"L'udienza è diretta dal giudice singolo o dal presidente del collegio. Il giudice che la dirige può fare o prescrivere quanto occorre affinché la trattazione delle cause avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e la dichiara chiusa quando la ritiene sufficiente"*. In tema MARENGO R., *Udienza. I.-Udienza in genere: a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 484.

(244) L'art. 175 c.p.c. prescrive: *"Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento. Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali"*. Il giudice istruttore viene nominato dal presidente che, tuttavia, potrebbe assumerne in prima persona i relativi compiti, senza alcun atto di nomina. Per un commento si rinvia a CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

(245) RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, op. cit. COMOGLIO L.P., voce *Giudice (giudice civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, op. cit.

Tra le funzioni di *primus inter pares* quella di direzione dei lavori assume un rilievo decisivo nella connotazione dell'ufficio di presidente, oltre ad avere importanti ricadute sulla di lui posizione di primazia. In special modo occorre porre attenzione agli incisivi poteri presidenziali della fase istruttoria del giudizio; poteri idonei ad esprimere forme di sovraordinazione ed episodi di preminenza sostanziale sugli altri giudici del collegio. Si rinvia al successivo sotto-paragrafo l'analisi sulla compatibilità di tali poteri con i caratteri generali della primazia.

Per quanto concerne, poi, la fase delle votazioni, è d'obbligo evidenziare come il voto del presidente abbia lo stesso valore, pari ad uno, del voto degli altri giudici (246); ciò in ossequio al principio della *par condicio* che informa le relazioni *infra*-collegiali.

Quanto, infine, alla funzione di polizia delle sedute (247), gli artt. 128 co. II c.p.c. (248) e 470 co. II c.p.p. (249) ne ribadiscono nei collegi, civili e penali, la *qualitas* di prerogativa indefettibile della primazia presidenziale. Del resto, la potestà di polizia delle sedute si esplica "*nel potere-dovere di far rispettare nella sala d'udienza il buon ordine; di non tollerare nessun segno pubblico sia di approvazione che di disapprovazione, né alcun tumulto*" (250).

(246) Nei collegi giurisdizionali penali non vi sono norme che conferiscano prevalenza al voto del presidente a parità di suffragi. La spiegazione di ciò si rinviene nella struttura del collegio che, essendo un collegio perfetto costituito normalmente da un numero dispari di componenti, non contempla nemmeno astrattamente situazioni di parità in sede di votazione. Ad ogni modo fa notare DE LUCA G., voce *Collegio*, in Enc. forense, vol. II, Milano, 1958 come in alcuni collegi penali, accanto al sistema del numero dispari, sia ammissibile, ove espressamente previsto, un numero pari di componenti. Tuttavia anche in questa ipotesi un'eventuale situazione di parità dei suffragi verrebbe risolta non già con la prevalenza del voto del presidente, bensì attraverso l'applicazione del principio del *favor rei* che fa prevalere la soluzione più favorevole al reo.

(247) RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1935. BRUNELLI I., voce *Polizia delle udienze*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1939. VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit., p. 74. MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., pp. 157-158: "*La polizia dell'udienza è necessaria per il rispetto dell'amministrazione della giustizia e per la libera esplicazione dei diritti delle parti. (...) Inoltre l'opera del giudice può svolgersi in un ambiente decoroso e sereno, circondata dal rispetto indispensabile al prestigio dei magistrati e alle funzioni da loro attuate. (...) Nelle aule di giustizia, infatti, viene in discussione l'onore, la libertà, se non la vita stessa dei cittadini; devono assumersi, analizzarsi le prove; è necessario coordinare i risultati del dibattimento*". Pertanto, il presidente deve poter disporre "*di tutti i mezzi per ottenere il rispetto del luogo d'udienza e delle funzioni che ivi si esercitano*".

(248) Ai sensi dell'art. 128 co. II c.p.c. "*il giudice esercita i poteri di polizia per il mantenimento dell'ordine e del decoro e può allontanare chi contravviene alle sue prescrizioni*".

(249) L'art. 470 co. II c.p.p. espressamente statuisce: "*Per l'esercizio delle funzioni indicate in questo capo, il presidente o il pubblico ministero si avvale, ove occorra, anche della forza pubblica, che dà immediata esecuzione ai relativi provvedimenti*".

(250) MASSA C., *Il presidente del collegio penale e le sue funzioni*, op. cit., p. 158: "*Essa rappresenta una specificazione locale (udienza) della potestà di polizia in genere, in quanto mira a garantire l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la moralità. (...) La potestà d'udienza si esercita nella sala dove si svolge il dibattimento, e anche nelle adiacenze. (...) I poteri di polizia si esercitano in via preventiva, con la emissione di ordini diretti a prevenire il disturbo dell'udienza, e in via repressiva con l'ammonizione, l'allontanamento dall'aula, ecc...*". In proposito già BRUNELLI U., voce *Polizia delle udienze*, in *Nuovo Dig. it.*, op. cit., p. 1188: "*Chi interviene alle udienze non può portare armi o bastoni e deve stare a capo scoperto con rispetto ed in silenzio. Sono vietati alle udienze segni di approvazione o disapprovazione e qualsiasi disturbo. In caso di trasgressione il presidente ammonisce o fa uscire dalla sala il colpevole, il quale se non ubbidisce può essere sull'ordine del presidente condotto agli arresti*".

6.1.1. I poteri di sovraordinazione del presidente.

Occorre a questo punto dedicarsi all'analisi della natura e dei caratteri di alcuni poteri presidenziali di sovraordinazione, al precipuo fine di evidenziarne le ricadute sulla figura organizzatoria della primazia.

Si tratta di poteri attivati dal presidente nel ruolo di *primus inter pares* che trovano svolgimento, segnatamente, nella fase istruttoria e nella fase decisoria del giudizio. La specialità di tali poteri è rinvenibile nella loro capacità di esprimere un *quid* di sovraordinazione, idoneo a generare episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri giudici del collegio; una preminenza sostanziale che, *prima facie*, mal si concilia con la reciproca parioridazione di tutti i componenti.

Un primo esempio è rinvenibile nella disposizione del c.p.p. che durante il dibattimento riconosce al presidente significativi poteri istruttori in materia di prova. In tal senso l'art. 506 co. I espressamente recita: "*Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli artt. 511, 512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame*" (251).

Dall'analisi della disposizione emerge chiaramente la *voluntas legis* di riconoscere al presidente incisivi poteri di iniziativa probatoria in stimolo alle parti; tali poteri, coerentemente, sono in grado di condizionare l'acquisizione del materiale istruttorio, con effetti sulla decisione finale. In questa fattispecie la primazia, quale posizione di preminenza formale, viene, eccezionalmente, ad arricchirsi di contenuti sostanziali, idonei a riverberarsi sulla formazione della volontà del collegio.

Un secondo esempio di poteri di sovraordinazione è rintracciabile nell'ipotesi patologica di mancata sottoscrizione della sentenza per rifiuto del presidente (252). Con riferimento alle possibili ricadute sulla deliberazione finale, si rinvencono in giurisprudenza due orientamenti: un primo orientamento, più rigoroso, considera la sentenza priva di sottoscrizione inesistente o radicalmente nulla (253) per mancata formazione della volontà del collegio; in questo caso, quindi, la violazione dell'obbligo di sottoscrizione andrebbe ad inficiare l'attività degli altri componenti, esprimendo così un episodio di preminenza sostanziale del presidente, in deroga

(251) Più in generale sui poteri istruttori del giudice penale DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, op. cit. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, op. cit. CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, op. cit. VERGINE F., *Sistema delle prove e interventi del giudice*, op. cit. LATTANZI G., *Codice di procedura penale: annotato con la giurisprudenza*, VIII ed., op. cit. CONSO G.-GREVI V.-ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale: complemento giurisprudenziale*, a cura di LIVIA GIULIANI, VIII ed., op. cit. DE GIOIA V., *Codice di procedura penale e leggi speciali annotato con la giurisprudenza*, op. cit.

(252) L'art. 132 c.p.c. prescrive che "*la sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta soltanto dal presidente e dal giudice estensore. Se il presidente non può sottoscrivere per morte o per altro impedimento, la sentenza viene sottoscritta dal componente più anziano del collegio, purché prima della sottoscrizione sia menzionato l'impedimento*". La disposizione in parola non prevede, viceversa, alcun rimedio a fronte del rifiuto del presidente.

(253) AULETTA F., *La nullità (sanabile) della sentenza che manca della sottoscrizione di "un" giudice* (Nota a Cass. 20 maggio 2014, n. 11021), in www.foroitaliano.it. Secondo l'Autore la giurisprudenza considerava in passato la sentenza priva della sottoscrizione del presidente del collegio affetta da inesistenza o comunque da nullità assoluta ed insanabile, per l'assenza di un requisito essenziale dell'atto. Un vizio, dunque, di estrema gravità in nessun modo emendabile. (*Ex plurimis*, Cass., 16 novembre 1988, n. 6204, in *Foro it.* 1988, Cass., 26 maggio 2009, n. 12167, in *Foro it.* 2009).

al principio della *par condicio* di tutti i membri del consesso. Viceversa, il secondo orientamento, meno restrittivo, ritiene il provvedimento giurisdizionale affetto da semplice nullità relativa, come tale, sanabile (254), con salvezza di ogni attività compiuta.

Nonostante le apparenze, i poteri presidenziali di sovraordinazione, pur incidendo sulla primazia, non sono in grado di modificarne la natura di figura di originale equiordinazione. Del resto, anche nei collegi giudicanti, civili e penali, trova applicazione la teoria dell'assorbimento o della prevalenza (255), in base alla quale i minoritari poteri di sovraordinazione risultano assorbiti dalle funzioni maggioritarie di *primus inter pares* (256). Poiché non esistono nel mondo del diritto posizioni, situazioni o figure giuridiche assolute (257), anche la primazia può tollerare nel proprio nucleo interno occasionali ed eccezionali poteri di sovraordinazione con i relativi episodi di preminenza sostanziale; episodi che, tuttavia, non hanno la forza di comprometterne i tratti generali e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

6.2. Gli organi giudicanti amministrativi. La posizione di *primus inter pares* del presidente all'interno del consesso.

I collegi giudicanti amministrativi (258) sono ascrivibili alla famiglia dei collegi perfetti o reali (259), da cui mutuano i principali caratteri che vanno ad aggiungersi agli elementi distintivi della funzione giurisdizionale.

Palpitante centralità assume in tali organi collegiali l'ufficio presidenziale cui sono affidati compiti di impulso e coordinamento dei lavori. Ad esso è preposta la figura del presidente che riveste una posizione di primazia formale o di *primus inter pares* rispetto agli altri giudici del consesso.

(254) La giurisprudenza maggioritaria propende per la tesi della nullità relativa della sentenza priva della sottoscrizione del presidente. *Ex multis*, Cass. Sez. Un., 20 dicembre 2012, n. 14978, in www.iusexplorer.it: "La sentenza di appello mancante della sottoscrizione del presidente del collegio non giustificata espressamente da un suo impedimento legittimo e firmata dal solo giudice estensore, configura una nullità relativa che comporta l'annullamento senza rinvio e la restituzione degli atti affinché si provveda nella sanatoria mediante nuova redazione della sentenza-documento". Successivamente anche Cass. Sez. Un., 20 maggio 2014, n. 11021, in www.foroitaliano.it.

(255) In tema si rinvia agli scritti di ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(256) Trattasi di funzioni, come noto, contrassegnate dalla strumentalità rispetto al corretto svolgimento dell'attività collegiale e al suo esito deliberativo nonché dalla natura meramente formale-procedurale.

(257) A riguardo PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, op. cit. ID., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, op. cit. NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato. I. Dispense integrative ad uso degli studenti*, op. cit. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, op. cit.

(258) Più in generale sui peculiari tratti distintivi della collegialità giudiziaria CACCIAVILLANI I.-MANZI L., *La collegialità amministrativa*, op. cit., pp. 36-37: "Per i collegi giudiziari esistono regole marcatamente diverse da quelle dei collegi amministrativi: non esistono non votanti, essendo ammesso soltanto il dissenso di minoranza (...); non è ammesso il quorum ma viene prescritto il numero chiuso (...); non è ammesso lo scioglimento del collegio in caso di impossibilità di funzionamento".

(259) In proposito ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, op. cit., p. 61: "A differenza dei collegi virtuali, in quelli reali giurisdizionali, è necessaria la presenza di tutti i componenti in ogni fase della seduta, indice di una più accentuata ritualità del funzionamento di questi, nei quali appunto, il quorum per la costituzione, sempre integrale, deve sussistere tanto nello stadio iniziale quanto durante tutto lo svolgimento del giudizio, sì da postulare non solo la presenza ma la continua assistenza di ogni membro della riunione".

I tratti tipici della primazia si rinvencono nell'esercizio delle funzioni amministrative di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute.

Con riferimento al potere di convocazione, in primo luogo va detto come sia il presidente a convocare le adunanze, tra le date prefissate nel calendario degli uffici all'inizio di ciascun anno giudiziario. Del resto, ai sensi dell'art. 9 all. II disp. att. c.p.a. *"i presidenti delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i presidenti dei tribunali amministrativi regionali o (...) i presidenti delle sezioni staccate e interne, all'inizio di ogni anno, stabiliscono il calendario delle udienze, con l'indicazione dei magistrati chiamati a parteciparvi e, all'inizio di ogni trimestre, la composizione dei collegi giudicanti, in base ai criteri stabiliti dal Consiglio di presidenza"*.

Un potere, dunque, che sembra conferire ridotti margini di scelta al presidente di ciascun collegio, anche in ragione della circostanza che *"la fissazione del giorno dell'udienza per la trattazione dei ricorsi è effettuata secondo l'ordine di iscrizione delle istanze di fissazione d'udienza nell'apposito registro, salvi i casi di fissazione prioritaria previsti dal codice"* (art. 8 all. II disp. att. c.p.a.). Tuttavia, la seconda parte di tale disposizione prescrive che *"il presidente può derogare al criterio cronologico per ragioni d'urgenza, anche tenendo conto delle istanze di prelievo, o per esigenze di funzionalità dell'ufficio, ovvero per connessione di materia, nonché in ogni caso in cui il Consiglio di Stato abbia annullato la sentenza o l'ordinanza e rinviato la causa al giudice di primo grado"*. Pertanto, a differenza di quanto normalmente accade nei collegi giudicanti, si attribuisce al presidente per ragioni di urgenza un potere, ampiamente discrezionale, di convocazione in deroga.

In ordine, poi, alla formulazione dell'ordine del giorno si noti come tale prerogativa anche nei collegi amministrativi sia ascrivibile alle funzioni tipiche dell'ufficio presidenziale, pur essendo tale atto ampiamente vincolato, quanto ad esercizio, dalla tipologia della causa iscritta a ruolo (260).

Quanto alla funzione di direzione dei lavori (261), il presidente è investito di considerevoli poteri sia in sede di discussione pubblica alla presenza delle parti, sia in camera di consiglio verso gli altri giudici (262); si pensi a taluni eccezionali poteri istruttori, dalla natura sovraordinata, idonei a riverberarsi sulla figura organizzatoria della primazia, determinando episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri componenti; se ne rinvia l'esame al sotto-paragrafo successivo. Per il resto, la posizione di primazia si connota secondo gli ordinari tratti di preminenza formale; ciò trova conferma, specialmente, in sede di votazione ove il presidente vota per ultimo (263) e il suo voto vale come quello degli altri giudici del consesso (264).

(260) Sia i magistrati sia le parti devono essere posti nella condizione di conoscere previamente il thema decidendum della seduta; tuttavia il potere del presidente in ordine alla formulazione dell'ordine del giorno risulta fortemente circoscritto dalla tipologia nonché dai caratteri della causa incardinata.

(261) Ai sensi dell'art. 11 all. 2 delle norme di attuazione del c.p.a. *"l'udienza è diretta dal presidente del collegio"*.

(262) ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, op. cit., spec. p. 88.

(263) Così recita l'art. 76 co. III c.p.a.: *"Il presidente raccoglie i voti. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, poi il secondo componente del collegio e, infine, il presidente. Nei giudizi davanti al Consiglio di Stato il primo a votare è il relatore, poi il meno anziano in ordine di ruolo, e così continuando sino al presidente"*. Per un commento si rinvia a CRESTA S.-NICODEMO

Per quanto concerne, infine, la funzione di polizia d'aula, trova per essa applicazione l'art. 12 all. II disp. att. c.p.a. in base al quale chi assiste alle sedute "deve stare in silenzio, non può fare segni di approvazione o di disapprovazione o cagionare disturbo. Il presidente del collegio, ove lo ritenga necessario per il regolare svolgimento dell'udienza, può chiedere l'intervento della forza pubblica". Tale disposizione rafforza nei collegi giudicanti amministrativi l'indefettibilità della funzione di polizia d'aula, quale funzione immanente all'ufficio di presidente ed alla relativa posizione di primazia.

6.2.1. I poteri del presidente che esprimono episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti.

Nei collegi giudicanti amministrativi (TAR e Consiglio di Stato (265)) il presidente risulta investito di alcuni poteri dalla natura sovraordinata; poteri che sono esercitati ora come organo monocratico, ora come *primus inter pares* nell'attività di coordinamento dei lavori del collegio. Appare coerentemente necessaria una loro puntuale descrizione, chiarendo sin d'ora come la distinzione tra le due tipologie di poteri non risulti sempre agevole. Ciò che interessa, primariamente, è l'analisi in sé dei poteri presidenziali di sovraordinazione, al precipuo fine di verificarne la compatibilità con le caratteristiche generali della primazia.

Quanto alle funzioni esterne svolte dal presidente in qualità di organo monocratico, rientrano in tale area i poteri organizzatori (266), la potestà di emettere provvedimenti cautelari

G., *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, Dike, Roma, 2011. PALLIGIANO G.-ZINGALES U., *Il Codice del nuovo processo amministrativo*, III ed., Ipsa, 2012.

(264) ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, op. cit., p. 109: "La posizione del presidente appare quella di *primus inter pares* con specifico riferimento al momento della decisione, nel senso che egli (...), pur mantenendo una posizione di preminenza, concorre alla formazione della volontà collegiale in situazione di perfetta parità con gli altri componenti del collegio". Un'ipotesi eccezionale è rappresentata dalla disposizione dell'art. 7 del d.p.r. n. 426 del 1984 riguardante il TAR Trentino Alto-Adige, la quale espressamente recita: "La sezione autonoma di Bolzano decide con l'intervento di quattro componenti, appartenenti per la metà a ciascuno dei gruppi linguistici italiano e tedesco. Le decisioni della sezione autonoma di Bolzano sono assunte a maggioranza dei voti dei componenti del collegio, con il voto determinante del presidente in caso di parità di voti".

(265) Ai sensi degli artt. 5 e 6 del C.p.a. il Tar e il Consiglio di Stato decidono con la partecipazione, rispettivamente, di tre e cinque giudici, presidente incluso.

(266) Si pensi, a titolo esemplificativo, ai poteri organizzatori che il C.p.a. riconosce ai presidenti di sezione del Consiglio di Stato. In tale contesto il presidente, oltre ad agire come coordinatore orizzontale delle sedute, opera, altresì, come organo monocratico esercitando compiti di organizzazione del lavoro sia degli uffici sia del collegio nell'ambito della sezione presieduta. In tale diversa ed esterna posizione giuridica il presidente di sezione riveste una posizione non già di primazia ma di vera e propria sovraordinazione tanto verso il collegio quanto nei confronti dei suoi componenti individualmente intesi. Per un'analisi generale dell'organizzazione e delle funzioni del Supremo consesso amministrativo si rinvia ai tradizionali contributi di DE NAVA G., voce *Consiglio di Stato*, in *Dig. it.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1896. LA TORRE M., voce *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur. it.*, vol. XV, Milano, 1936, pp. 824 e ss. GUICCIARDI E., voce *Consiglio di Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Utet, Torino, 1959, pp. 184 e ss. DANIELE N., voce *Consiglio di Stato (ordinamento e organizzazione)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961: "Nell'esercizio delle funzioni d'istituto - aspetti organizzativi del lavoro - il presidente ha una supremazia d'ordine formale, ma, per quanto attiene alla formazione della volontà collegiale, è solo un *primus inter pares*". BENVENUTI F., voce *Consiglio di Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961. CHIEPPA R., voce *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988. PAJNO A., voce *Consiglio di Stato*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006. TRAVI A., *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2011.

ante causam (267) ed in corso di causa (268). Tali poteri presidenziali hanno ricadute sulla *iuris figura* della primazia in quanto espressivi di forme di sovraordinazione e di episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti.

Con riferimento ai diversi poteri di coordinamento dei lavori, è d'obbligo citare, in special modo, i poteri di istruzione della causa, normalmente esperiti dal presidente in concorso con il collegio ed i suoi componenti. Si è al cospetto di peculiari poteri che, pur attivati dal presidente nella veste di *primus inter pares*, manifestano un *quid* di sovraordinazione, idoneo ad accentuarne in senso sostanziale la posizione di primazia. Di essi occorre verificare la compatibilità con la figura organizzatoria della primazia e, segnatamente, con la relazione di equiordinazione intercorrente tra il presidente e gli altri componenti.

A ben vedere, il c.p.a. tende a rafforzare le attribuzioni presidenziali in seno ai collegi giudicanti amministrativi (269); infatti, ai sensi degli artt. 65 co. I e 68 co. I, il presidente su istanza di parte, adotta i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria; inoltre nell'ammettere i mezzi istruttori fissa i termini e stabilisce luogo e modalità di assunzione. L'art. 65 co. II conferisce, altresì, al collegio la potestà di disporre l'istruttoria (c.d. istruttoria collegiale). In ogni caso le ordinanze adottate dal presidente sono insuscettibili di reclamo *al plenum*. Infine, in base all'art. 69, "*la surrogazione del magistrato delegato o la nomina di altro magistrato che debba sostituirlo in qualche atto relativo all'esecuzione della prova è disposta con provvedimento del presidente, ancorché la delega abbia avuto luogo con ordinanza collegiale*" (270).

Da un'interpretazione sistematica delle disposizioni citate, è possibile inferire un concorrente potere del presidente e del collegio in materia istruttoria; tuttavia al presidente è assegnato un ruolo di gran lunga più incisivo che si disvela attraverso poteri idonei ad influenzare il contenuto della sentenza, condizionando l'autonomia decisionale degli altri giudici. Il momento istruttorio è, d'altronde, momento nevralgico di ogni giudizio.

Oltre ai poteri istruttori si devono considerare taluni speciali poteri riconosciuti al presidente per l'instaurazione e lo svolgimento del rapporto processuale. Trattasi di una pluralità di poteri, contemplati rispettivamente agli artt. 47, 49, 52, 71 e 72 c.p.a. (271) con caratteri

(267) Senza pretese di completezza PAVAN A., *La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010. LUMETTI M.V., *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, 2012.

(268) Trattasi del c.d. il decreto presidenziale monocratico. In proposito SCALCIONE A., *La tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 5, 2006, p. 1932: "*Il fatto che il Presidente estensore del decreto sia poi anche il Presidente del collegio cui sarà affidato il giudizio sulla istanza cautelare ha però suscitato in alcuni il timore di un latente condizionamento del decisore plurisoggettivo della fase collegiale, che tenderebbe ad avallare le scelte fatte dal membro più autorevole dell'assise, seppur solo primus inter pares*". BERRA M., *I poteri presidenziali nel giudizio cautelare amministrativo*, in www.giustamm.it.

(269) A riguardo ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, *op. cit.*

(270) Per approfondimenti si rinvia a LEONE G.-MARUOTTI L.-SALTELLI C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010. SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Utet, Torino, 2011. DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, II ed., Ipsoa, 2012.

(271) In proposito ROMEO A., *Collegialità e ruolo presidenziale nella sentenza amministrativa*, *op. cit.* Per un commento alle disposizioni del C.p.a. CRESTA S.-NICODEMO G., *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, *op. cit.* PALLIGGIANO G.-ZINGALES U., *Il Codice del nuovo processo amministrativo*, *op. cit.* POLICE A.-CLIFFORD C. (a cura di), *Processo amministrativo*, Ipsoa, 2013. CORRADINO M.-STICCHI DAMIANI S., *Il processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014.

anche diversi tra loro, quali i poteri di: decisione di eccezioni; assegnazione di termini; indicazione di speciali forme di notificazione; integrazione del contraddittorio; formulazione dell'udienza di discussione del ricorso; nomina del relatore; attribuzione di priorità nella trattazione dei ricorsi.

Pur se propedeutici al corretto andamento dell'*iter* collegiale, tali poteri esprimono un *quid*, sia pure indecifrabile, di sovraordinazione e, conseguentemente, possono determinare, occasionalmente, episodi di preminenza sostanziale del presidente sugli altri giudici.

In ogni caso tutti questi poteri presidenziali, per la loro eccezionalità, non sono in grado di scalfire i caratteri generali della *iuris figura* della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti. D'altronde, in virtù dell'applicazione della teoria dell'assorbimento o della prevalenza (272), le maggioritarie funzioni di *primus inter pares* prevalgono sui minoritari poteri di sovraordinazione che vengono assorbiti ed azzerati nel contenuto tipico della primazia.

6.3. La Corte costituzionale. Ruoli e funzioni del presidente.

La Corte costituzionale si inquadra nella famiglia dei collegi con funzioni giurisdizionali, da cui mutua alcuni tratti caratteristici, cui si aggiungono profili di specialità riconducibili alla sua natura di organo di garanzia costituzionale (273). A differenza dei collegi giudicanti civili, penali e amministrativi, la Corte è un collegio imperfetto o virtuale (274), con inevitabili ricadute sulla disciplina applicabile.

La Consulta risulta, inoltre, un'istituzione complessa che si articola, al proprio interno, in organi monocratici e collegiali (275); tra questi spicca l'Assemblea (o *plenum*) che ne riunisce tutti i giudici.

Ai sensi dell'art. 135 co. V Cost. "*la Corte elegge tra i suoi componenti (...) il Presidente*

(272) In proposito ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(273) Secondo MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 2057 e ss. la Corte costituzionale sarebbe un "*organo non rappresentativo e con funzioni sostanzialmente giurisdizionali e di garanzia costituzionale*". Più in generale sulla Corte costituzionale si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi di CURCI P., *La Corte costituzionale: composizione, attribuzioni, funzionamento*, Giuffrè, Milano, 1957. BALOCCHI E., voce *Corte costituzionale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959. PIERANDREI F., voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962. PANUNZIO S.P., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1970. D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980. RODOTÀ C., *La Corte costituzionale*, Editori riuniti, Roma, 1986. ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1996. ANZON A.-AZZARITI G.-LUCIANI M. (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Atti Seminario Roma, 14 marzo 2003, Giappichelli, Torino, 2004. PEDERZOLI P., *La Corte costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008. LAMARRQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari-Roma, 2012. CARAVITA B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione. La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012.

(274) PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978, p. 366: "*A differenza di quanto avviene di regola per gli organi giudiziari, essa non costituisce un collegio perfetto, in quanto può funzionare anche in assenza di alcuni dei suoi membri (sia per impedimento, sia per vacanza della carica), purché intervengano a ciascuna adunanza almeno 11 giudici*" su 15.

(275) Si pensi al Presidente quale vertice della struttura amministrativa della Corte, all'ufficio di presidenza, alla Commissioni, al *plenum*.

che rimane in carica per un triennio" (276). Una volta insediatosi il presidente nomina un giudice, chiamato a sostituirlo in caso di assenza o impedimento (art. 6 co. IV l. 87 del 1953), che assume il titolo di vicepresidente (art. 22 *bis* regolamento interno) (277).

Tali disposizioni evidenziano l'indefettibilità dell'ufficio di presidente e della posizione di primazia ad esso correlata (278), ai fini del coordinato svolgimento dei lavori del *plenum*.

La primazia, quale posizione di preminenza formale del presidente sugli altri componenti, si articola nelle funzioni amministrative (discrezionali) di convocazione delle adunanze, formulazione dell'ordine del giorno, direzione dei lavori, polizia delle sedute (279). Nell'esercizio di tali funzioni il presidente è un mero *primus inter pares* (280), in posizione, cioè, di equiordinazione sia pure originale con gli altri giudici del collegio.

(276) Con riferimento alla figura del Presidente della Corte costituzionale MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit. CERRINA FERONI G., *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, n. 4, 1994. AINIS M. (a cura di), voce *Presidente della Corte costituzionale*, in *Dizionario costituzionale*, op. cit. AZZARITI G., *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Giappichelli, Torino, 1996. BUQUICCHIO M., *Contributo allo studio delle esternalità del presidente della Corte costituzionale*, Cacucci, Bari, 2000. SICLARI M., *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, op. cit., pp. 159-177.

(277) Il regolamento generale della Corte è stato approvato con deliberazione del 20 gennaio 1966. Nel corso dei decenni ha subito vari interventi modificativi; tra i più significativi si segnalano quelli compiuti il 10 dicembre 1971 e il 14 luglio 2009. Sulla figura del vicepresidente della Corte costituzionale si rinvia alle considerazioni di MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 2057 e ss.: "È qui da notare che la figura del Vice-presidente è stata introdotta dalla Corte con la modifica del 10 dicembre 1971 al suo regolamento generale; prima d'allora non esisteva un Vice-presidente della Corte ma soltanto un giudice designato dal Presidente e destinato a sostituirlo per il tempo necessario in caso di impedimento. Si tratta, a ben guardare, di una modifica non solo formale (l'attribuzione del titolo di vice-Presidente al giudice sostituto) ma anche della creazione di un vero e proprio organo vicario. In via di fatto, poi, si è giunti ad una quasi permanente ripartizione di compiti tra il Presidente ed il vice-Presidente".

(278) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 2057 e ss. Secondo l'Autore "il Presidente della Corte costituzionale è stato collocato in una posizione di primazia, in una posizione cioè che, rispetto agli altri membri del collegio, assimila la figura del Presidente a quella di un *primus inter pares*". (...) "Del resto, se si guarda alla Corte come organo collegiale, è facile notare che i poteri attribuiti al suo Presidente (...) non differiscono da quelli che valgono a collocare i presidenti degli altri organi collegiali in una posizione di primazia e non di sovraordinazione o di supremazia". D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir.*, op. cit., p. 971. Più in generale sulla figura organizzativa della primazia GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 202-203.

(279) Per una disamina generale dei poteri di polizia delle sedute dei presidenti di organi collegiali RACIOPPI F.-BRUNELLI I., *Potere di polizia*, in *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit. VITTA C., *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, op. cit. VIRGA P., *La potestà di polizia*, op. cit. GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, op. cit. MAZZIOTTI A., *Attribuzioni e poteri del presidente del consiglio comunale*, op. cit. CIAURRO G.F., voce *Prerogative costituzionali*, in *Enc. dir.*, op. cit. PETTITI D., *Note sul presidente dell'Assemblea di società per azioni*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, op. cit. TANDA A.P., voce *Polizia delle Camere*, in *Dizionario parlamentare*, II ed., op. cit. ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, op. cit. Con particolare riferimento al potere di polizia delle sedute del Presidente della Corte costituzionale PERANDREI F., voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, op. cit.

(280) A riguardo SANDULLI A.M., *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.* 1961, pp. 834 e ss. D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pp. 968-971. DE ROBERTO A., *Note sull'immutabilità del collegio nel processo costituzionale*, in *Giur. cost.* 1980, I, p.

Con riferimento alla funzione di convocazione, ai sensi dell'art. 5 del regolamento, *"la convocazione della Corte in sede non giurisdizionale è fatta dal Presidente mediante l'invio dell'ordine del giorno almeno cinque giorni prima dell'adunanza, salvo i casi di urgenza"*. Trattasi di un atto di iniziativa propedeutico allo svolgimento delle adunanze che compete, *naturaliter*, al presidente, quale figura investita di compiti di impulso e coordinamento dei lavori.

Secondo parte della dottrina il successivo art. 22 puntualizzerebbe come *"a differenza di quanto è disposto per gli altri organi collegiali per i quali sono previste forme di convocazione ex lege o ad opera di soggetti estranei al collegio ovvero ancora di autoconvocazione, il potere di convocazione della Corte è attribuito in via esclusiva al suo presidente"* (281); ciò sarebbe astrattamente idoneo a compromettere la posizione di primazia del presidente in favore del riconoscimento di una diversa e più intensa posizione di sovraordinazione (282). A ben vedere, però, *"il potere presidenziale di convocazione, più che un potere discrezionale è, nella maggior parte dei casi un potere-dovere: il Presidente, cioè, deve convocare la Corte e deve convocarla (...) entro termini fissati dalla legge o dai regolamenti"*. Inoltre, *"anche nei casi in cui la convocazione della Corte non è sottoposta a termini, il dovere del Presidente permane e la sua discrezionalità è limitata al quando"* (283).

In relazione, poi, alla formulazione dell'ordine del giorno, esso viene predisposto, di regola, dal presidente che lo inserisce nell'atto di convocazione per rendere edotti i giudici sugli argomenti da discutere. Trovano applicazione, a riguardo, i principi generali previsti in tema di organi collegiali.

Per quanto concerne, inoltre, i poteri direzione delle sedute dell'Assemblea, l'art. 5 del regolamento attribuisce espressamente al presidente la funzione di *"aprire e chiudere l'adunanza e regolarne la discussione"*. Con questa sintetica ma concisa locuzione, la disposizione mira ad assegnare alla figura presidenziale tutti i poteri teleologicamente orientati a garantire la funzionalità del collegio in special modo nelle fasi della discussione e della votazione; risultano in tal senso pienamente applicabili i principi generali sulla collegialità. Con precipuo

1230. PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale, op. cit.*, p. 367. MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale, op. cit.* In proposito si vedano, altresì, le dichiarazioni rilasciate alla stampa dal neo Presidente Giuseppe Tesaro in data 30 luglio 2014: *"Per me la presidenza della Corte costituzionale è una funzione di mero coordinamento e la formula latina primus inter pares non deve essere una formula vuota. Quel che più mi attrae, assieme al rispetto delle regole, è il rispetto della collegialità"*. In senso critico BINDI E., *La garanzia della Costituzione: chi custodisce il custode?*, Giappichelli, Torino, 2010 che si domanda se il presidente sia effettivamente un *primus inter pares* o si ponga, viceversa, in una posizione di sovraordinazione idonea ad influenzare l'attività degli altri giudici.

(281) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale, op. cit.*, pp. 2057 e ss.: *"Con la sola eccezione prevista nell'art. 16 del regolamento generale, a norma del quale, nel caso in cui si debba procedere alla sospensione o rimozione o alla pronuncia di decadenza di un giudice, la convocazione della Corte è disposta dal Presidente, previa deliberazione dell'ufficio di presidenza"*.

(282) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale, op. cit.*, pp. 2057 e ss. Secondo l'Autore *"a porre nel dubbio la posizione di primazia del Presidente della Corte restano, a questo punto, il potere di convocare, in via esclusiva, la Corte ed il maggior valore attribuito (tranne che nei giudizi sulle accuse) al suo voto"*.

(283) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale, op. cit.*, pp. 2057 e ss. Il potere di convocazione dell'Assemblea da parte del presidente soggiace *"all'osservanza di limiti di tempo o di criteri normativamente determinati"* che ne confermano la posizione di primazia formale rispetto agli altri giudici del consesso.

riferimento alla fase della votazione, le decisioni della Corte in sede giurisdizionale vengono legittimamente adottate a maggioranza assoluta ove risultino presenti almeno 11 giudici. In caso di parità dei suffragi è conferita prevalenza al voto del presidente ai sensi dell'art. 16 co. III l. 11 marzo 1953, n. 87 (284). Tale potere, anche ove lo si consideri espressivo di una forma di sovraordinazione sugli altri componenti, è comunque riconducibile al modello generale della primazia, in base alla teoria generale della prevalenza o dell'assorbimento.

Con riferimento, da ultimo, alla polizia delle sedute (285), si evidenzia come ai sensi dell'art. 2 del regolamento "*i poteri di polizia sono esercitati dal Presidente, che si avvale dei commessi della Corte. (...) La forza pubblica non può entrare nella sede della Corte*" se non per suo ordine (286). Una disposizione che si riallaccia al principio di ordine generale che riconosce a ciascun presidente la potestà di assicurare l'ordine delle sedute tanto nei confronti dei componenti quanto nei riguardi del pubblico. Per quanto non espressamente previsto, si applicano in via analogica alla Consulta le disposizioni del Regolamento della Camera dei Deputati sui poteri di polizia del Presidente di Assemblea.

Oltre alle funzioni di impulso e coordinamento delle sedute del *plenum*, il presidente della Corte costituzionale esercita ulteriori funzioni nel diverso ruolo di organo monocratico (287). In tale esterna posizione il presidente svolge, per esempio, compiti di rappresentanza

(284) L'unica ipotesi in cui, in caso di parità dei voti, non è riconosciuta prevalenza al voto del presidente è l'ipotesi di cui all'art. 28 co. II l. 25 gennaio 1962, n. 20. Tale disposizione prevede espressamente che nei giudizi di accusa nei confronti del Presidente della Repubblica trovi applicazione il principio garantistico del favor rei secondo cui, a parità di suffragi, prevale sempre l'opinione più favorevole all'accusato. In argomento anche D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir., op. cit.*, p. 969, nota 106.

(285) Il potere di polizia delle sedute va tenuto distinto dal potere disciplinare sia per le differenti caratteristiche che connotano le due funzioni sia, in special modo, per la circostanza che il potere disciplinare non rientra nel contenuto tipico della primazia. Con particolare riferimento alla figura del presidente della Corte costituzionale si vedano le osservazioni di MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, *op. cit.*, il quale a sua volta richiama SANDULLI A.M., *L'indipendenza della Corte*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. MARANINI, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 220. Secondo Martines "*non spettano al Presidente poteri disciplinari nei confronti dei singoli giudici*", poiché essi "*rispetto al presidente non possono considerarsi in posizione di dipendenza o anche soltanto di reverenza*".

(286) Prosegue, poi, l'art. 3 del regolamento: "*Qualora nell'interno della sede della Corte vengano commessi fatti che possano costituire reati di oltraggio alla Corte o ad uno dei suoi componenti nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, il Presidente può ordinare l'arresto immediato dell'autore di detti fatti e la sua consegna all'autorità competente*".

(287) Per un esame delle molteplici funzioni del Presidente della Corte costituzionale MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, *op. cit.*: Le attribuzioni del presidente "*possono distinguersi a seconda che ineriscano all'attività giurisdizionale della Corte ovvero all'attività non giurisdizionale della stessa. Nell'ambito di questa suddivisione vanno ulteriormente distinte le attribuzioni relative: I) alla presidenza di un organo collegiale: II) alla presidenza di un organo collegiale svolgente funzioni giurisdizionali, III) alla presidenza dell'organo collegiale Corte costituzionale*". Successivamente BINDI E., *La garanzia della Costituzione: chi custodisce il custode?*, *op. cit.*, p. 21: "*Il presidente rappresenta la Corte, la convoca, ne presiede le sedute, stabilisce il calendario dei lavori, e tenuto conto delle cause pendenti, fissa la data delle udienze pubbliche e, se nessuna delle parti si è costituita in giudizio o in presenza di questioni manifestamente infondate o manifestamente inammissibili, delle riunioni in camera di consiglio. Nomina, nei giudizi di legittimità costituzionale, un giudice per l'istruzione e la relazione della causa (...). Il presidente regola inoltre la discussione e nella deliberazione vota per ultimo e in caso di parità prevale il suo voto, tranne che nei giudizi sulle accuse mosse al Presidente della repubblica, in cui prevale l'opinione più favorevole all'accusato*".

dell'intera istituzione oppure, in qualità di vertice della struttura amministrativa, poteri organizzatori nei confronti di uffici ed organi interni. È chiaro come la posizione di organo monocratico, anche se differente rispetto alla posizione di primazia, possa avere su quest'ultima ricadute, accentuando l'intensità di esercizio delle funzioni di *primus inter pares*. In altri termini la posizione di primazia formale del presidente verrebbe, occasionalmente, a tradursi in episodi di preminenza sostanziale, idonei ad incidere sull'autonomia degli altri componenti e, dunque, sul corretto svolgimento dell'*iter* collegiale.

Ne discende, quale corollario, l'interrogativo se una tale circostanza abbia la forza o meno di porre in discussione il modello teorico della primazia. La risposta deve essere negativa in virtù dell'applicazione della teoria generale della prevalenza o dell'assorbimento (288). Secondo tale teoria, in ragione della fisiologica coabitazione di elementi diversi in ciascuna figura o posizione giuridica, gli eccezionali poteri di sovraordinazione ed i relativi episodi di preminenza sostanziale sono assorbiti (ed azzerati) da (e nelle) prevalenti funzioni di equiordinazione; conseguentemente non risultano compromessi i caratteri distintivi della primazia e, segnatamente, la posizione di preminenza formale del presidente e la *par condicio* tra tutti i componenti.

6.3.1. La prevalenza del voto presidenziale a parità di suffragi.

La disposizione di cui all'art. 16 co. III l. 11 marzo 1953, n. 87, che regola i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, assegna prevalenza, a parità di suffragi, al voto del presidente (289). Del resto, a fronte della "*impossibilità di formare una deliberazione ratione numeri (...) è adottato dalla stessa legge il criterio della prevalenza del voto espresso ratione muneris*" (290).

Tale potere rinviene, dunque, il proprio fondamento in un'espressa disposizione di diritto positivo che deroga al principio della *par condicio* tra tutti i giudici (291). Il riconoscimento di un'efficacia dirimente al voto presidenziale, accentuata dalla circostanza che il presidente vota per ultimo (292), attribuisce a costui un potere speciale dal cui esercizio possono scaturire episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti, in conflitto con il ruolo di *primus inter pares* (293).

(288) ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

(289) Per una ricostruzione delle ragioni poste a fondamento di tale soluzione normativa D'ORAZIO G., *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 337 e ss.

(290) D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir.*, op. cit., p. 969, il quale richiama le considerazioni di ordine generale di DE GENNARO G., *La parità di voti nelle deliberazioni amministrative*, op. cit., secondo cui le norme che assegnano prevalenza al voto presidenziale introdurrebbero "*nel carattere quantitativo del sistema un elemento qualitativo*".

(291) In proposito D'ORAZIO G., *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, op. cit., p. 340. Con riferimento all'art. 16 co. III l. 11 marzo 1953, n. 87 l'Autore fa notare che "*norme simili a quella in esame (a carattere eccezionale o a fattispecie esclusiva, e quindi inapplicabili nei confronti di collegi per i quali non siano espressamente previste) importano una limitazione (o violazione della par condicio dei membri di un collegio o, in sostanza, alla stessa autonomia della volontà collegiale*". In proposito già PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, III ed., Principato, Messina, 1931.

(292) D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir.*, op. cit., p. 971: "*Sul piano formale dello status dei membri del collegio, poi, la disposizione viene ad introdurre l'accennata differenziazione di potere decisorio in ragione non tanto delle specifiche attribuzioni riconosciute al presidente (del quale queste non alterano, nella sostanza, la posizione di sostanziale parità e di sola primazia formale), quanto con riferimento a colui che vota per ultimo e che, sulla base dei voti espressi dagli altri giudici, potrebbe diversamente orientare il proprio voto: per ragioni, in ipotesi, anche non propriamente giuridiche*".

Il rischio, pertanto, è che una simile attribuzione possa sgretolare i caratteri generali della primazia e, segnatamente, l'ordinaria posizione di preminenza formale del presidente e la reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

Senza voler riproporre pedissequamente quanto già espresso con riferimento ad altri collegi pubblici (294), sia consentito ripetere le considerazioni più significative, vagliandone altresì la compatibilità con i peculiari caratteri della Corte costituzionale.

In primo luogo, non può non rilevarsi come la prevalenza del voto presidenziale sia prevista "anche nell'ordinamento di altri collegi senza che, per ciò solo, ai loro presidenti sia riconosciuta una posizione di preminenza" sostanziale sugli altri componenti. Del resto, la disposizione che assegna nell'ambito della Corte costituzionale un valore superiore al voto del presidente, a parità di suffragi, trova la sua giustificazione in ragioni di funzionalità dell'organo ed, in particolare, "nella necessità di assicurare comunque la formazione di una volontà" collegiale (295). Del resto, tale dispositivo giuridico persegue l'obiettivo di scongiurare tempi e costi di una nuova votazione, certamente pregiudizievoli per il soddisfacimento della finalità deliberativa.

Ad ogni modo il principale argomento che consente di ricondurre la prevalenza del voto del presidente nell'alveo della *iuris figura* della primazia va individuato nella teoria generale dell'assorbimento o della prevalenza (296). Secondo questa teoria la posizione di primazia presidenziale può ricomprendere in sé occasionali ed eccezionali poteri di sovraordinazione, con essa compatibili in quanto assorbiti nel nucleo interno dai prevalenti poteri di equiordinazione.

In definitiva, taluni eccezionali poteri di sovraordinazione del Presidente della Corte costituzionale, quali la prevalenza del suo voto a parità di suffragi ed i relativi episodi di preminenza sostanziale sugli altri componenti, non sono in grado di alterare il modello generale della primazia, ma risultano viceversa in essa inseriti e tollerati.

(293) La prevalenza del voto presidenziale derogherebbe alla regola quantitativa secondo cui ogni voto vale uno e solo la confluenza della maggioranza dei voti su una determinata proposta è in grado di consentirne l'approvazione. Noto è il principio secondo cui, normalmente, i voti si contano e non si pesano. Il sistema del voto ponderato, in base al quale è assegnato valore superiore ad un voto rispetto agli altri voti, ha carattere eccezionale, necessitando di una puntuale ed espressa previsione normativa.

(294) Per una disamina delle ragioni sottese alla prevalenza del voto presidenziale in caso di parità di suffragi VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, op. cit., p. 296. TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, op. cit., p. 50. Più in generale sulle diverse soluzioni adottabili, in caso di parità di voti, si rinvia ai tradizionali contributi di CAMMEO F., *La parità dei voti nelle deliberazioni comunali*, op. cit. BORSI U., *La parità di voti nelle deliberazioni degli organi collegiali degli enti locali*, op. cit. FORTI U., *La parità di voto nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. DE GENNARO G., *La parità di voti nelle deliberazioni amministrative*, op. cit. LA TORRE M., *Parità di voti e voto del presidente del collegio*, op. cit. STRANGES A., *Deliberazioni dei consigli comunali: effetti della parità di voti, ripetizione della votazione*, op. cit. DAGTOGLOU P., *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, op. cit.

(295) MARTINES T., *Il Presidente della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 2057 e ss. In senso conforme D'ORAZIO G., voce *Giudice costituzionale*, in *Enc. dir.*, op. cit., p. 969: "La pari ampiezza di poteri esistente tra i membri del collegio e l'equivalente valore attribuito alla manifestazione della loro volontà vengono meno, in quell'ipotesi, a garanzia della funzionalità dell'organo, che altrimenti non formandosi una valida volontà sulla base della prescritta maggioranza numerica, sembrerebbe frustrata l'adozione di una decisione (qualunque ne sia il contenuto)".

(296) ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, op. cit. SICCHIERO G., *I contratti misti*, op. cit. DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, op. cit.

6.3.2. Omesso compimento da parte del presidente di un atto vincolato: possibili rimedi.

Episodi di preminenza sostanziale del Presidente della Corte sugli altri giudici del *plenum* possono rinvenirsi, altresì, nei casi di omesso o cattivo esercizio delle funzioni di *primus inter pares*; in special modo nei casi in cui la discrezionalità presidenziale risulti circoscritta oppure del tutto azzerata da puntuali disposizioni normative.

Particolare rilievo assume, in tal senso, la fattispecie di mancata convocazione dell'adunanza da parte del presidente, nonostante la richiesta di una frazione di componenti a ciò legittimata.

A differenza di quanto statuito per molti organi collegiali, le fonti che disciplinano le adunanze della Consulta non assegnano, in via generale, ad un tot numero di componenti il potere di richiedere, con efficacia vincolante, la convocazione delle sedute con formulazione del relativo ordine del giorno.

L'unica ipotesi di convocazione obbligatoria, *ex lege*, è contemplata dall'art. 7 del regolamento ai sensi del quale "*l'elezione del Presidente ha luogo a scrutinio segreto sotto la presidenza del Giudice più anziano di carica. Nel caso in cui venga a scadenza il mandato di giudice del Presidente, la Corte deve essere convocata per una data compresa fra il giorno del giuramento del giudice che lo sostituisce e i dieci giorni successivi. Qualora la sostituzione non sia ancora intervenuta, la Corte deve essere convocata per una data non anteriore alla scadenza del termine di cui all'art. 5, secondo comma, della legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2, e non successiva al decimo giorno dalla scadenza medesima*".

Con riferimento al caso di specie occorre domandarsi quale strumento giuridico sia azionabile qualora il giudice anziano, preposto alla attività di impulso e coordinamento delle sedute (297) ometta l'atto (vincolato) di convocazione, paralizzando conseguentemente l'attività del collegio. Del resto, anche per la Corte costituzionale, il diritto positivo non prevede espressamente alcun rimedio idoneo a ripristinare la funzionalità del consesso e a tutelare la legittima pretesa dei richiedenti dinanzi all'omissione presidenziale. Ciò malgrado, uno o più rimedi devono potersi ricavare dal generale sistema della collegialità, a salvaguardia dei caratteri tipici della primazia e, segnatamente, della posizione di preminenza formale del presidente e della reciproca pariordinazione di tutti i componenti.

In caso contrario, ove non si sanzionasse in questi termini la condotta ostruzionistica di mancata convocazione, si dovrebbe riconoscere al preposto all'ufficio presidenziale un ruolo di *primus* non già *inter pares* ma *super pares*; egli, coerentemente, verrebbe inquadrato in una posizione di sovraordinazione rispetto agli altri componenti, in violazione del principio di equiordinazione che connota le relazioni *infra-collegiali*.

La scelta di un idoneo rimedio deve, in ogni caso, tener conto della peculiare natura di organo costituzionale della Consulta e delle particolari forme di autonomia ad essa riconosciute. Del resto, la vigenza di un principio di autodichia (298) a tutela degli *interna corporis*

(297) In tema di primazia non risulta decisiva la distinzione tra titolarità ed esercizio dei compiti connessi all'ufficio presidenziale. Ciò che assume importanza è la costante presenza di un coordinatore (il presidente, il vicepresidente, il membro anziano), investito di poteri idonei ad assicurare il corretto funzionamento del collegio.

(298) Tale principio rinviene un fondamento di diritto positivo nella disposizione di cui all'art. 14 co. III l. 11 marzo 1953, n. 87, come novellata dall'art. 4 l. 18 marzo 1958, n. 265, ai sensi della quale "*la Corte è competente in via esclusiva a giudicare sui ricorsi dei suoi dipendenti*". In dottrina a riguardo MODENA M., *L'autodichia delle Camere e degli altri organi*, in *Le regole del gioco nella Costituzione: disposizioni e attuazioni fra crisi e tramonto*, a cura di E. CUCCODORO, Firenze, 1987. MIDIRI M., *Organi*

sulla falsa riga di quanto statuito per le Camere parlamentari (299), escluderebbe il sindacato di altri poteri od organi esterni nelle vicende domestiche dell'istituzione. Se ne desume come in caso di omessa convocazione possa esperirsi una azione dinanzi al Collegio per i ricorsi in materia di impiego (300); un organo domestico di natura para-giurisdizionale, previsto per la risoluzione delle controversie tra la Corte costituzionale ed i propri dipendenti, che sarebbe investito in via sostitutiva del potere di convocazione del *plenum*.

costituzionali e giurisdizione (nota su una prerogativa controversa: l'autodichia), in *Giur. Cost.*, 1989. COSTANZO P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti Convegno 1995, Giappichelli, Torino, 1996.

(299) In proposito ESPOSITO C., *La Costituzione italiana: saggi*, *op. cit.* BARILE P., *Scritti di diritto costituzionale*, *op. cit.* MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., *op. cit.* LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., *op. cit.* FLORIDIA G.-SORRENTINO F., voce *Interna corporis*, in *Enc. giur. Treccani*, *op. cit.*

(300) Si tratta di una Commissione composta da tre componenti effettivi e due componenti supplenti, disciplinata da un apposito regolamento interno. Il giudice più anziano del collegio esercita le funzioni di presidente. Di essa per prassi non fa parte il Presidente della Consulta. Diversamente, qualora si esperisse il rimedio dinanzi all'ufficio di presidenza, che è presieduto dallo stesso Presidente della Corte, si rischierebbe con molta probabilità un nuovo *impasse*. Più in generale sulla giurisdizione domestica dei dipendenti degli organi costituzionali OCCHIOCUPO N., *Il diritto ad un giudice "indipendente e imparziale" del personale degli organi costituzionali e della Corte dei conti*, in *Dir. e soc.*, 1979. FOGLIA R., *Rapporti di lavoro con organi costituzionali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 25, 6, 1991. MINUTOLI G., *Il rapporto d'impiego con gli organi costituzionali tra autonomia dell'organo e tutela del dipendente*, in *Il Foro amm.*, 1995.

Finito di stampare nel mese di giugno 2015
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Vicolo della Guardiola n. 22 - 00186 Roma