

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO IX NUMERO 2

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



Anno LXXV° 2 - Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20 c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli

EDITORIALE
Punti di vista

CONTRIBUTI DAI COLLEGGI
L'Etica nella Pubblica
Amministrazione

HISTORIA ET ANTIQUITATES
Alfonso Maria de' Liguori:
Mondo traditore ti ho conosciuto
non fai più per me

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Regolamento recante la riforma
degli ordinamenti professionali

Periodico Trimestrale dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Barbara Barbato

Angela Cisale

Irene Coppola

Maria Coppola

Gianluigi Diodato

Gianluca Granato

Olindo Lanzara

Marco Mainardi

Antonia Marchino

Mariella Orlando

Piervincenzo Pacileo

Giuseppina Romano

Vincenzo Vanacore

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Maria Grazia Coppola

Francesca Del Grosso

Vincenza Esposito

Raffaele Fasolino

Nicola Laudisio

Emiliana Matrone

Angelo Mondelli

Francesco Ricciardi

Eleonora Stefanelli

Michele Tipaldi

Rossella Ugliano

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

In copertina:

Pagani, Chiesa della Madonna del Carmine
detta delle galline, particolare della facciata
Foto archivio Altrastampa

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2012 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2012 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA IUSTITIAE
ANNO IX • NUMERO 2

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Francesco Ricciardi</i> Il principio del pubblico concorso con speciale riguardo alla fattispecie dello scorrimento della graduatoria	28
GIURISPRUDENZA <i>Maria Coppola</i> L'utilizzo della firma digitale nelle gare telematiche	6	<i>Eleonora Stefanelli</i> Profili generali sul diritto di accesso. La natura, le funzioni e le finalità del diritto di accesso alla luce dei principi di trasparenza e imparzialità	30
<i>Maria Grazia Coppola</i> Risarcimento del danno non patrimoniale e omissione di atti d'ufficio quando il fisco commette un errore	7	<i>Michele Tipaldi</i> Commento all'articolo 21 bis della legge 287/1990. Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza	34
<i>Nicola Laudisio</i> Assistenza e rimborso spese legali agli amministratori degli enti locali	8	CONTRIBUTI DAI COLLEGGI <i>Francesca Del Grosso</i> L'etica nella Pubblica Amministrazione	36
<i>Angelo Mondelli e Rossella Ugliano</i> Delitti contro il patrimonio. Appropriazione indebita. Somme trattenute dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente e destinate a terzi creditori di quest'ultimo. Omesso versamento. Conseguenze	16	<i>Raffaele Fasolino</i> Lettera per una maestra	38
<i>Giuseppina Romano</i> Idoneità del Decreto di irreperibilità dell'imputato ai fini della notifica del Decreto di citazione a giudizio	18	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Gianluca Granato</i> Professione del Foro esercitata, e ben presto abbandonata, da Sant'Alfonso Maria de' Liguori	39
DOTTRINA <i>Maria Grazia Coppola</i> Tutela dei legittimari e azione di riduzione	21	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Circolare 4 luglio 2012	43
<i>Vincenza Esposito</i> L'opposizione al Decreto di pagamento ex articolo 170 Testo unico spese di giustizia per come modificato dall'articolo 15 decreto legislativo n. 150/2011. Aspetti generali	22	Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali. D.P.R. del 7 agosto 2012 n. 137	43
<i>Emiliana Matrone</i> La competenza territoriale della Giustizia del lavoro	26	Rateazione di contributi già iscritti a ruolo, convenzione Cassa Forense/Equitalia	48
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Punti di vista

Clamorose azioni ed astensioni dalle udienze hanno caratterizzato il periodo preferiale, grazie alle cervelotiche decisioni assunte dai nostri governanti in ordine all'abolizione di alcuni tribunali, di sezioni distaccate e di procure.

Decisioni confermate da un decreto legislativo, in fase di approvazione.

Anche la nostra provincia ha subito un ridimensionamento con l'abolizione del Tribunale di Sala Consilina e delle sedi distaccate di Amalfi, Cava de' Tirreni, Eboli e Mercato San Severino.

Dovrebbero apportare risparmi alle asfittiche casse dello Stato ma in verità, non ci è ben chiaro come questo possa avvenire dal momento che il contenzioso delle "vecchie" sedi sarà accorpato agli uffici giudiziari ai quali sono state destinate con notevole aggravio della mole di lavoro di questi ultimi.

Non senza dimenticare che il nuovo carico di lavoro senza la previsione di un ragionevole aumento del personale comporterà un intasamento tale che i rinvii delle cause, già di per sé molto lunghi, registreranno tempi biblici.

D'altra parte, è notorio che le sedi distaccate surrichiamate funzionavano senza magistrati titolari avvalendosi dell'opera dei GOT e con personale amministrativo sottodimensionato.

La Signora Ministro ha parlato di una riforma epocale garantendo che il cambio della geografia giudiziaria del Paese farà viaggiare la giustizia come i treni ad alta velocità.

Ma non ha dato un minimo di spiegazione sul come tutto questo debba avvenire.

Perché è facile affermare che bisogna risparmiare colpendo a destra ed a manca con la scure delle soppressioni ma è poco facile confermare la efficienza e la qualità del servizio giustizia.

Il cittadino auspica un miglioramento dei servizi oggi tra i peggiori in assoluto, augurandosi che l'abolizione di procure poste a presidio della legalità non costituiscano invece una resa alla criminalità.

È garante della legalità la decisione di sopprimere, ad esempio, il Tribunale di Sala Consilina che scomparirà dalla geografia del distretto di Salerno per essere aggregato a Lagonegro (altra provincia, altra regione, altro Foro)?

Quale buon servizio viene reso al cittadino saiese il quale sarà costretto a sottoporsi a stress fisici ed economici per recarsi presso il nuovo ufficio giudiziario?

Senza parlare dei colleghi i quali quotidianamente dovranno percorrere chilometri e chilometri per adempiere alle loro funzioni, con il conseguente aggravio di spese.

La verità è che le decisioni del ministro non hanno affatto considerato le diverse situazioni (anche quelle logistiche), ma hanno visto applicati criteri paritari dimostrando di aver proceduto solo leggendo le carte ed ignorando la geografia dei luoghi.

Tanto più è vera questa considerazione laddove si registra che nella decisione governativa è prevista la soppressione anche di 674 sedi del Giudice di Pace: a prescindere dal carico di lavoro che in essa viene svolto annualmente e dal bacino di utenza esistente.

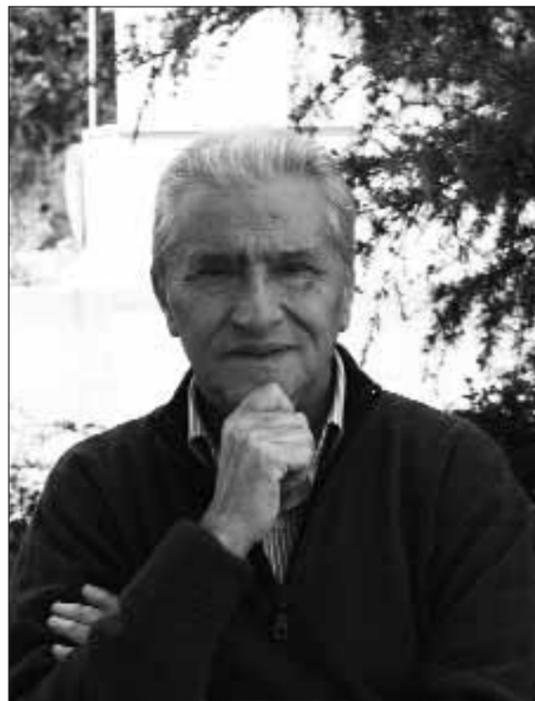
A nostro avviso, al servizio giustizia non va applicata una politica "sparagnina", che non aiuta nessuno, ma una politica di ragionati aggiustamenti.

Copertura totale degli organici, sia giudiziari che amministrativi; migliore utilizzazione dei magistrati e del personale di cancelleria; durata dei giudizi più breve.

Insomma, una giustizia più giusta.

E questo fine si persegue non con decisioni assunte nelle segrete stanze ministeriali, ma con la concertazione che è e resta la madre di unanime decisioni.

Questo andrebbe ricordato a tutti i nostri governanti, politici o tecnici che siano.



Luca Giordano,
La Giustizia,
Londra coll. priv.

Giurisprudenza

Maria Coppola

L'utilizzo della firma digitale nelle gare telematiche.

Nota a T.A.R. Puglia-Bari, Sezione I, sentenza 24 maggio 2012, n. 1019.

Nell'ambito delle tradizionali procedure ad evidenza pubblica, la sottoscrizione dell'offerta è elemento indispensabile della stessa e la sua mancanza ne comporta l'inammissibilità pure in assenza di un'esplicita previsione in tal senso da parte del bando di gara. Così è, oggi, anche per la firma digitale nelle gare telematiche.

Necessità di sottoscrivere l'offerta a pena di invalidità e irricevibilità.

La sottoscrizione dell'offerta di gara, configurandosi come lo strumento mediante cui l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, soddisfa la duplice esigenza di rendere nota la paternità e di vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Assicura, pertanto, provenienza, serietà e insostituibilità dell'offerta e ne costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, "potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara"¹. Tanto, nelle gare "tradizionali". Tanto, per analogia, nelle gare "telematiche".

Funzione della firma digitale.

La firma digitale² è un'informazione che viene aggiunta ad un documento informatico al fine di garantire la certificazione legale della firma in modo incontestabile. L'autorità di certificazione, infatti, stabilisce, garantisce e pubblica l'associazione tra firma digitale e soggetto che l'ha apposta. Rispetto alla firma autografa, la firma digitale ha, tra l'altro, una particolare caratteristica: è intrinsecamente legata al testo a cui è apposta. Di qui, la sua unicità, nel senso che a testi diversi corrispondono firme diverse e, quindi, nonostante la sua perfetta replicabilità, è impossibile trasferirla da un testo ad un altro³.

La recente pronuncia del T.A.R. Puglia-Bari.

I tempi mutano velocemente e, con essi, anche il modo di rapportarsi al diritto e di "utilizzarlo".

In questa corsa, la tecnologia è diventata uno strumento indispensabile per la semplificazione amministrativa e la recente giurisprudenza ne ha preso coscienza con risolutezza. Da ultimo, tra gli altri, il T.A.R. Puglia-Bari, Sezione I, con la sentenza n. 1019 del 24 maggio scorso ha dichiarato l'obbligatorietà della sottoscrizione dell'offerta con firma digitale in caso di gare telematiche. Inutili le eccezioni sollevate dalla società ricorrente. Il provvedimento di esclusione dalla gara era stato, infatti, impugnato per due motivi: mancava la previsione, nel bando di gara, di tale modalità di sottoscrizione ai fini della validità dell'offerta; il partecipante aveva inviato l'offerta dopo essersi autenticato come fornitore nella piattaforma informatica della stazione appaltante attraverso l'inserimento dell'indirizzo di posta elettronica del referente e di un codice PIN. Con riferimento alla prima eccezione, l'adito T.A.R. ha evidenziato che il Codice dei contratti pubblici, all'articolo 77 comma 6, lettera b), prescrive che le offerte presentate per via telematica possano essere effettuate solo utilizzando la firma scritta digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo n. 82/2005. La firma digitale è, infatti, l'unico strumento che nella fattispecie di invio di offerta nell'ambito di una gara telematica, sia in grado di garantire circa la provenienza, l'integrità e, quindi, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa. Nel caso di specie, invece, la società partecipante aveva inviato il file di testo costituente l'offerta, che riportava in calce soltanto l'indicazione del nome della società, senza quelle garanzie richieste dalla legge in merito all'integrità, paternità, autenticità, immodificabilità e sicurezza del documento elettronico. Inoltre, all'articolo 46, comma 1 bis, dello stesso Codice dei contratti pubblici, si prescrive che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali". Né vale a costituire sottoscrizione, ai sensi degli articoli citati del Codice dei contratti pubblici, l'iscrizione all'Albo telematico della stazione appaltante e il fatto che i fornitori ivi iscritti potessero accedere al sistema solo dopo aver eseguito con successo una procedura di identificazione (cd. login): tale procedura, infatti, può, tutt'al più, rientrare nell'ambito delle firme elettroniche "semplici" e, come tale, non è assolutamente idonea a fornire le garanzie di cui sopra. La sottoscrizione, dunque, sia essa tradizionale, sia essa digitale nel caso di gara telematica, costituisce adempimento essenziale finalizza-

to a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva dell'offerta al concorrente e, nel momento in cui si procede ad inviare l'offerta telematicamente, non si può prescindere dal sottoscriverla digitalmente. Il diritto amministrativo, insomma, si avvia a disciplinare le gare pubbliche indipendentemente dal fatto che ad essere utilizzati siano gli strumenti dell'ICT (ossia, dell'insieme delle tecnologie che consentono il trattamento e lo scambio delle informazioni in formato digitale): i principi rimangono gli stessi e devono essere applicati in toto, senza eccezioni dovute alla peculiarità dei mezzi adoperati.

1 In termini, C.d.S., Sezione V, 7 novembre 2008, n. 5547; C.d.S., Sezione V, 25 gennaio 2011, n. 528. Di recente, C.d.S., Sezione V, 20 aprile 2012, n. 2317; T.A.R. Milano, Sezione I, 7 marzo 2012, n. 728, T.A.R. Roma, Sezione I, 3 maggio 2012, n. 3969.

2 La firma digitale è definita all'articolo 1, comma 1, lettera s), del Codice dell'amministrazione digitale modificato, come "un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici".

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 21 del Codice dell'amministrazione digitale (decreto legislativo n. 82/2005, come modificato dal decreto legislativo n. 235/2010) "il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, che garantiscono l'identificabilità dell'autore, l'integrità o l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile". Prosegue la norma stabilendo che "l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria". La fruizione del sistema a chiavi asimmetriche (l'una delle quali pubblica, l'altra privata) sortisce, dunque, l'effetto di determinare una presunzione juris tantum di paternità del documento informatico, la cui valenza è quella della scrittura privata. In esito alla modificazione introdotta dal decreto legislativo n. 159/2006 nel citato comma 2 dell'articolo 21 del Codice, tuttavia, l'unico soggetto legittimato a contestare la riconducibilità del documento a colui che appare esserne l'autore per averlo sottoscritto con la firma elettronica qualificata è quest'ultimo.

3 I meccanismi di firma digitale poggiano essenzialmente su algoritmi crittografici a chiavi pubbliche, che sono detti anche a chiavi asimmetriche poiché utilizzano chiavi diverse per le operazioni di cifratura e decifratura. Un calcolo statistico ha dimostrato che è 600 milioni di volte più difficile contraffare la firma elettronica rispetto alla tradizionale firma autografa (cfr. www.info.deis.unical.it, *Note sulla firma digitale*, a cura di Palmino Sacco).

Maria Grazia Coppola

Risarcimento del danno non patrimoniale e omissione di atti d'ufficio quando il fisco commette un errore.

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 11 giugno 2012 n. 9445, presidente Finocchiaro, relatore Carluccio.

Con recentissima sentenza n. 9445 dell'11 giugno 2012, la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha stabilito il principio secondo cui il contribuente ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale nel caso in cui il Concessionario per la riscossione dei tributi non abbia preso atto dell'intervenuta estinzione del debito, integrando tale condotta in astratto reato di omissione di atti d'ufficio ex articolo 328, secondo comma, Codice penale. Il danno non patrimoniale per il combinato disposto degli articoli 2059 c.c. e 185 c.p., è risarcibile nel caso in cui derivi da un fatto illecito costituente reato, infatti, mentre "persona offesa dal reato è solo il titolare dell'interesse protetto dalla norma penale, persona danneggiata dal reato può essere chiunque abbia subito, in conseguenza dell'azione delittuosa, un qualsivoglia danno civile" (Cass. Civ. 23 aprile 1999, n. 4040).

Tale danno costituisce la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica. La nozione di danno non patrimoniale non si limita a quella di sofferenza morale, piuttosto è il pregiudizio arrecato ad interessi non economici aventi rilevanza sociale. Nello specifico l'avvocato SR conveniva in giudizio il Comune di Roma ed Equitalia spa per aver subito un pignoramento mobiliare presso il proprio studio legale, in presenza della figlia e dei dipendenti, con riferimento ad un debito per sanzioni amministrative che il Tribunale di Roma aveva già dichiarato non dovuto.

Poneva a fondamento della domanda di risarcimento, la mancata interruzione della procedura esecutiva nonostante avesse inviato copia della sentenza sia al Comune che al Concessionario della riscossione oltre alla diffida ad astenersi da atti di esecuzione forzata, ma non era intervenuta alcuna risposta da parte del Comune e del Concessionario.

La Cassazione ha cassato la sentenza impugnata ed ha rinviato alla Corte di Appello di Roma, partendo dal presupposto che la "Corte di merito avrebbe errato nel non affrontare il profilo della sussistenza di un fatto di reato (articoli 650 o 328 c.p.), produttivo di danno morale, come sofferenza contingente, turbamento d'animo transeunte, ai sensi dell'articolo 185 c.p., ritenendo che l'esclusione di un danno non patrimoniale in concreto lo esonerava dalla valutazione in ordine alla ipotizzabilità del fatto reato".

Essendo prospettato come causa dell'illecito civile un fatto astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti, spetta al giudice accertare, incidenter tantum, l'astratta configurabilità di un reato, indipendentemente dalla norma penale cui l'attore riconduce la fattispecie.

Quando è prospettato un illecito costituente reato, per il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, ai sensi degli articoli 2059 c.c. e 185 c.p., l'indagine sull'esistenza di un diritto leso di rilievo costituzionale, può venire in rilievo solo dopo l'esclusione della configurabilità di un reato. Infatti, quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, la vittima avrà astrattamente diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale, costituendo la tutela penale sicuro indice di rilevanza dell'interesse (Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972).

Secondo gli Ermellini "il fatto allegato dal ricorrente appare linearmente riferibile all'articolo 328, secondo comma, Codice penale, nella formulazione vigente come sostituita dalla legge 26 aprile 1990 n. 86. Ed invero risponde della omissione di atti d'ufficio il pubblico ufficiale, o l'incaricato di 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 suo ritardo".

Ai fini del risarcimento del danno morale, l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale nei termini in cui ha efficacia di giudicato nel processo civile ex articoli 651 e 652 c.p., non costituisce un impedimento all'accertamento da parte del giudice civile della sussistenza degli elementi costituenti reato.

Reato che la giurisprudenza penale ritiene caratterizzato "da due condotte omissive, consistenti nella mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta scritta della parte interessata e nella mancata risposta sulle ragioni del ritardo" (Cass. Pen. 13 marzo 2003, n. 11877); - "pluri-offensivo, ledendo oltre l'interesse pubblico al buon andamento della Pubblica Amministrazione, anche il concorrente interesse privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo dell'atto dovuto" (Cass. Pen. 29 marzo 2011, n. 17345).

In conclusione, la Corte ha espresso il seguente principio di diritto: "In tema di responsabilità civile e di richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, quando è prospettato un illecito, astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti, (come nella specie, nella quale il danneggiato assume come causa del danno il pignoramento mobiliare eseguito, per un credito accertato come inesistente, nonostante la espresa richiesta al Comune e al Concessionario di interruzione del procedimento per il recupero del credito, e in mancanza di risposta a tale richiesta

per spiegarne le ragioni, ed è ipotizzabile la fattispecie di reato prevista dall'articolo 328, secondo comma, Codice penale) per il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, ai sensi degli articoli 2059 Codice civile e 185 Codice penale, spetta al giudice accertare, incidenter tantum e secondo la legge penale, la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, indipendentemente dalla norma penale cui l'attore riconduce la fattispecie; accertamento che è logicamente preliminare all'indagine sull'esistenza di un diritto leso di rilievo costituzionale (cui sia eventualmente ricollegabile il risarcimento del danno non patrimoniale, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 Codice civile sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità oramai consolidata) potendo quest'ultimo venire in rilievo solo dopo l'esclusione della configurabilità di un reato; accertamenti, entrambi, preliminari alla indagine in ordine alla sussistenza in concreto (alla prova) del pregiudizio patito dal titolare dell'interesse tutelato".

Da ciò, secondo la Corte, si deduce che vi è stata la violazione dell'articolo 2059 c.c. in riferimento ai principi generali di legalità, imparzialità e buona amministrazione, posti a base dell'attività della Pubblica Amministrazione dall'articolo 97 e dalla legge n. 241 del 1990 articoli 1, 2 bis e 29, oltre alla lesione dei diritti inviolabili della persona secondo l'articolo 2 della Costituzione.

Il danno all'immagine subito dal ricorrente a causa dell'esecuzione avvenuta nel suo studio legale è senza dubbio grave essendo avvenuta per di più davanti alla figlia ed ai dipendenti.

In conclusione se il fisco lede un interesse costituzionalmente garantito deve sempre risarcire il contribuente, indipendentemente dal reato.

Nicola Laudisio

Assistenza e rimborso spese legali agli amministratori degli enti locali.

Corte di Cassazione, I Sezione Civile, sentenza 24 maggio 2010, n. 12645.

È stato più volte sollevato il problema se il rimborso delle spese legali sostenute in un giudizio penale o civile in conseguenza di fatti ed atti direttamente connessi all'esercizio ed a causa della pubblica funzione ricoperta, conclusosi con una sentenza di assoluzione piena e sempre che non vi sia stato conflitto di interessi con l'amministrazione di appartenenza, compete anche agli amministratori degli enti locali in assenza di una specifica normativa.

L'articolo 28 del contratto integrativo di lavoro

del personale degli enti locali del 14 settembre 2000 ha espressamente previsto che: "l'ente anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento".

Tale disposizione si applica anche a dirigenti degli enti locali ex articolo 12, comma 3, C.C.N.L. della dirigenza per il biennio 1° gennaio 2000-31 dicembre 2001 ed ai segretari comunali e provinciali, in virtù del rapporto funzionale che lega questi ultimi all'ente (C. di S., Sezione IV, sentenza n. 8750, del 24 dicembre 2009).

Al riguardo una parte della giurisprudenza è dell'avviso che le norme contrattuali citate, previste per i dipendenti e i dirigenti degli enti locali siano da ritenere estensibili anche agli amministratori, atteso il loro status di pubblici funzionari, purché non sussista conflitto di interessi con la stessa amministrazione (cfr., ex multis, C. di S., Sezione V, 17 luglio 2001, n. 3946; Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 19 ottobre 2005, n. 641; C. di S., Sezione VI, 2 agosto 2004, n. 5367; C. di S., Sezione V, 7 novembre 2007, n. 5786; Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 245 del 5 aprile 2012).

Si configurerebbe nel merito una interpretazione estensiva ed analogica del principio della tutela giudiziaria riconosciuta dalle varie norme contrattuali ai dipendenti degli enti locali anche agli amministratori pubblici, considerata la natura di pubblica funzione a quest'ultimi riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza (Corte dei Conti, Sezione riun., 18 giugno 1986, n. 501/A; Corte dei Conti, Sezione I, 12 febbraio 1977, n. 21; Corte dei Conti, Sezione giur., Regione Abruzzo, 17 maggio 2004, n. 428).

A sostegno di tale tesi è stata ipotizzata l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'amministratore e l'ente che non necessariamente deve scaturire da un rapporto di lavoro subordinato bensì come diretta conseguenza dell'avvenuta elezione negli organi di governo locale.

Lo stesso Ministero dell'interno, a risposta ai vari quesiti posti per il passato, ha costantemente ribadito che il principio istituito dall'articolo 16 del D.P.R. n. 191 del 1979 (oggi articolo 28 del contratto integrativo di lavoro del personale degli enti locali del 14 settembre 2000) oltre che ai dipendenti degli enti locali è applicabile anche

agli amministratori comunali e provinciali (pur in mancanza di una norma espressa in tal senso) ai quali può essere liquidato legittimamente il rimborso delle spese sostenute in un procedimento penale o civile per i fatti verificatisi nell'esercizio ed a causa della pubblica funzione e risoltisi in loro favore (Ministero dell'interno: quesito prot. n. 2970 del 5 aprile 1994; risoluzione 30 settembre 1995, prot. n. 15900/1-bis/10/B/1-A; quesito prot. n. 15900/1-bis/10/B/1/A del 19 marzo 1999; risoluzione del 4 aprile 2000, prot. n. 15900/10/B/1/A; nota prot. n. 15900/10/B/1-A11 del 3 luglio 2000; quesito prot. n. 15900/10/B/1/A del 6 aprile 2004; quesito prot. n. 15900/10/B/1/A del 28 giugno 2007).

La tesi dell'interpretazione analogica delle norme contrattuali previste per i dipendenti degli enti locali troverebbe un'ulteriore conferma dalla esistenza di disposizioni di carattere primario per i dipendenti statali quali l'articolo 18 della legge 23 maggio 1997, n. 135 che esplicitamente così recita: "le spese legali relative ai giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa promossi nei confronti dei dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti e atti connessi con l'espletamento del servizio e con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'avvocatura dello stato". È stato ritenuto che, più che seguire il criterio soggettivo, con riferimento alle distinte categorie, deve essere seguito quello oggettivo, che richiama l'attenzione sul rapporto organico che lega all'ente sia i dipendenti che gli amministratori, rapporto che evidenzia indubbiamente l'analogia delle situazioni e giustifica, quindi, l'estensione della disciplina contrattuale agli amministratori locali. Sia i dipendenti che gli amministratori locali vengono chiamati a rispondere in ragione di un rapporto organico che li lega all'ente, rapporto che, a prescindere dalla relativa natura, li pone su un piano di immedesimazione organica che non giustificerebbe una diversità di trattamento. Gli amministratori degli enti locali hanno diritto al rimborso delle spese legali sostenute in procedimenti subiti a causa dell'esercizio delle loro funzioni, qualora abbiano operato legittimamente e ove tale legittimità sia stata riconosciuta e dichiarata con sentenza (T.A.R. Abruzzo-Pescara, 3 giugno 2000, n. 438).

Altra parte della giurisprudenza (C. di S., Sezione V, 14 aprile 2000, n. 2242; Corte dei Conti, Sezione giur. Liguria, 13 ottobre 2008, n. 580), ritiene invece che in mancanza di una disposizione specifica che regoli i rapporti patrimoniali tra ente locale ed amministratori, con parti-

colare riferimento all'eventuale obbligo dell'ente di tenere indenni gli amministratori dalle spese processuali in giudizi penali e civili concernenti imputazioni oggettivamente connesse all'espletamento dell'incarico, potrebbe assumere particolare rilievo la disposizione contenuta nell'articolo 1720 del c.c., secondo la quale il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni, con gli interessi legali, dal giorno in cui sono state fatte, e deve pagargli il compenso che gli spetta e risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa e non in occasione dell'incarico.

Ne consegue che in assenza di una specifica norma che preveda il rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori degli enti locali in ragione del loro mandato, si potrebbe fare ricorso al meccanismo interpretativo previsto dall'articolo 12 delle disposizioni preliminari sulla legge in generale che regolano casi simili o analoghi (c.d. analogia legis).

Lo stesso Ministero dell'interno, con risoluzione prot. n. 15900/10/B/1/A del 12 luglio 2002, uniformandosi a tale orientamento del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ha ritenuto praticabile la rifusione delle spese legali sostenute dagli amministratori se gli atti o i fatti dedotti in giudizio siano stati posti in essere nell'espletamento del mandato o del servizio ed a condizione che, riconosciuta l'assenza di dolo o colpa grave, il procedimento si sia concluso con una sentenza di assoluzione con formula piena, passata in giudicato, dopo aver preventivamente accertato che non sussista alcun conflitto di interesse e che si ravvisi il nesso di causalità necessaria tra l'adempimento del mandato e la perdita pecuniaria.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 12645 del 2010 ha ritenuto "ex adverso" non pertinente il richiamo all'analogia con la disciplina dettata per i dipendenti degli enti locali, richiamo che risulta correttamente evocabile solo quando emerga un vuoto normativo nell'ordinamento, vuoto che nella specie trattata non è configurabile, atteso che il legislatore si è limitato a dettare una diversa disciplina per due situazioni non identiche fra loro, e la detta diversità non appare priva di razionalità atteso che gli amministratori pubblici non sono dipendenti dell'ente ma sono eletti dai cittadini, ai quali rispondono (e quindi non all'ente) del loro operato. Tale interpretazione conferma un analogo orientamento già espresso in precedenza dalla stessa Corte di Cassazione (Sezione I civ., 23 aprile 2002, n. 5914) nel ritenere che i contratti di lavoro che prevedono, in presenza di determinate condizioni, l'assunzione a carico dell'ente locale delle spese processuali relative a giudizi di responsabilità civile o penale promossi nei confronti dei dipendenti, si limitano

semplicemente ad approvare il trattamento economico e normativo del personale degli enti locali, concordato con appositi accordi collettivi dal Governo e dalle rappresentanze sindacali. Di conseguenza, essendo privi di forza di legge, devono essere interpretati attraverso i criteri di ermeneutica negoziale fissati dagli articoli 1362 e seguenti del c.c., con esclusione di qualsiasi applicazione in via analogica agli amministratori dell'ente locale, la cui attività non viene svolta nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato o a esso assimilabile.

Allo stesso modo la Corte Costituzionale con sentenza n. 197 del 16 giugno 2000 ha ritenuto non sussistenti i presupposti per una interpretazione analogica della norma che prevede il diritto all'assistenza legale per i dipendenti che siano soggetti a procedimenti di responsabilità civile o penale in conseguenza di fatti o atti connessi all'espletamento del servizio e dei compiti di ufficio agli amministratori locali per fatti e atti connessi all'esercizio delle loro funzioni in quanto le due figure (dipendente ed amministratore), pur essendo assimilabili e vicine, sono pur sempre caratterizzate da un elemento differenziale che è riscontrabile nel rapporto di subordinazione.

L'immedesimazione organica dell'amministratore con l'ente, a differenza del dipendente, si basa su un rapporto, variamente configurato in dottrina, ma che comunque non è di lavoro subordinato. La Corte di Cassazione, nello specifico, sempre con la richiamata sentenza n. 12645/2010, ha ritenuto poi che la infondatezza del primo motivo del ricorso (applicazione per analogia della disciplina dettata per i dipendenti degli enti locali), avrebbe di fatto determinato l'assorbimento anche del secondo motivo sulla inosservanza della disciplina in tema di mandato.

La Suprema Corte, nell'esame del caso specifico oggetto della impugnazione, ha ritenuto non applicabile il ricorso dall'articolo 1720 c.c. sia perché il danno risarcibile avrebbe richiesto come presupposto un comportamento incolpevole, in ordine al quale, peraltro, i ricorrenti nulla avevano dedotto (la richiesta del rimborso era stata formulata sulla base del semplice dato della corresponsione delle spese legali), sia perché le spese di difesa non erano legate all'esecuzione del mandato da un nesso di causalità diretta, collocandosi fra i due fatti un elemento intermedio, dato dalla elevazione di un'accusa poi rilevata infondata.

Ed è propria questa seconda argomentazione della Suprema Corte che, a nostro sommesso avviso, non escludendo aprioristicamente l'applicabilità in linea di principio della disciplina interna di mandato, consente di sostenere la legittimità del rimborso delle spese legali agli amministra-

tori locali incolpevolmente coinvolti da vicende giuridiche per fatti connessi all'espletamento del mandato pubblico, e successivamente assolti, a condizione che venga preliminarmente accertata la sussistenza di determinate condizioni.

Non è superfluo evidenziare che nel nostro ordinamento vige il principio fondamentale secondo il quale chi agisce per conto di altri, in quanto legittimamente investito dal compito di realizzare interessi estranei alla sfera personale, non deve sopportare gli effettivi svantaggi del proprio operato, ma deve essere tenuto indenne dalle conseguenze economiche subite per la "fedele" esecuzione dell'incarico ricevuto.

Il rimborso delle spese di patrocinio legale riconosciuto spettante ai dipendenti pubblici per fatti connessi all'espletamento dei compiti di ufficio, in quanto espressione del suo individuato principio generale, come tale di immediata precettività, non può essere circoscritto ad alcuni soggetti ed escluso per altri, ad esempio gli "amministratori pubblici" (Corte dei Conti, Sezione II giur. Appello, sentenza n. 522 del 22 dicembre 2010). Tale orientamento sembra ancor più suffragato sempre dalla Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio che con deliberazione n. 37 del 22 marzo 2011, chiamata ad esprimere una valutazione in ordine al contenuto della sentenza n. 12645 del 24 maggio 2010 della Sezione prima civile della Corte Suprema di Cassazione, pur dichiarando inammissibile la richiesta di parere avanzata nel merito, ha ritenuto comunque di non poter "ignorare la novità delle argomentazioni espresse, per la prima volta, nella richiamata decisione; essa, comunque, va ad innestarsi in un quadro normativo di riferimento non certo organico e caratterizzato dalla presenza di numerose pronunzie della giurisprudenza civile, amministrativa e contabile, di segno che si dimostra non facilmente riconducibile ad omogeneità e a coerenza decisionale".

Ciò nonostante i giudici contabili ritengono "utile richiamare l'attenzione, in termini generali, e senza alcun riferimento alla fattispecie dedotta in esame, che per orientamento precedente (Cass. SS.UU. n. 10680/1994; Corte dei Conti, Sezione giur. Reg. Lombardia 19 ottobre 2005, n. 641; Sezione giur. reg. Abruzzo n. 274/2005 e n. 294/2003; da ultimo, C.G.A., Sicilia in sede giurisdizionale, sentenza n. 316 del 2011) il rimborso delle spese sostenute da amministratori e dipendenti di enti locali per la difesa nell'ambito di un giudizio penale deve risultare subordinato ai seguenti presupposti:

1) che si debba trattare di un giudizio per atti o fatti strettamente connessi all'espletamento di attività istituzionale, cioè riconducibile al rappor-

to di servizio;

2) che, in caso di proscioglimento con formule diverse da quelle escludenti la materialità dei fatti (il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso), non debba sussistere in concreto alcun conflitto di interessi con l'ente;

3) che, ove richiesto "ex post", cioè agli esiti dei giudizi stessi, la spesa debba essere corrispondente ai parametri di obiettiva congruità".

In concreto le condizioni che devono sussistere affinché l'ente possa legittimamente disporre il rimborso delle spese legali ai propri amministratori coinvolti in procedimenti civili e penali possono essere così individuati.

La prima condizione da verificare per il rimborso delle spese legali è che le stesse siano state sostenute a causa e non semplicemente in occasione dell'incarico. Il rimborso previsto dall'articolo 1720, comma 2, c.c., concerne solo le spese sostenute dal mandatario in stretta dipendenza dall'adempimento dei propri obblighi. Più esattamente esso si riferisce alle sole spese effettuate per l'espletamento di attività che il mandante ha il potere di esigere. Perciò il legislatore del 1942 ha sostituito l'espressione "a causa" con quella "in occasione dell'incarico", contenuta nell'articolo 1754 c.c. 1865. In tal modo il legislatore si è riferito a spese che, per la loro natura, si collegano necessariamente all'esecuzione dell'incarico conferito, nel senso che rappresentano il rischio inerente alla esecuzione dell'incarico (parere del Ministero dell'interno del 14 aprile 2011).

Il mandatario può pretendere il rimborso delle spese legali solamente se venga ravvisato il nesso di causalità necessario tra l'adempimento del mandato e la perdita pecuniaria (Corte di Cassazione, Sezione I Civ., sentenza n. 10052 del 20 dicembre 2007, depositata il 16 aprile 2008).

Ne consegue che alcun rimborso delle spese legali sostenute è ammissibile quando l'azione penale contro il mandatario sia stata attivata da una terza persona, pubblica o privata, anche se l'accusa successivamente si sia rivelata infondata, come nel caso oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12645 del 2010, giacché in tal caso la necessità di effettuare le spese di difesa non si pone in nesso di causalità diretta con l'esecuzione del mandato.

La seconda condizione necessaria per la refusione delle spese legali è che non si riscontri alcun conflitto di interessi tra l'amministratore o il dipendente inquisito e l'ente di appartenenza (Corte dei Conti, Sezione giur. reg. Liguria, 13 ottobre 2008, n. 580).

Tale accertamento non può che compiersi successivamente all'esito del giudizio; non è possibile che possa essere valutato in astratto ed ex ante,

ma deve essere preso in considerazione in concreto, a conclusione del processo, tenuto conto dell'istruttoria e del conseguente giudizio.

Il contrasto di interessi tra l'attività dell'amministrazione e quella posta in essere dal singolo dipendente o amministratore nello specifico adempimento dei compiti di ufficio o nell'assolvimento dell'incarico istituzionale, si concretizza quando gli imputati, avendo agito con dolo o colpa grave, si pongano in una posizione che collide con gli interessi dell'amministrazione locale, avendo sacrificato gli interessi generali a favore di quelli privati.

La terza condizione la si rinviene nella pronuncia da parte del giudice di una sentenza di assoluzione che accerti l'inesistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave negli atti posti in essere dall'amministratore o dal dipendente.

La carenza di contrasto di interessi, richiesta quale seconda condizione, trae certa conferma dalla formulazione di una sentenza assolutoria che, in quanto tale, esclude la condotta lesiva dell'amministratore o del dipendente nei confronti dell'ente. Non assume particolare rilevanza la causa per la quale il giudice abbia pronunciato una sentenza di assoluzione, quando sia stato accertato che il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato (articolo 530 c.p.p., comma 1). L'assoluzione con tali formule è da considerare quella maggiormente favorevole e liberatoria per l'imputato in quanto viene escluso in modo netto e categorico il nesso di causalità tra l'azione e l'evento.

Diversamente in caso di una sentenza di assoluzione quando manca, o è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato sia stato commesso da persona imputabile (articolo 530 c.p.p., comma 2): in tale ipotesi non è ammissibile la refusione diretta delle spese legali, senza avere prima accertato l'assenza dell'elemento soggettivo del dolo e colpa grave.

Di parere opposto il Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 1713, del 21 marzo 2011, che ritiene entrambi le ipotesi assolutorie previste dall'articolo 530 c.p.p., primo e secondo comma, di pieno proscioglimento dell'imputato, essendo stata espunta la formula assolutoria del Codice di procedura penale previgente (articolo 479, comma terzo) che, in assenza di prove sufficienti per pervenire alla condanna, prevedeva l'assoluzione per insufficienza di prove.

In presenza di una sentenza che nega la responsabilità agli effetti penali dell'imputato, sussiste il diritto alla misura indennitaria, in quanto non

sarebbe configurabile una discriminazione fra le diverse ipotesi di formule assolutorie prefigurate dall'articolo 530 c.p.p., con l'assegnazione all'amministrazione di un'area di discrezionalità che le consenta di sovrapporsi e sostituirsi a quella effettiva del giudice a quo.

Accedere all'opposta tesi significherebbe consentire, secondo il Consiglio di Stato, muovendo dalla sentenza assolutoria, una riedizione in sede amministrativa del giudizio sull'ascrivibilità o meno all'imputato del fatto reato per il quale è stata già esercitata l'azione penale dando, quindi, luogo ad una rinnovata valutazione nel merito degli estremi di responsabilità.

Altra ipotesi, una "sentenza di non luogo a procedere" di cui agli articoli 425 e ss. c.p.p.

Illuminante al riguardo la deliberazione n. 245 del 5 aprile 2012 della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto.

"L'orientamento giurisprudenziale prevalente (cfr. Cass. Pen., Sezione IV, n. 11582/2010; Cass. Pen., Sezione VI, n. 10803/2011; Cass. Pen., Sezione IV, n. 39271/2011) riconosce a tale sentenza natura prevalentemente processuale e non di merito, non essendo diretta ad accertare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, ma avendo essenzialmente lo scopo di evitare che giungano alla fase del giudizio vicende in relazione alle quali emerga l'evidente infondatezza dell'accusa. L'oggetto processuale della decisione di non luogo a procedere sarebbe, quindi, l'opportunità del passaggio alla fase dibattimentale. Ciò non esclude che il giudice dell'udienza preliminare, nel suo accertamento, deve necessariamente procedere ad una valutazione di merito per compiere un accertamento di natura processuale. Questa "incursione nel merito" intaccherebbe la natura processuale della pronuncia, connotandola in maniera singolare".

"Nell'accertamento sia pure sommario che il GUP è chiamato ad effettuare, è compresa anche la possibilità di applicare le circostanze attenuanti e di compiere il giudizio di bilanciamento di cui all'articolo 69 c.p. (articolo 425, comma 2, c.p.p.). A questi fini, quindi, il giudice dovrà tenere conto dei parametri indicati dall'articolo 133 c.p., tra cui la gravità del danno cagionato alla persona, l'intensità del dolo o il grado della colpa; questo implica una serie di valutazioni che presuppongono un giudizio di responsabilità in capo all'imputato e sembrano, pertanto, contrastare con la natura processuale della pronuncia in questione". "Il Collegio ritiene pertanto che la circostanza che sia stata emessa una sentenza di non luogo a procedere, nonostante la sua natura preminentemente processuale che le impedirebbe di escludere giudizialmente la responsabilità dell'imputato

per dolo o colpa grave, non rende, di per sé, legittimo il diniego del diritto al rimborso delle spese processuali sostenute dal dipendente (amministratore)".

"Deve pertanto essere rimesso al prudente apprezzamento della singola amministrazione valutare se, nel caso concreto, ricorrono i presupposti sopra evidenziati, per poter precedere al rimborso delle spese legali nei termini previsti dalla legge".

È da escludere, comunque, la refusione delle spese legali nella ipotesi di una sentenza di proscioglimento dell'imputato per prescrizione (C. di S., Sezione IV, 7 marzo 2005, n. 913; Corte dei Conti, Sezione controllo Lombardia, parere n. 56 del 14 gennaio 2010) in quanto trattasi di una causa di estinzione del reato che ha come presupposto il decorso del tempo (articoli 157-161 c.p.); per amnistia (articolo 151 c.p.); per i giudizi conclusi con decreto di archiviazione (articolo 410, comma 2, c.p.p.) in quanto non si determina un accertamento negativo di responsabilità e non è quindi idonea ad escludere un conflitto di interessi tra il presunto responsabile e l'ente danneggiato (Corte dei Conti, Sezione giur., Umbria, 24 ottobre-5 dicembre 2001, n. 523/E1/01); per remissione della querela (articolo 340 c.p.) che intervenendo prima del pronunciamento del giudicato ed estinguendo il reato non consente di verificare l'assenza del dolo o colpa grave; con sentenza di patteggiamento ex articolo 444 c.p.p. in quanto non è possibile accertare la piena estraneità dei fatti contestati al soggetto sottoposto a giudizio.

È da escludere il rimborso delle spese legali anche nella ipotesi in cui l'ente si sia costituito parte civile, in quanto appare del tutto evidente la sussistenza di fatto di un conflitto di interesse tra le parti (Corte di Cass., Sezione lavoro, 17 settembre 2002, n. 13624), o nel caso in cui il procedimento penale sia stato avviato a seguito dell'invio degli atti alla Procura della Repubblica da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Ma non è sufficiente la sola assoluzione piena dell'imputato per avere diritto al rimborso delle spese legali sostenute. Se per gli amministratori il fondamento dell'ammissibilità al ricorso è rinvenibile nell'applicazione dell'articolo 1720, comma 2, c.c. (mandato), bisogna allora tenere conto anche del disposto dell'articolo 1710 del c.c. laddove è previsto che il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia, cioè "con quella diligenza che è lecito attendersi da qualunque soggetto di media avvedutezza e accortezza, memore dei propri impegni, cosciente delle relative responsabilità" (Corte di Cass., 23 dicembre 2003, n. 19778).

Necessita, quindi, che venga dall'ente accertato

che la decisione di assoluzione coincida con una piena valutazione di esclusione di responsabilità da parte dell'amministratore, nel rispetto del canone ermeneutico in base al quale il dispositivo della sentenza va letto ed integrato con il contenuto della motivazione.

Una condotta non sanzionabile penalmente può dar luogo ad un conflitto di interesse se posta in essere in violazione delle norme che regolamentano l'azione amministrativa (responsabilità di tipo disciplinare o amministrativo, per mancanze attinenti al compimento di doveri dell'ufficio), la cui osservanza viene valutata dall'ordinamento come necessaria, o comunque come la più idonea, per il perseguimento dell'interesse pubblico (Corte dei Conti, Sezione reg. Campania, sentenza n. 1139, del 30 settembre 2003).

Ne consegue che l'amministrazione non sarà tenuta a rimborsare le spese legali sostenute dall'amministratore, pur in presenza di una sentenza di assoluzione piena e liberatoria, laddove dovesse accertare che quest'ultimo non si sia comportato con la dovuta diligenza disattendendo nella sua azione ogni necessaria forma di cautela.

Ed è questo accertamento, estremamente delicato e complesso, che viene quasi sistematicamente omesso dalla pubblica amministrazione, mentre, al contrario, dovrebbe essere esaustivamente evidenziato e motivato nel provvedimento di riconoscimento della legittimità del rimborso delle spese legali.

Quarta ed ultima condizione necessaria per aver diritto alle spese legali sostenute è che il legale, che dovrà assumere la difesa dell'amministratore, con relativo onere a carico dell'ente locale, sia di "comune gradimento" di entrambe le parti, così come per i dipendenti dell'ente locale, ex articolo 28 C.C.N.L.

La ratio della norma vuole escludere ogni automatismo all'accollo delle spese legali in capo all'ente e valorizzare, al contrario, la valutazione dell'amministrazione anche in ordine all'incarico fiduciario del legale (che comporta la correlativa condivisione della strategia difensiva), proprio perché gli interessi in gioco da tutelare non sono esclusivi del dipendente/amministratore ma coinvolgono anche l'ente di appartenenza (C. di S., Sezione V, 12 febbraio 2007, n. 552).

Deve quindi ritenersi escluso che il rimborso delle spese legali a carico dell'ente possa avvenire a seguito di una scelta del tutto autonoma e personale del dipendente/amministratore del proprio difensore, senza che sia stata data la possibilità all'amministrazione di essere coinvolta nelle decisioni inerenti il patrocinio legale (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere n. 1000/2009 del 12 novembre 2009).

Né da diritto al rimborso delle spese legali sostenute la sola comunicazione all'ente del nominativo del difensore, senza che l'amministrazione abbia fornito nel merito alcun riscontro, o, peggio ancora, se tale comunicazione sia stata effettuata a procedimento concluso, unitamente alla richiesta del rimborso delle spese legali.

Diversa la ipotesi in cui la scelta del difensore non sia stata sottoposta al vaglio di gradimento dell'ente di appartenenza per la sussistenza di un conflitto di interessi al momento del giudizio.

Sempre la Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, con la citata deliberazione n. 245 del 2012, ha ritenuto ammissibile il c.d. "rimborso postumo" in caso di proscioglimento del dipendente/amministratore, a condizione che l'amministrazione di appartenenza verifichi, all'esito del procedimento (in questo senso "ex post") che non sussiste un conflitto di interessi tra l'attività istituzionale dell'ente e la condotta del dipendente/amministratore.

"Il diritto al rimborso delle spese sostenute in un giudizio penale... non può essere escluso dalla circostanza che il Comune non abbia preventivamente espresso il proprio assenso nella scelta del difensore da parte dell'interessato (T.A.R. Veneto, n. 1505 del 5 ottobre 1999)".

La scelta del difensore deve avvenire preventivamente e concordemente tra le parti anche al fine di consentire all'ente la predisposizione della necessaria copertura finanziaria della spesa, non essendo possibile, in caso contrario, allocare a posteriori, tra i debiti fuori bilancio i costi derivanti dal rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori o dipendenti degli enti locali per un procedimento civile o penale incardinato a loro carico senza averne fatto preventivamente partecipare l'amministrazione di appartenenza. Resta inteso che intervenendo una condanna definitiva per fatti caratterizzati da dolo o colpa grave, l'ente sarà tenuto a ripetere dall'amministratore o dipendente tutte le spese sostenute per la sua difesa in ogni grado di giudizio.

Nell'ipotesi in cui venga disposta la liquidazione delle spese in sede giudiziale e le stesse vengano rifiutate dalla parte soccombente, l'eventuale pagamento delle spese legali in misura maggiore rispetto alla quantificazione contenuta nella sentenza, maggiorazione eventualmente dovuta alle autonome scelte difensive dell'amministratore o dipendente operate in aggiunta all'attività difensiva già posta in essere dall'amministrazione, attiene al rapporto interno tra il difensore e il soggetto che gli ha conferito l'incarico, con la conseguenza che spetta all'ente conferente l'incarico al difensore, nell'ambito della propria autonomia gestionale e di contabilità, valutare l'onere

aggiuntivo con riferimento agli accordi intervenuti in sede di conferimento dell'incarico e avuto riguardo ai canoni della buona gestione finanziaria (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 12 settembre 2008, n. 64).

Al contrario, nel caso in cui le maggiori spese siano conseguenti alle autonome scelte difensive operate dall'amministratore o dipendente senza che siano state condivise preventivamente dall'amministrazione e senza che l'amministrazione ne sia stata coinvolta, esse devono ritenersi a totale carico dell'amministratore o dipendente stesso (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere n. 1000 del 12 novembre 2009).

Al contrario, nel caso in cui le maggiori spese siano conseguenti alle autonome scelte difensive operate dall'amministratore o dipendente senza che siano state condivise preventivamente dall'amministrazione e senza che l'amministrazione ne sia stata coinvolta, esse devono ritenersi a totale carico dell'amministratore o dipendente stesso (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere n. 1000 del 12 novembre 2009).

Nella ipotesi innanzi avanzata che il difensore non sia stato scelto con il gradimento dell'ente di appartenenza, l'amministrazione non è più tenuta "ad un rimborso pieno della parcella, specie quando la stessa contenga importi superiori a quelli previsti dalle tabelle professionali. Infatti la partecipazione dell'ente alla scelta del legale, avrebbe potuto indirizzare la stessa verso un professionista che avesse assunto l'impegno di mantenersi nei limiti di dette tabelle. Si ritiene, pertanto, che l'amministrazione in assenza della preventiva intesa, possa ridurre il rimborso alla parte della spesa che la stessa avrebbe assunto ove la scelta fosse stata concordata" (circolare Ministero dell'interno 30 maggio 2003, 16.59).

È stato posto il problema se siano rimborsabili le spese legali per l'assunzione di un secondo difensore da parte dell'amministratore o del dipendente imputati.

Dalla formulazione della norma contrattuale ex articolo 28 sembra evincersi abbastanza chiaramente che l'onere della spesa debba riguardare un solo legale. Pur tuttavia non può disconoscersi che l'articolo 96, comma 1, c.p.p., consente all'imputato di poter nominare non più di due difensori di fiducia, riconoscendogli in tal modo un potere di nomina cumulativo. Ne consegue che al principio contrattuale di carattere generale di nomina di un unico legale di comune gradimento dell'imputato e dell'ente possa legittimamente derogarsi in caso in cui, per la particolarità del procedimento, si renda necessario l'intervento di

un secondo difensore in possesso di specifiche cognizioni tecniche risolutive ai fini della conduzione della difesa. Solamente in tal caso l'ente sarà tenuto ad assumere l'onere della spesa anche per il secondo legale, sempre che ovviamente gli sia stato richiesto, ne abbia condiviso l'esigenza e salvo che le norme statutarie e regolamentari interne non prevedano diversamente (Ministero dell'interno, Direzione generale dell'amministrazione civile, Risoluzione 18 aprile 2000, prot. n. 15700/5C10/3340).

Al rimborso delle spese legali provvede l'ente a seguito di espressa richiesta scritta dell'amministratore o del dipendente con allegati:

1) sentenza o provvedimento definitivo che escluda la responsabilità dell'amministratore o del dipendente per i fatti e gli atti contestatigli, in originale o in copia conforme. Per quanto attiene le sentenze e i provvedimenti del giudice penale occorre chiedere alla competente cancelleria l'apposizione sull'atto della dichiarazione definitiva (sentenza passata in giudicato e/o non soggetta ad impugnazione);

2) parcella analitica quietanzata, sottoscritta dal legale che ha curato la difesa.

L'Ente non è vincolato al parere espresso sulla parcella dal competente organo professionale, costituendo tale strumento un mero controllo sulla rispondenza delle voci indicate in parcella a quelle previste dalla tariffa, ma che non avvalora in alcun modo i criteri assunti dal professionista per individuare il valore della controversia e determinarne l'importanza (Cass. Civ., Sezione II, 30 gennaio 1997, n. 932).

In attesa delle nuove regole sancite dall'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, l'ente potrà comunque fare riferimento, ai fini della verifica della congruità della parcella da rimborsare, al D.M. 8 aprile 2004, n. 127 (G.U. 18 maggio 2004, n. 115) con il quale è stato approvato il regolamento per la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati per le prestazioni giudiziali in materia civile, amministrativa, tributaria e penale e stragiudiziali, tenuto conto delle effettive e certificate attività legali espletate nel procedimento penale, civile, contabile a carico conclusosi con esito favorevole (Corte dei Conti, Sezione reg. controllo per il Veneto, delib. n. 245 del 5 aprile 2012).

Non è ammissibile una richiesta di rimborso delle spese legali avanzate direttamente da parte del difensore in quanto il rapporto contrattuale intercorre tra l'amministratore o l'imputato assolto ed il difensore. L'orientamento fino ad oggi "favorevole" del Ministero dell'interno al rimborso delle spese legali sostenute dagli ammi-

nistratori degli enti locali in procedimenti penali e civili, in questi ultimi tempi appare meno convinto rispetto al passato, tenuto conto di una lettura "poco attenta" della recente decisione n. 12645 del 24 maggio 2010 della Corte Suprema di Cassazione.

In estrema sintesi, si può comunque ritenere che legittimamente un amministratore locale ha diritto al rimborso delle spese legali sostenute allorquando venga accertata la sussistenza delle seguenti condizioni:

1) le spese siano state sostenute "a causa" e non semplicemente "in occasione" dell'incarico, ovvero sia rappresentino il rischio inerente l'esecuzione del mandato. Ne consegue che alcun rimborso è dovuto qualora l'accusa, seppur successivamente rilevata infondata, sia stata portata da una terza persona, pubblica o privata, in quanto non sarebbe ravvisabile in tale ipotesi il nesso di causalità necessaria tra l'adempimento del mandato e la perdita pecuniaria (Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Civ., sentenza n. 10052 del 20 dicembre 2007);

2) vi sia stata una sentenza definitiva che abbia escluso la responsabilità dell'amministratore nel merito dalle imputazioni contestate;

3) la mancanza di un "conflitto di interessi" con l'ente, suffragata da una sentenza di assoluzione che accerti la inesistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave negli atti posti in essere dall'amministratore (articolo 530 c.p.p.);

4) la scelta preventiva e concordata del difensore tra le parti, ente ed amministratore (C.d.S., Sezione V, sentenza n. 552 del 12 febbraio 2007). Per i provvedimenti avanti alla Corte dei Conti, l'articolo 3, comma 2 bis, decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639 ("Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei Conti") prevede che in caso di definitivo proscioglimento per mancanza di dolo o colpa grave o di illecito arricchimento le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei Conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza.

Per soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei Conti devono intendersi, senza distinzione alcuna, sia i dipendenti che gli amministratori dell'ente. Non sono rimborsabili al contrario le spese legali sostenute nella fase pre-processuale (il soggetto destinatario di un "invito a dedurre", al quale ha fatto seguito un provvedimento di archiviazione disposto dal pubblico ministero contabile), in quanto non trattasi di una fase decisoria con il definitivo proscioglimento del dipendente/amministratore sottoposto a giudizio (cfr. Corte dei Conti, Sezione giur. Puglia, 22 settembre 2002, n. 676; Corte dei Conti, Sezione giur.

Marche, 20 agosto 2009, n. 236).

La riferita norma si ispira ad un maggiore rigore, rispetto a quelle che disciplinano le analoghe spese nei giudizi civili e/o penali, prevedendo il solo "rimborso" delle spese stesse, quali sostenute dal convenuto, e non già anche il diretto coinvolgimento dell'ente danneggiato, magari anche facendo assistere l'amministratore o dipendente da un legale di comune gradimento. Ciò in quanto si registra un immanente contrasto di interessi che, ex ante, caratterizza la responsabilità amministrativa-contabile nel rapporto risarcitorio che si instaura tra l'ente danneggiato e il dipendente o amministratore che il danno stesso ha provocato. Il rimborso delle spese legali agli amministratori sottoposti a giudizio della Corte sarà possibile solamente in presenza di una sentenza del giudice contabile di "definitivo proscioglimento", ovvero sia accertamento della inesistenza della responsabilità amministrativa, non essendo sufficiente il decreto di archiviazione della Procura o che il giudizio contabile si sia concluso per la improcedibilità dell'azione, per la prescrizione o con sentenza definitiva per estinzione del processo a causa dell'inattività delle parti.

Il rimborso delle spese legali è consentito, quindi, solamente in presenza di sentenze assolutorie che escludono totalmente la responsabilità degli amministratori-convenuti sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

L'articolo 10 bis, comma 10, decreto legge n. 203 del 30 settembre 2005, convertito dalla legge n. 248 del 2005, di interpretazione autentica dell'articolo 3, comma 2 bis, del d.l. n. 543 del 1996, convertito con modificazioni dalla legge n. 639 del 1996, sancisce che "il giudice contabile, in caso di proscioglimento nel merito, e con la sentenza che definisce il giudizio, ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 91 del c.p.c., liquida l'ammontare degli onorari e dei diritti spettanti alla difesa del prosciolto, fermo restando il parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato da esprimere sulle richieste di rimborso avanzate all'amministrazione di appartenenza".

Angelo Mondelli e Rossella Ugliano

**Delitti contro il patrimonio.
Appropriazione indebita.
Somme trattenute dal datore
di lavoro sulla retribuzione del
dipendente e destinate a terzi
creditori di quest'ultimo.
Omesso versamento.
Conseguenze.**

Nota a sentenza

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 37954 del 25 settembre 2011, depositata il 20 ottobre 2011.

È stata affidata alla Suprema Corte di Cassazione la questione di diritto "se, in caso di cessione di parte della retribuzione dal lavoratore al suo creditore, integri il reato di appropriazione indebita la condotta del datore di lavoro che ometta di versare la quota dovuta al cessionario".

La sentenza impugnata stabiliva che l'imputato era colpevole del reato di appropriazione indebita in quanto quest'ultimo, agendo quale legale rappresentante della s.r.l. C., aveva omesso di versare all'istituto finanziario cessionario di quota del credito da prestazioni lavorative della dipendente U., in forza di atto negoziale notificato e accettato dal debitore, le somme di denaro trattenute a tale titolo dalle retribuzioni erogate alla dipendente. L'appello contrasta tale assunto, sostenendo che il denaro corrispondente alle somme trattenute dal datore di lavoro sullo stipendio della lavoratrice per far fronte al debito di costei, non poteva considerarsi, ancora, di proprietà "altrui". In conclusione il datore di lavoro era divenuto il debitore (ceduto) verso un terzo ed era responsabile di mera inadempienza. La questione quindi deve essere risolta tenendo presente l'articolo 129, secondo comma, Codice penale.

Bisogna ribadire che la problematica presa in esame dalla sentenza era se il mancato versamento delle trattenute operate, in percentuale, dal datore di lavoro sulla retribuzione in vista del versamento alle Casse edili integrasse appropriazione indebita, in altri termini la questione era se configurasse la violazione amministrativa prevista dall'articolo 13 decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758. Prima di suddetta sentenza la Suprema Corte aveva dichiarato che le somme trattenute dal datore di lavoro sulle retribuzioni del dipendente e destinate a terzi per legge, per contratto collettivo, o per ogni altro atto o fatto idoneo a fare sorgere nello stesso datore di lavoro un obbligo giuridico di versare somme per conto del lavoratore, erano parte integrante della retribuzione spettante al lavoratore quale corrispettivo per la prestazione già resa. Si è arrivato alla conclusione che poiché le somme avevano una destinazione precisa esse non "appartenessero" più al datore di lavoro diventando quindi solo una disponibilità precaria. Accanto a questo indirizzo interpretativo vi era un filone giurisprudenziale che l'omesso versamento di somme trattenute per contributi previdenziali e assicurativi, nonché il mancato versamento di detti contributi, oltre il termine di scadenza previsto, integras-



sero il reato di appropriazione indebita. A questi orientamenti si univano altre sentenze come: Sezione 2, n. 463 del 27 febbraio 1970, Marzao, Rv. 115348 e Sezione 2, n. 3528 del 27 settembre 1982. La sentenza in oggetto sottolinea la natura retributiva delle somme trattenute dal datore di lavoro per il versamento alla Cassa edile, di cui si è parlato ampiamente, ma essa marca che il meccanismo previsto per il pagamento alla Cassa da parte del datore di lavoro e il conseguente diritto dei lavoratori ad ottenere da questa la corresponsione delle somme dovute integra una delegazione di pagamento. La Cassa non diviene obbligata nei confronti del lavoratore con il mero sorgere del rapporto di lavoro ma solo il pagamento delle somme dovute, essendo titolare di un diritto di credito direttamente azionabile nel caso in cui il datore di lavoro abbia omesso il versamento delle somme trattenute sulla retribuzione.

Occorre sottolineare che le Casse edili non hanno la stessa natura degli enti di previdenza e di assistenza, perché con la locuzione gestioni previdenziali ed assistenziali il legislatore intendeva riferirsi agli enti di previdenza ed assistenza all'epoca esistenti, quali l'I.N.P.S., l'I.N.A.M., l'I.N.A.I.L. ed altre gestioni speciali autonome. A tal proposito la trattenuta effettuata a favore delle Casse edili non ha natura contributiva previdenziale o assistenziale, è il salario differito che trovava la sua legittimazione in un accordo contrattuale, questo perché le Casse edili non svolgono funzioni previdenziali ed assistenziali ma rappresentano gli intermediari tra datori di lavoro e lavoratori, secondo gli approdi consolidati della giurisprudenza civile di legittimità. Nella sentenza la posizione del datore di lavoro-sostituto d'imposta si sovrappone a quella del datore di lavoro che effettua le trattenute sulle retribuzioni per riversarle

alla Cassa edile e, a maggior ragione, a quella del datore di lavoro che effettua le ritenute dei contributi previdenziali. In tutte queste ipotesi si è in presenza di un accantonamento di una somma determinata di denaro, finalizzata ad un fine determinato, da versarsi ad un terzo alle scadenze stabilite. La caratteristica che accomuna queste ipotesi è l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore la retribuzione al netto di ritenute a vario titolo effettuate, esse sono tutte connotate dalla circostanza che il "denaro oggetto dell'appropriazione è rappresentato da una quota ideale del patrimonio del possessore, indistinta da tutti gli altri beni e rapporti che contribuiscono a costituirlo". In conclusione, la somma trattenuta o ritenuta resta nella esclusiva disponibilità del datore di lavoro-possessore, non solo perché non versata materialmente al lavoratore ma, cosa più importante, che la stessa non può più essere versata. In questi termini le trattenute altro non sono che un'operazione meramente contabile diretta a determinare l'importo della somma che il datore di lavoro è obbligato a versare, in base ad una norma di legge o avente forza di legge, alla scadenza pattuita in conseguenza della corresponsione della retribuzione. Le Sezioni semplici, dopo gli argomenti posti dalla sentenza sopracitata, hanno sottolineato che i principi in essa affermati non si riferivano all'omesso versamento di somme trattenute in vista dell'adempimento di obblighi di natura contributiva, previdenziale e assistenziale, hanno obliterato quanto a chiare lettere affermato in detta sentenza a proposito della comune connotazione alla stregua di somme mai uscite dal patrimonio del datore di lavoro delle trattenute imputabili a debiti retributivi, contributivi o d'imposta; della identica natura di accantonamenti puramente contabili della

registrazione di tali trattenute; delle analoghe conseguenze che se ne dovevano trarre in punto di non configurabilità dell'appropriazione indebita per difetto del requisito dell'altruità degli importi trattenuti, trattandosi di somme non confluite dall'esterno nel patrimonio dell'obbligato con tale vincolo di destinazione, ma in quello sin dall'origine comprese.

La questione interpretativa di cui si è occupata la sentenza Li Calzi viene riproposta alle Sezioni Unite, in particolare viene avanzata l'individuazione della portata normativa del termine "altrui" impiegato nell'articolo 646 Codice penale per definire l'oggetto della "appropriazione indebita" penalmente rilevante posta in essere dal possessore, su denaro o bene infungibile. Occorre rilevare che, mentre parte della dottrina e della giurisprudenza sono concordi sul fatto che il termine possesso è equivalente a quello di detenzione, altra parte ritiene che, mentre il possesso consiste nella autonoma disponibilità della cosa, dove per disponibilità autonoma si intende quando la stessa si svolge al di fuori della diretta vigilanza di colui che abbia sulla cosa un potere giuridico maggiore, per detenzione si intende il potere esercitato da un soggetto sulla cosa nella sfera di vigilanza del possessore, quindi, in questo caso, non si può parlare di impossessamento se non si acquista una "signoria autonoma" sulla cosa sottratta.

La eterogeneità dell'uso della parola stessa è evidente in tutte le disposizioni che si riferiscono ad ipotesi di detenzione o possesso in sé illegali o sanzionati per la provenienza illecita dei beni cui si riferiscono. L'analisi del significato del termine altrui, riferito a bene fungibile posseduto da altri, richiede di considerare altresì le linee di demarcazione tra le varie figure criminose che hanno ad oggetto la tutela del medesimo bene, il patrimonio privato e i profili di corrispondenza con le fattispecie analoghe che concernono il patrimonio pubblico.

La Corte Suprema di Cassazione ribadisce, in conclusione, che "la regola dell'acquisizione per confusione del denaro e delle cose fungibili nel patrimonio di colui che le riceve non opera ai fini della nozione di altruità accolta nell'articolo 646 Codice penale; ma, non ricorrendo alcuna ipotesi di conferimento di denaro ab externo, il mero inadempimento ad opera del datore di lavoro dell'obbligazione di retribuire, con il proprio patrimonio, il dipendente e di far fronte per esso o in sua vece agli obblighi fiscali, retributivi o previdenziali, non integra la nozione di appropriazione di denaro altrui richiesta per la configurazione del delitto di cui all'articolo 646 Codice penale". La condotta di tale reato consiste nell'appropriarsi della cosa mobile altrui, ossia comportarsi

dominus ponendo in essere atti di disposizione volti a dare alla cosa una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che giustificano il possesso, o mediante il rifiuto ingiustificato della restituzione, che sono entrambi indici della volontà di affermazione del dominio sulla cosa posseduta. In definitiva appropriarsi significa comportarsi nei confronti della cosa come se fosse propria: alienandola, dandola in prestito, rifiutandosi di restituirla.

È colpevole quindi del reato di appropriazione indebita colui che, avendo ricevuto una somma di denaro o altro bene fungibile per eseguire o in esecuzione di un impiego vincolato se ne appropriando dandogli destinazione diversa e incompatibile con quella dovuta.

Di conseguenza non può essere ritenuto responsabile di appropriazione indebita colui che non adempia ad obbligazioni pecuniarie cui avrebbe dovuto far fronte con quote del proprio patrimonio non conferite e vincolate a tale scopo. Dopo le sopraindicate considerazioni è possibile affermare: "non integra il reato di appropriazione indebita, ma mero illecito civile, la condotta del datore di lavoro che ha ommesso di versare al cessionario la quota di retribuzione dovuta al lavoratore e da questo ceduta al terzo".

Giuseppina Romano

Idoneità del Decreto di irreperibilità dell'imputato ai fini della notifica del Decreto di citazione a giudizio.

Sezioni Unite Penali, presidente E. Lupo, relatore C. Davigo, sentenza n. 24527 del 24 maggio 2012, depositata il 20 giugno 2012.

Il Decreto di irreperibilità emesso dal pubblico ministero ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'articolo 415 bis c.p.p. conserva efficacia ai fini della notifica del Decreto di citazione a giudizio, salvo che il pubblico ministero effettui ulteriori indagini dopo la notifica del citato avviso. Lo ha stabilito la Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia, a Sezioni Unite, n. 24527 del 24 maggio 2012 depositata in data 20 giugno 2012.

Il caso origina dal ricorso, presentato dall'imputato, avverso la sentenza con la quale la Corte territoriale milanese aveva confermato la condanna, inflitta in primo grado all'imputato, alla pena di anni 1, mesi 8 di reclusione ed euro 500,00 di multa oltre alla misura di sicurezza patrimoniale della confisca e alle pene accessorie nonché al risarcimento del danno e alla refusione delle spese

in favore della parte civile, per i reati di introduzione nello stato e commercio di prodotti con segni contraffatti nonché di ricettazione aggravata. Con il primo motivo di impugnazione, il ricorrente deduceva, ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera c) c.p.p., l'inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità. Secondo l'assunto difensivo, erroneamente la Corte di Appello lombarda aveva rigettato la sollevata eccezione di nullità del Decreto di citazione a giudizio e di tutti gli atti ad esso successivi, ivi compresa la sentenza di primo grado, per violazione delle norme processuali in materia di notificazione del Decreto di citazione a giudizio e di emissione del Decreto di irreperibilità dell'imputato. Nel caso di specie, il Decreto di citazione era stato notificato al prevenuto con le forme previste per gli imputati irreperibili senza che fossero state eseguite le ricerche prescritte dall'articolo 159 c.p.p. e senza che vi fosse stata emissione di un apposito Decreto di irreperibilità, con la conseguenza che il giudizio di primo grado si era svolto in contumacia dell'imputato che non era stato messo in condizione di partecipare al procedimento a suo carico. Sempre secondo il ragionamento difensivo, il Decreto di irreperibilità, emesso dal P.M. per la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex articolo 415 bis c.p.p., rientra tra i provvedimenti che fanno parte "del corso delle indagini" e pertanto aventi efficacia limitata a tale fase, ai sensi dell'articolo 160, comma 1, c.p.p. e non già "a conclusione" delle stesse come argomentato dalla Corte milanese. Solo al Decreto di citazione a giudizio può essere riconosciuto l'effetto della vocatio in iudicium in grado di condurre alla successiva fase dibattimentale. Pertanto dopo l'emissione, da parte del P.M., del Decreto di irreperibilità in occasione della notifica dell'avviso ex articolo 415 bis c.p.p. dovevano essere effettuate nuove ricerche dell'imputato ed emesso un nuovo Decreto di irreperibilità ad hoc. Il ricorso veniva assegnato alla Seconda Sezione Penale che, con ordinanza del 13 gennaio, lo rimetteva alle Sezioni Unite ex articolo 618 c.p.p. per ravvisato contrasto, nella giurisprudenza di legittimità, in ordine alla idoneità del Decreto di irreperibilità emesso dal P.M. per la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari anche ai fini della notifica del Decreto di citazione a giudizio. Secondo un primo orientamento, suffragato da numerose pronunce di legittimità (Sezione 2, n. 29914 del 17 maggio 2007, Manganaro, Rv. 237315; Sezione 2, n. 35078 del 24 maggio 2007 Calcatelli, Rv. 237756; Sezione 2, n. 18576 del 18 marzo 2009, Puglisi, Rv. 244444; Sezione 2, n. 8029 del 9 febbraio 2010, Braho, Rv. 246449; Sezione 2, n. 42957 del 18

novembre 2010, Ambrogi, Rv. 249122; Sezione 5, n. 34828 del 11 luglio 2011, Rv. 250944), la risposta al quesito, posto al vaglio delle Sezioni Unite, sarebbe positiva. Tale indirizzo interpretativo muove dalla considerazione che l'avviso previsto dall'articolo 415 bis c.p.p., pur essendo emesso nei confronti di "persona sottoposta alle indagini", si colloca "oltre la fase di chiusura delle indagini" (Sezione 2, n. 29914 del 17 maggio 2007, Manganaro, Rv. 237315). Sulla stessa linea si è affermato che tramite detto avviso, il P.M. comunica all'indagato la fine delle indagini preliminari con l'avvertimento che «la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria, con facoltà per l'indagato e il difensore di prenderne visione ed estrarne copia». In tale momento, dunque, non sarebbero più "in corso" le indagini preliminari e non potrebbe, pertanto, più farsi riferimento all'articolo 160 c.p.p. che prevede la cessazione di efficacia del Decreto emesso nel corso delle indagini, dal momento che lo stesso viene emesso dopo la conclusione delle attività investigative, di regola, in prossimità temporale al Decreto di citazione a giudizio sicché sarebbe irragionevole richiedere per la notifica del Decreto di citazione, un nuovo Decreto di irreperibilità che sarebbe meramente reiterativo di quello precedentemente emesso. A tale orientamento se ne contrappone un altro, sempre richiamato dalla Sezione remittente, che disconosce qualsivoglia efficacia al Decreto di irreperibilità emesso in occasione della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex articolo 415 bis c.p.p. ai fini della notificazione anche del Decreto ex articolo 552 c.p.p. Secondo questo indirizzo interpretativo, a tale conclusione si giunge analizzando la natura stessa del Decreto di citazione che è quella di "atto di impulso" che segna l'inizio di una nuova fase, quella dibattimentale. Ne consegue che la chiusura delle indagini preliminari, quale limite cronologico alla efficacia del Decreto di irreperibilità (ex articolo 160, comma 1, c.p.p.) coincide, non già, con la notificazione del Decreto di citazione ma con la sua emissione da parte del P.M. Perciò, ai fini della vocatio in iudicium dell'imputato che si realizza con la notificazione del provvedimento è necessario un nuovo Decreto di irreperibilità, la cui omissione determina la nullità del Decreto di citazione a giudizio e, nel caso in esame, la nullità del giudizio, della sentenza di primo grado e di quella di appello (Sezione 1, n. 5698 del 28 gennaio 2003, Vedda, Rv. 223312; Sezione 1, n. 29226 del 13 luglio 2005, Serigne, Rv. 232100; Sezione 2, n. 17999 del 3 maggio 2006, Arnesano, Rv. 234760; Sezione 5, n. 30072 del 24 marzo 2009, Pesce, Rv. 244481; Sezione 2, n. 2741 del 14 otto-



bre 2009, Tiperciuc, Rv. 246260).

La questione rimessa alle Sezioni Unite impone un'attenta disamina dell'articolo 415 bis c.p.p. - introdotto nel Codice di rito dall'articolo 17 della legge 16 dicembre 1999 n. 79 - alla luce del dettato normativo di cui all'articolo 160 c.p.p. Orbene, ai sensi dell'articolo 415 bis c.p.p., il P.M., prima della scadenza del termine di cui all'articolo 405, anche se prorogato, se non deve formulare richieste di archiviazione, fa notificare all'indagato e al suo difensore avviso di conclusione delle indagini preliminari. L'articolo 160 c.p.p. stabilisce che il Decreto di irreperibilità emesso dal giudice o dal P.M. nel corso delle attività investigative, cessa di avere efficacia con il provvedimento che definisce l'udienza preliminare ovvero quando questa manchi con la chiusura delle indagini preliminari.

Da un'analisi attenta delle due disposizioni codicistiche, emerge immediatamente, ad avviso degli Ermellini, l'equivoco interpretativo su cui riposa il contrasto giurisprudenziale.

L'articolo 160 non pone come limite temporale alla efficacia del Decreto di irreperibilità l'esercizio dell'azione penale, tant'è che, nell'ipotesi di richiesta di rinvio a giudizio la stessa sarà validamente notificata, insieme all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare sulla scorta del Decreto di irreperibilità emesso ai fini dell'avviso di cui all'articolo 415 bis c.p.p. per espressa disposizione di legge (il citato articolo 160, comma 1, c.p.p.). Quando l'udienza preliminare manchi, il limite di efficacia è posto dalla stessa norma penale nella chiusura delle indagini ma non nell'esercizio dell'azione penale. In definitiva, sostengono i giudici di legittimità, chiamati a dirimere il contrasto a Sezioni Unite, non ci sarebbero ostacoli a ritenere che il Decreto di irreperibilità, emesso dal P.M. ai fini della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini, dispieghi efficacia ai fini della notifica del Decreto di cui all'articolo 552 c.p.p. Né possono ritenersi ostativi a siffatta conclusione gli argomenti che tendono a limitare l'efficacia del Decreto di irreperibilità alla sola notifica dell'avviso di conclusioni delle indagini in nome della tutela del diritto al contraddittorio.

Anche se, sostengono le Sezioni Unite, la Corte Europea dei diritti umani, con sentenza 11 novembre 2004, ha affermato che è onere dell'Autorità Giudiziaria «compiere ogni sforzo» per assicurare all'imputato «la conoscenza reale del procedimento», tale onere implica il compimento di «sforzi» che siano idonei al raggiungimento dello scopo. Le ricerche devono, cioè, comportare una concreta utilità al fine di addvenire al rintraccio dell'irreperibile e non risolversi nella formale reiterazione di atti da poco compiuti. Questa ripetizione formale delle ricerche non serve al processo a carico di irreperibili che continua a restare una anomalia del nostro sistema rispetto al diritto di difesa sancito sia dalla Costituzione sia dalle Convenzioni Internazionali e che andrà risolta attraverso l'individuazione di soluzioni tangibili ma che non può essere elusa da adempimenti di carattere solo rituale.

Diverso il caso in cui il pubblico ministero, dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, su sollecitazione del difensore o autonomamente svolga ulteriori indagini. In tal caso il Decreto di irreperibilità cessa di avere efficacia ai fini della successiva notifica della citazione a giudizio e ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo perché le indagini non erano affatto da considerarsi concluse.

In secondo luogo perché il decorso di un ampio arco temporale, passibile di nuovi e rilevanti accadimenti, rende certamente e concretamente utile lo svolgimento di nuove ricerche e la emissione di un nuovo Decreto di irreperibilità.

Alla stregua della soluzione fornita dal Supremo Collegio a Sezioni Unite, si deve affermare che il Decreto di irreperibilità emesso dal pubblico ministero ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'articolo 415 bis c.p.p. conserva efficacia ai fini della notifica del Decreto di citazione senza che sia necessaria una ri-emissione dello stesso e senza che sia necessaria l'effettuazione di nuove ricerche, salvo che il pubblico ministero svolga ulteriori indagini dopo la notifica del menzionato avviso ex articolo 415 bis c.p.p.

Dottrina

Maria Grazia Coppola

Tutela dei legittimari e azione di riduzione.

Nel sistema giuridico italiano il legislatore assicura ai legittimari una quota del patrimonio ereditario incompressibile da parte di una diversa volontà del de cuius. Il legittimario che abbia subito una lesione dei propri diritti successori così come riconosciuti dalle norme sulla successione necessaria, dovrà attivarsi giudizialmente per vedere accreditate le proprie doglianze ed "agire in riduzione se vuole conseguire i beni ad altri attribuiti nel testamento sia con istituzione di erede sia con attribuzione di legato." (Cass. Civ. 23 ottobre 1954, n. 4037). Da ciò discende che, fino a quando non intervenga la pronuncia di accoglimento della domanda di riduzione, sia le disposizioni testamentarie sia le donazioni conservano ed esplicano la loro piena efficacia sempre che siano rispettose dei requisiti di forma e sostanza. Il legittimario leso che intende agire in riduzione ha l'onere di "allegare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se sia, o meno, intervenuta, ed in quale misura, la lesione della sua quota di riserva, potendo solo in tal modo il giudice procedere alla sua reintegrazione, in particolare egli ha l'onere di indicare, oltre al valore, l'ordine cronologico in cui sono stati posti in essere i vari atti di disposizione" (Cass. Civ. 29 ottobre 1975, n. 3661). A norma dell'articolo 556 c.c. per accertare la lesione della legittima occorre in via prioritaria determinare il valore della massa ereditaria, procedendo innanzitutto alla formazione della massa dei beni relitti ed alla determinazione del loro valore al momento dell'apertura della successione, in seguito occorre detrarre dal relictum i debiti che gravano sull'eredità, da valutare alla stessa data, ivi compresi quelli relativi alla morte del defunto (funerali ecc.), infine si procederà alla riunione fittizia (cioè con operazione meramente contabile) tra attivo netto e donatum (costituito dai beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione da stimare secondo il loro valore all'apertura della successione), calcolando poi la quota disponibile e la quota indisponibile sulla massa risultante. Secondo la dottrina prevalente la domanda di riduzione si articola in tre azioni strettamente collegate l'una all'altra: Azione di riduzione in senso stretto diretta ad accertare l'esistenza delle disposizioni lesive della legittima; Azione di restituzione diretta ad ottenere la materiale restituzione dei beni indebitamente devoluti; Azione di restituzione contro terzi acquirenti con la quale se i beneficiari delle

disposizioni ridotte hanno alienato a terzi i beni ricevuti, il legittimario-attore prima tenterà l'escussione dei beni degli stessi beneficiari e nel caso in cui questa escussione risultasse infruttuosa chiederà ai terzi acquirenti la restituzione dei beni mobili o immobili, salvo per questi ultimi gli effetti del possesso e della buona fede (articoli 1153-1157 c.c.), che saranno restituiti liberi da pesi o ipoteche ex articolo 561 c.c. Tuttavia, trattandosi di un'obbligazione facoltativa il terzo acquirente potrà liberarsi pagando l'equivalente in denaro (Cass. Civ. 5 giugno 2000, n. 7478). Tale tipo di azione è esperibile solo se non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione ma, detto termine è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e successivamente trascritto al donante o ai suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione così come previsto dall'articolo 563 c.c. modificato dal d.l. n. 35/2005, convertito nella legge 263/2005. L'esercizio dell'azione di riduzione è sottoposto a due condizioni, in primo luogo il legittimario deve accettare l'eredità con beneficio d'inventario al fine di valutare in concreto la consistenza dell'asse ereditario ed accertare la lesione della propria quota di legittima. Tale onere grava solo sul legittimario leso non su quello pretermesso, il quale non è chiamato all'eredità e, quindi, non può accettarla. Inoltre, il legittimario-attore ha l'onere di imputare alla sua porzione di legittima le donazioni ed i legati a lui attribuiti (articolo 564 c.c.) salvo che non sia stato espressamente dispensato, cosicché potrà trattenere le donazioni ed i legati ed in più ottenere l'intera legittima. La riduzione avviene secondo l'ordine scandito dal Codice civile, in primis si riducono le disposizioni legali ab intestato poi le disposizioni testamentarie in modo proporzionale senza distinguere tra eredi e legatari (articoli 554-558), infine le donazioni cominciando dall'ultima e risalendo a quelle più anteriori. La dottrina prevalente e la stessa giurisprudenza sono concordi nel ritenere applicabile all'azione di riduzione l'ordinario termine di prescrizione decennale così come previsto all'articolo 2946 c.c. Tuttavia, discussa è l'individuazione del momento in cui tale termine inizia a decorrere. Secondo un primo orientamento, il termine decennale decorre dalla data di pubblicazione del testamento in ossequio al combinato disposto degli articoli 620 quinto comma, 623 e 625 c.c. La stessa Corte di Cassazione più di una volta ha ritenuto che essendo eseguite le disposizioni testamentarie anche quelle lesive solo dopo la pubblicazione del testamento ed essendo proprio questo il momento in cui il legittimario leso acquista consapevolezza della lesione subita, non

sarebbe ipotizzabile altro momento da cui far decorrere la prescrizione (Cass. Civ. 5920/1999 e 98/1970). Altro orientamento pure seguito da pronunce di legittimità, sostiene che debba considerarsi come termine iniziale per il decorso della prescrizione il giorno di apertura della successione. In tal senso la mancata conoscenza del testamento sarebbe un impedimento di mero fatto inidoneo ad ostacolare il decorso del termine di prescrizione secondo il disposto dell'articolo 2935 c.c. (Cass. Civ. 4230/1987 e 11809/1997).

A dirimere la questione sono intervenute le SS.UU. con la sentenza del 25 ottobre 2004 n. 20644 introducendo un elemento di distinzione a seconda che l'atto lesivo sia costituito da una donazione o una istituzione di erede. Nel primo caso, secondo gli Ermellini di piazzale Clodio il termine di prescrizione decorre dal giorno dell'apertura della successione, nel secondo dall'accettazione dell'eredità ex articolo 459 c.c. In tal caso, secondo la Cassazione, se il terzo beneficiario della disposizione lesiva rinunci all'eredità, non potrebbe dirsi realizzata alcuna lesione a danno dei legittimari poiché, per effetto della rinuncia si produrrebbe l'apertura della successione legittima (articolo 457 c.c.) alla quale partecipano in veste di eredi legittimi anche i legittimari ipoteticamente lesi (articolo 565 c.c.). Prima di tale accettazione, essendo incerta la sussistenza della lesione, il legittimario non potrà agire in riduzione per carenza di interesse. Pertanto, nel nostro ordinamento giuridico il diritto alla quota di legittima non può essere leso in alcun modo dalla volontà del de cuius posto che ove ciò avvenga si apre la successione necessaria o dei legittimari. L'applicazione di questo principio è contenuta sia nell'articolo 549 del Codice, nel quale è sancito il divieto di apporre pesi e condizioni di qualunque genere sulla quota di legittima che nell'esercizio dell'azione di riduzione. In conclusione, la successione necessaria trova il suo fondamento nella tutela della famiglia.

Vincenza Esposito

L'opposizione al Decreto di pagamento ex articolo 170 Testo unico spese di giustizia per come modificato dall'articolo 15 decreto legislativo n. 150/2011.

Aspetti generali.

Nell'intento di ridurre le diseconomie che l'eccessiva parcellizzazione dei modelli processuali ha ingenerato e dalla riscontrata necessità di assicu-

rare rinnovata coerenza al sistema processuale civile, il decreto legislativo n. 150/2011, all'articolo 34 ha provveduto alla reinscrizione dell'articolo 170 Testo unico spese di giustizia, riconducendo il procedimento di opposizione al decreto di pagamento, così come disciplinato all'articolo 15 del medesimo decreto, nell'alveo della disciplina dei procedimenti di cui al capo III del decreto legislativo sopra indicato e rubricato "delle controversie regolate dal rito sommario di cognizione" introdotte con legge n. 69/2009 all'articolo 702 bis c.p.c. e ss. Nel dare attuazione alla delega al governo, si è fatto ricorso, preferendola alla compilazione di un testo unico, alla tecnica della novella legislativa che contiene le disposizioni processuali applicabili alle tipologie di controversie oggetto dell'intervento normativo.

Prescindendo da valutazioni circa la bontà della scelta e il rispetto dei principi fissati dal legislatore nella legge di delega, il testo elaborato realizza la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria riconducendoli ai tre modelli previsti dal Codice di procedura civile individuati nel c.d. rito ordinario di cognizione, nel "rito lavoro" e rito "sommario di cognizione". Quest'ultimo inteso quale rito a cognizione "piena" sia pure trattato con forme semplificate rispetto agli "irriducibili" snodi del rito ordinario individuati negli articoli 183 e 189 c.p.c.

In tale ultima ipotesi, la legge delega in oggetto ha richiesto l'individuazione di una serie di controversie che consentano una semplificazione nella trattazione o istruzione poiché le questioni di fatto e di diritto sottese sono, secondo l'id quod plerumque accidit, poco numerose, di limitata complessità strutturale, pertanto, risolvibili con istruzione informale. Mentre tale valutazione nell'impianto dell'articolo 702 bis c.p.c. è rimessa direttamente al giudice ponderando il caso concreto, con la legge di delega in argomento il legislatore è stato chiamato ad operare una cernita a priori di controversie "semplici" nel contenuto.

Di fatto, tuttavia, sono state ricondotte al rito a cognizione sommaria anche controversie ancorché non del tutto semplici nel contenuto comunque trattabili con forme semplificate.

Sul punto la maggioritaria dottrina e la giurisprudenza di merito formatasi apprezza la differenza tra procedimento "sommario di cognizione" di cui all'articolo 702 bis c.p.c. e ss. e procedimento a "cognizione sommaria" di cui procedimento cautelare uniforme disciplinato all'articolo 669 sexies, primo comma c.p.c. ove la cognizione sommaria, giustificata dall'urgenza di apprestare tutela strumentale rispetto all'accertamento del diritto sotteso, rende il provvedimento adot-

tato inidoneo al giudicato.

Il giudice, all'opposto, nella cognizione sommaria, provvede a tutti gli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento finalizzato, pertanto, ad apprestare piena tutela al bene della vita sotteso.

La sommarietà intesa quale semplificazione delle forme non esclude, pertanto, che la valutazione delle incidenze probatorie sia massima con conseguente idoneità al giudicato della pronuncia finale adottata con cognizione sommaria (articolo 702 quater).

Il legislatore pone quale correttivo alla elementarizzazione delle forme istruttorie la possibilità di ricondurre la trattazione della controversia al rigore di cui all'articolo 183 e ss. c.p.c. con conversione al rito ordinario nonché la possibilità di un appello "aperto" all'assunzione di nuovi mezzi istruttori. Tale ultima prospettazione tuttavia, non presenta il carattere dell'ineluttabilità, ben potendo esser esclusa quando l'oggetto del procedimento afferisce effettivamente a controversie dal contenuto "elementare" e con istruttoria per lo più documentale.

In tali casi molto spesso anche la previgente disciplina legislativa escludeva l'appellabilità della pronuncia (es. articolo 28 legge 13 giugno 1942, n. 794), al riguardo, affermando la Consulta che la forma semplificata della piena cognizione nei giudizi di bassa complessità istruttoria e l'unico grado del giudizio di merito con l'esclusione del gravame rappresentano una sufficiente garanzia costituzionale.

In particolare: il procedimento di opposizione al decreto di pagamento delle spese di giustizia - aspetti problematici. Il giudizio di opposizione al decreto di pagamento di cui all'articolo 170 TUSG può afferire ad una molteplicità di situazioni giuridiche che, ancorché diverse nei presupposti, risultano al fine affasciate, per il tramite di un articolato reticolo di rinvii normativi ed interpretativi, alla medesima disciplina nelle ipotesi di opposizione a varie tipologie di provvedimenti emessi dal magistrato nei presupposti previsti dallo stesso TUSG:

- opposizione al decreto di liquidazione dei compensi custode, ausiliario del magistrato ed imprese private cui è affidato l'incarico di demolizione e riduzione in pristino, articoli 168-170 TUSG;
- opposizione al decreto di liquidazione dell'onorario e spese spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato, consulente tecnico di parte ed investigatore privato, in caso di ammissione al gratuito patrocinio articoli 82-83-84-104 TUSG;
- opposizione al provvedimento con cui il giudice civile nega l'ammissione al gratuito patrocinio;
- impugnazione del provvedimento di revoca del-

l'ammissione al gratuito patrocinio nel processo civile di cui all'articolo 136, 2° comma TUSG;

- opposizione al provvedimento di liquidazione dell'onorario e delle spese spettanti al difensore della persona ammessa al programma di protezione dei collaboratori di giustizia, al difensore d'ufficio, al difensore di persona irreperibile ed al difensore d'ufficio del minore, articoli 115-116-117-118 TUSG.

Quanto sopra riportato con le soluzioni interpretative avallate dalla Suprema Corte, consente di attribuire alla disciplina di cui all'articolo 170 TUSG il ruolo di rimedio oppositorio di carattere generale idoneo a sopperire ad apparenti lacune del Testo Unico offrendo una soluzione all'interno dello stesso Testo Unico.

Ciò premesso, la riscrittura dell'articolo 170 TUSG, ha ingenerato non poche difficoltà interpretative ed operative.

Il testo novellato dell'articolo in esame, infatti, si limita a rinviare, quanto alla disciplina dei giudizi di opposizione ai decreti di liquidazione compensi emessi dal magistrato, all'articolo 15 del decreto legislativo n. 150/2011.

Scompare la espressa previsione dell'obbligo di effettuare le comunicazioni del decreto di liquidazione (anche) quale dies a quo per l'impugnazione del decreto medesimo e scompare il termine decadenziale (20 gg.) dalla comunicazione per la proposizione dell'opposizione. Inoltre, l'articolo 15 del sopra menzionato decreto legislativo, al 4° comma rinvia, nelle ipotesi di eventuale richiesta di sospensione dell'"efficacia esecutiva" dell'impugnato decreto, alla disciplina uniforme del procedimento inibitorio dei giudizi di opposizione di cui all'articolo 5 dello stesso decreto.

Orbene, la mancata previsione nel novellato articolo 170 TUSG dell'obbligo della comunicazione in uno al termine decadenziale per la proposizione della opposizione nonché l'articolato sistema di rinvii introdotto dal decreto legislativo di riforma ha avuto un impatto verosimilmente impreveduto sulla valutazione non solo della natura del giudizio di opposizione al decreto di liquidazione ma anche, a monte, della natura ed efficacia del decreto medesimo quale titolo di pagamento.

Infatti, in virtù del meccanismo di richiamo operato dall'articolo 84 TUSG, il novellato articolo 170 TUSG potrebbe indurre a equiparare, quanto ad efficacia, i decreti di cui all'articolo 82 TUSG (onorario e spese del difensore) ai decreti di cui all'articolo 168 TUSG (decreto di pagamento delle spettanze agli ausiliari del magistrato ed indennità di custodia), al fine di argomentare anche con riferimento ai decreti emessi nella prima ipotesi quella "provvisoria" (ancorché non immediata) esecutività contemplata dall'articolo

168 TUSG esclusivamente in relazione alle tipologie di beneficiari ivi previsti (ausiliari del magistrato e custodi).

Vi è, tuttavia, da osservare che il Testo unico delle spese di giustizia ha inteso disciplinare diversamente, a monte ed a prescindere dalla novella legislativa, l'efficacia dei titoli di pagamento secondo la tipologia dei beneficiari a favore dei quali il magistrato emette il decreto di liquidazione. Per i beneficiari di cui al 168 TUSG il decreto di liquidazione "è titolo provvisoriamente esecutivo", per i beneficiari del decreto di cui all'articolo 82 TUSG della provvisoria esecutività non vi è traccia. In entrambi le ipotesi, comunque, è prevista la "comunicazione" dell'emesso decreto di liquidazione da parte del magistrato.

Ma ad un diverso effetto atteso che mentre nei decreti di cui all'articolo 168 TUSG, già dotati di provvisoria esecutività (e non "immediata esecutività"), lo spirare del termine decadenziale decorrente dalla comunicazione per proporre eventuale opposizione avrebbe un effetto "stabilizzante" rispetto ad una esecutività provvisoriamente accordata, nei decreti di cui all'articolo 82 TUSG solo lo spirare del termine decadenziale per proporre l'opposizione farebbe acquisire al decreto di liquidazione, la natura di titolo di pagamento secondo le modalità contemplate dallo stesso TU in sintonia con la previsione di cui all'articolo 171 TUSG. La Circolare Ministero giustizia dispone che il "titolo di pagamento, dotato di esecutività, venga subito inviato al settore preposto alla tenuta del registro" (mod. 1ASG).

A tal riguardo si ricorda la Circolare Ministero giustizia che argomenta la diversa formazione dei "titoli" di pagamento di cui agli articoli 168 ed 82 TUSG, anche con riferimento alla normativa civilistica, ai fini della non apponibilità della formula esecutiva ai decreti di liquidazione di cui all'articolo 82 TUSG. Ciò perché, secondo l'indirizzo ministeriale, "il decreto di compenso al difensore costituisce titolo per ottenere il pagamento secondo le modalità disciplinate dallo stesso TU e non anche titolo esecutivo".

Tale impianto non pare possa sostanzialmente ritenersi scardinato dal legislatore delegato nonostante la non certo encomiabile omissione nella riscrittura dell'articolo 170 TUSG della previsione della comunicazione del decreto di liquidazione e del termine per la proposizione della opposizione decreto di liquidazione medesimo.

Sul punto, infatti, gli articoli 82 e 168 TUSG con riferimento all'obbligo di effettuare le comunicazioni non hanno subito modifiche onde dalla mancata previsione nel novellato articolo 170 TUSG delle comunicazioni e del termine decadenziale per le opposizioni non parrebbe argo-

mentabile una "immediata" esecutività di entrambe le tipologie di decreti che prescinde addirittura dalla comunicazione il cui obbligo continua a gravare sul preposto ufficio giudiziario. Tali argomenti, paiono, pertanto, assorbire anche le considerazioni che ad una diversa conclusione potrebbero trarre dalla lettura dell'articolo 5 decreto legislativo n. 150/2011 che introduce una regolamentazione uniforme del subprocedimento inibitorio, applicabile ai giudizi di carattere oppositivo previsti dallo stesso decreto. Orbene, vero è che si potrebbe argomentare la esecutività di tutti i decreti di liquidazione delle spese di giustizia desumendola anche dalla generalizzata previsione di una richiesta di inibitoria in uno all'opposizione al decreto perché non può sospendersi ciò che non sia esecutivo.

Ma è, tuttavia, altrettanto vero che la riscrittura dell'articolo 170 TUSG è effettuata unicamente ai fini del rito per le ipotesi di eventuale opposizione e resta inconferente rispetto alle modalità di formazione del titolo di pagamento così come a tutt'oggi ancora disciplinato dal reticolo delle norme dello stesso TUSG con le previste differenze in ordine alle categorie di beneficiari. Pertanto, la disciplina di cui all'articolo 5 innova limitatamente alla procedura di inibitoria, uniformandola rispetto al passato nonché ai presupposti per la concessione della sospensione dei provvedimenti ma non può trarsi argomento quanto alla determinazione della natura e formazione dei titoli di pagamento in materia di spese di giustizia.

Parimenti non si potrebbe desumere l'immediata esecutività del decreto di liquidazione delle spese di giustizia argomentando ex articolo 702 ter, 6° comma c.p.c.

Si darebbe, infatti, luogo ad una sovrapposizione delle norme poiché l'articolo menzionato da ultimo accorda la provvisoria esecutività (nonché titolo per iscrizione e trascrizione) all'ordinanza decisoria emessa dal giudice ad esito del procedimento sommario di cognizione e non già al decreto di liquidazione delle spese di giustizia emesso dal giudice secondo le disposizioni del TUSG. Il vero aspetto enigmatico sarebbe, pertanto, da individuarsi nella mancata indicazione del termine decadenziale per la proposizione della opposizione al decreto di pagamento, venuta meno nella riscrittura dell'articolo 170 TUSG la fondamentale e chiara previsione dei 20 gg. indicata nella "versione" del 2002.

Una prima lettura del testo ben potrebbe indurre a ritenere che, proprio perché non è indicato alcun termine a differenza delle altre ipotesi contemplate nel decreto n. 150/2011 (articoli 16, 17, etc.), saremo in presenza di un'azione non più di carattere impugnatorio, da esercitarsi entro un

termine decadenziale preordinato onde evitare il consolidarsi di quanto statuito nel decreto di pagamento, ma di un'azione di accertamento sull'esistenza o sulla entità del diritto al pagamento del compenso.

Tuttavia, tale conclusione non appare condivisibile sol che si ponga mente:

- agli argomenti sopra esposti circa la vigenza attuale sia dell'articolo 168 TUSG che, nel prevedere la "provvisoria" esecuzione, implica la necessaria previsione di un termine decadenziale spirato il quale consegue l'effetto stabilizzante, sia dell'articolo 82 TUSG che implica la previsione di un termine per la formazione del titolo di pagamento in conformità alla disciplina del medesimo testo unico ex articolo 171 TUSG;

- ai limiti della delega legislativa (articolo 54, legge 69/2009) che vede il legislatore delegato vincolato alla cernita di procedimenti civili da affacciare nell'uniforme rito a trattazione "semplificata" senza poter affatto modificare la natura del sotteso giudizio da instaurarsi.

Chiarito che trattasi di giudizio oppositorio con conseguente necessità della previsione del termine, è di palmare evidenza la difficoltà operativa conseguente alla dimenticanza al riguardo da parte del legislatore.

Come e quando il funzionario preposto al servizio potrà considerare il decreto di liquidazione emesso ad es. ex articolo 82 TUSG un titolo di pagamento?

Quando potrà registrare il titolo di pagamento al registro mod. 1ASG?

Una prima lettura del decreto delegato con riferimento al rito a cognizione sommaria può far propendere verso l'individuazione analogicamente orientata del termine di decadenza onde sopperire alla lacuna dell'articolo 170 TUSG nel suo attuale tenore.

Al riguardo la legge di delega (articolo 54, cit. lettera c) ha inteso con riferimento ai riti a cognizione sommaria uniformare "i termini di impugnativa previsti nel presente decreto, per ragioni di coordinamento normativo".

Tanto si legge nella relazione governativa di accompagnamento con espresso riferimento alle controversie di cui agli articoli 17 (per le quali in precedenza pure erano previsti 20 gg. per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento di allontanamento), 18, 19, 21, 24, 26, 27 e 29 del decreto n. 150/2011 ove è, appunto, "previsto" un termine per la proposizione di eventuale opposizione al provvedimento e lo stesso è uniformato a 30 gg. Tale si ritiene possa, pertanto, esser anche il termine con riferimento alle controversie di cui all'articolo 15 del medesimo decreto.

Alla stessa conclusione si perviene facendo ricor-

so al termine dei 30 gg. di cui all'articolo 702 quater c.p.c. per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza di cui all'articolo 702 ter c.p.c.

Tuttavia una più attenta lettura consente di introdurre dubbi che minano tali conclusioni.

Quanto al ricorso al termine indicato nell'articolo 702 quater c.p.c. si può facilmente obiettare che tale termine è fissato per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento a cognizione sommaria e non già avverso il decreto di liquidazione della somma emessa dal magistrato secondo le norme del TUSG ed oggetto di opposizione da trattarsi nelle forme del 702 bis e ss.

Quanto alla conclusione alla quale si perviene con il ricorso alla interpretazione analogica del termine decadenziale di 30 gg. fissato per gli altri e più numerosi procedimenti ricondotti al rito a cognizione sommaria, vi è da osservare preliminarmente che appare quanto meno singolare che il commento della relazione governativa, già prima riportato, ripeta quasi ossessivamente l'esigenza di uniformare il termine per la proposizione di eventuale impugnativa nelle sole ipotesi (articoli 17 etc.) in cui il termine è previsto ma tace proprio con riferimento alle controversie di cui all'articolo 15 ove non c'è traccia del termine (unitamente ad es. alla ipotesi di cui all'articolo 14). Più in generale, secondo opinione condivisa in dottrina ed in giurisprudenza, la decadenza legale è un istituto di carattere eccezionale che deroga al principio secondo cui l'esercizio dei diritti non può esser sottoposto a limiti.

Per tale ragione la previsione dei termini decadenziali deve necessariamente esser espressa e, non può esser ricostruita attraverso la sola analogia juris, restando esclusa l'applicazione a fattispecie che potrebbero presentare anche una ratio affine. Inoltre, può esser utile osservare che:

1) Non risulta modificato il termine dei 20 gg. contemplato dall'articolo 99 del TU previsto contro il diniego dell'ammissione al gratuito patrocinio nel processo penale; la Cassazione, con innovazione rispetto al precedente orientamento, ha affermato che i giudizi collegati al 170 TUSG vanno trattati da magistrati addetti al settore civile ed eventualmente dalla Cassazione civile attesa la natura civilistica della controversia.

Tuttavia, l'opposizione al provvedimento con cui il giudice penale nega l'ammissione al gratuito patrocinio ovvero ne disponga la revoca si ritiene sia da attribuire alla cognizione del giudice penale attesa la stretta correlazione al procedimento principale

Ciò può determinare anche ulteriori difficoltà di coordinamento di norme processuali civili (procedimento sommario di cognizione) alla tratta-

zione condotta nell'ambito di un giudizio penale. 2) Non risulta del tutto rispondente ad una logica funzionale l'"allungamento" del termine dagli iniziali 20 a 30 gg. del termine per "stabilizzare" il decreto di liquidazione ovvero "formare" il titolo di pagamento secondo le norme del TUSG.

L'eventuale individuata e sottesa esigenza garantista, infatti, ben può rappresentare argomento per le controversie contemplate negli articoli successivi all'articolo 15 del decreto n. 150/2011 in quanto volta a salvaguardare problematiche per lo più afferenti situazioni personali tutelate anche dalla Costituzione o da vincoli internazionali, ma non pare del tutto calzante per controversie afferenti questioni meramente economiche in relazione alle quali appare di certo più opportuno individuare forme e modalità idonee ad accelerare e snellire le procedure di pagamento soprattutto in periodi di limitata liquidità e di condivisa necessità di rimettere in moto il circolo economico. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, non potendo certamente paralizzare il servizio di cancelleria, si può esser portati a ricorrere al termine "allungato" di 30 gg. quale pratico espediente di elementare logica secondo la quale se "il più comprende il meno" ad applicare i 30 gg. comunque, non si incorre in alcun rischio.

Occorre avere, tuttavia, la consapevolezza che il termine "originario" e più breve dei 20 gg. ben poteva sopravvivere in modo chiaro alla semplificazione dei riti cui è stato impegnato il legislatore delegato. Anzi meglio risponde all'intero impianto sistematico che ha portato alla riconduzione delle controversie che possono nascere dal mero quantum liquidatum al rito sommario di cognizione ed alla ulteriore destrutturazione dello stesso rito di cui all'articolo 702 bis e ss. in ragione della elementarietà dell'oggetto di tali controversie. In un'ottica di semplificazione, di snellimento, di maggiore concentrazione dei termini, tant'è che viene riconosciuta, altresì, la inappellabilità della decisione adottata con l'ordinanza emessa dal giudice, non appare di facile intuizione la sottesa logica del differimento del termine per consentire di metter in pagamento il titolo emesso dal magistrato e formatosi secondo la vigente disciplina del TUSG.

Vi è da osservare che, pur nell'aspetto ostico che caratterizza la disciplina del flusso delle spese di giustizia, la stesura originaria dell'articolo 170 TUSG non aveva dato luogo a particolari perplessità interpretative che, purtroppo, dilagano ad esito della riscrittura operata dal legislatore delegato. Ben si comprende, pertanto, come il legislatore delegato abbia perso l'occasione per conseguire una maggiore ragionevolezza in tema di spese con riferimento ad aspetti tutto sommato

privi di grande perplessità.

Rilevata la persistente oscurità introdotta con la riscrittura dell'articolo 170 TUSG, le soluzioni diversificate che dalla necessità di provvedere al riguardo ne conseguono e l'incerta correttezza interpretativa delle stesse, è auspicabile un puntuale intervento del legislatore ovvero interpretativo ministeriale che riconduca la problematica a logica uniforme di sistema.

Emiliana Matrone

La competenza territoriale della Giustizia del lavoro.

Le controversie in materia di lavoro, ai fini della competenza territoriale, possono radicarsi, a scelta di colui che agisce in giudizio, presso uno qualsiasi dei tre fori alternativi indicati nell'articolo 413, comma 2, c.p.c., vale a dire:

- 1) il foro della nascita del rapporto, ossia il luogo dove il preponente ha avuto conoscenza dell'accettazione da parte del lavoratore;
- 2) il foro dell'azienda, ovvero il foro della sede legale dell'azienda, ancorché il lavoratore presti servizio in un luogo diverso ed ancorché il complesso dei beni aziendali organizzati per l'esercizio dell'impresa sia situato altrove;
- 3) il foro della prestazione, vale a dire quello della dipendenza in cui il lavoratore è addetto o prestava la sua opera al momento della fine del rapporto (Cass. 1771/1993; 4782/1986; 1179/1989).

L'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in tema di competenza per territorio nelle controversie di lavoro, l'articolo 413, comma 2, c.p.c. prevede i tre fori di cui innanzi è quello oggi prevalente (Cass. 12418/2003).

Tale orientamento, già in precedenza prevalente, è stato intervallato da un periodo - seppur breve - in cui invece si interpretava la norma come disposizione che prevedeva due (e non tre) fori speciali ed esclusivi, rappresentati, il primo, dal foro del luogo in cui è sorto il rapporto e, il secondo, dal foro del luogo nel quale in concreto si svolge (o si stava svolgendo al tempo della cessazione del rapporto) la prestazione lavorativa (Cass. 2618/1996; Cass. 4683/1997).

Il ritorno alla competenza territoriale dei tre fori è stato argomentato nel senso che l'impostazione dei tre fori è più garantista rispetto a quella dei due soli fori, poiché chi agisce in giudizio, in base ad una sua libera valutazione, ha più ampie opportunità di scelta per esplicitare la propria richiesta di tutela.

La Giustizia del lavoro, sulla scia di tanto, si è spinta sino al punto di affermare che il meccanismo dei tre fori previsto dall'articolo 413, comma

2, c.p.c. non è applicabile simmetricamente al caso in cui sia il datore di lavoro ad agire nei confronti del lavoratore.

Così, ad esempio, il Tribunale di Roma, con la sentenza del 19 gennaio 2011, nella causa promossa dal datore di lavoro nei confronti di un dipendente, ha dichiarato la propria incompetenza territoriale in favore del Tribunale di Firenze ossia del luogo della prestazione, ritenendo che "il datore di lavoro non può scegliere, ex articolo 413, comma 2, c.p.c., il luogo della propria sede legale se essa non corrisponde al luogo della prestazione lavorativa".

In altre parole, secondo l'indirizzo siffatto, "se si applicasse meccanicamente il principio dei tre fori, quando chi agisce è il datore di lavoro nei confronti del lavoratore, si costringerebbe quest'ultimo, se convenuto nel foro della sede principale dell'azienda, ad affrontare evidenti difficoltà per i necessari spostamenti, per il reperimento della difesa e per le spese ulteriori da sostenere. E ciò si creerebbe una situazione in contrasto netto con il principio di maggior tutela della parte debole del rapporto di lavoro che l'ordinamento intende salvaguardare, provvedendo ad interventi di tendenziale riequilibrio all'interno di una situazione connotata da evidenti disparità". Sotto altro profilo, sempre in materia di determinazione della competenza territoriale, soggiunge il principio dell'equiparazione della sede effettiva a quella legale, e ciò anche ai fini della notificazione (Cass. 24842/2011).

In genere, il "foro dell'azienda" di cui all'articolo 413, comma 2, c.p.c. coincide con quello della sede legale, vale a dire con la sede risultante dall'atto costitutivo e dallo statuto della società e annotata nel registro delle imprese.

A tale sede, ai sensi dell'articolo 46, comma 1, c.c., occorre aver riguardo per ogni effetto giuridico che la legge voglia farne dipendere, tra i quali è quello di determinare, ai fini della competenza territoriale, il foro generale delle persone giuridiche. L'articolo 19 c.p.c. anche se non richiamato dalla norma in esame è implicitamente operante. Ecco che il "foro dell'azienda" ex articolo 413, comma 2, c.p.c. è il foro generale delle persone giuridiche ossia il luogo dove si trova la sede.

La Corte di Cassazione, sul tema, conferma che il foro speciale costituito dal luogo in cui si trova l'azienda, ex articolo 413, comma 2, c.p.c., va determinato per le imprese gestite in forma societaria con riferimento alla sede sociale, indipendentemente da quello in cui si trovano i beni aziendali e nel quale si svolge l'attività imprenditoriale (Cass. 9256 del 17 aprile 2009), presupponendosi la coincidenza della sede effettiva dell'impresa con quella legale (Cass. 3885/1996;

332/1996; 151/1996; 5872/1995; 9609/1991; 492/1991).

Può accadere, però, che si crei una discrasia tra la sede legale (detta anche sede formale) e la sede effettiva della società.

Nella pratica commerciale, infatti, molte società di capitali usano indicare nell'atto costitutivo come sede legale lo studio del professionista al quale è affidata la cura della contabilità aziendale. In contrapposto alla sede dichiarata e registrata, può profilarsi, ai fini della competenza territoriale e a favore dei terzi, una sede effettiva. L'articolo 46, comma 2, c.p.c. espressamente sancisce, nell'ipotesi di dissociazione di tali luoghi, anche in tema di notifica, il principio della sostanziale equiparazione rispetto ai terzi dell'una sede all'altra.

A tutela dei terzi, quindi, interviene l'articolo 46, comma 2, c.c., stabilendo che "Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima".

Il Codice civile con il termine "sede" fa riferimento sia alla sede formale (legale) che alla sede effettiva, con la conseguenza che l'avverbio "anche" assume un notevole peso specifico, in quanto permette al terzo di essere tutelato, potendo considerare come sede della società anche quella effettiva in luogo della sede formale.

La sede effettiva, quindi, non sostituisce la sede legale ma si aggiunge ad essa per meglio tutelare i terzi. Occorre precisare che può delinearsi una sede effettiva della società solo ed in quanto l'ente stabilisca il centro dei propri affari in un luogo diverso dalla sede sociale. Perché questo diverso luogo assurga a dignità di sede effettiva non basta che ivi l'ente abbia un proprio stabilimento, paghi gli stipendi ed i salari ai propri dipendenti, riceva le merci e consegna i manufatti, ma occorre che ivi risiedano ed agiscano gli amministratori, sia convocata e riunita l'assemblea sociale, e si trovino coloro che hanno il potere di rappresentare la società (Cass. 995/1958).

Ancora, il principio della equiparazione fra sede effettiva e sede legale di una società presuppone che non vi sia coincidenza fra le sedi predette e pertanto non è applicabile nell'ipotesi in cui la sede legale sia anche l'effettivo centro d'imputazione e di promozione delle attività sociali che alla società fanno capo, non rilevando che talune attività sociali risultino decentrate e così il luogo ove si svolgono attività di gestione sociale (Cass. 5359/1988).

In ogni caso, l'equipollenza tra le due sedi è prevista a tutela dei terzi che sarebbero lesi nei propri diritti se facessero affidamento sulla sede formale

riportata nello statuto o nell'atto costitutivo. Ecco che si assiste all'ampliamento del "foro dell'azienda", sicché il lavoratore può adire, a sua scelta, secondo il criterio del luogo in cui si trova l'azienda, il giudice del luogo della sede legale o quello del luogo della sede effettiva.

Appare di tutta evidenza che il luogo della sede effettiva non potrà mai essere invocato dal datore di lavoro a proprio vantaggio.

Innanzitutto, non vi è dubbio che le norme devono essere interpretate ed applicate in conformità al principio di maggiore tutela che l'ordinamento ha inteso accordare alla parte debole del rapporto di lavoro.

In secondo luogo, non è consentito alla parte resistente di sindacare sulla scelta operata dal ricorrente ex articolo 413, comma 2, c.p.c., se questi prova i requisiti posti a base della propria scelta. Alla luce delle argomentazioni che precedono, si conclude che l'interpretazione della norma processuale nel senso più favorevole al lavoratore, - che potrebbe ingenerare facili obiezioni in ordine ad una violazione della parità di trattamento tra le parti del processo - appare, invece, essere la conseguenza o il portato del vero nucleo del principio di eguaglianza ex articolo 3, comma 2, Cost. e cioè del principio secondo il quale non è irragionevole ed anzi è doveroso disciplinare in modo diverso situazioni connotate da profili di sostanziale disuguaglianza.

Francesco Ricciardi

Il principio del pubblico concorso con speciale riguardo alla fattispecie dello scorrimento della graduatoria.

Il principio del pubblico concorso, quale meccanismo di reclutamento dei candidati migliori in ordine alla copertura di pubblici impieghi, trova il suo fondamento giuridico nel combinato disposto di cui agli articoli 97, 98, 51 Cost. La sua ratio si rinviene nell'esigenza di garantire alle P.A. la possibilità di operare per il tramite di un meccanismo procedimentale che, attento alle esigenze di imparzialità ed efficienza amministrativa, sia idoneo a selezionare i concorrenti più meritevoli, in una logica di neutralità di giudizio.

In tale ottica, elementi distintivi comuni ai procedimenti concorsuali risultano essere il carattere tendenzialmente aperto e la natura tecnico-comparativa degli stessi.

Ora, a prescindere dalle concrete problematiche inerenti ai limiti soggettivi ed oggettivi di estensione di tale principio, merita attenzione la fattispecie inerente al cd. scorrimento delle graduato-

rie, anche alla luce delle attuali esigenze di contenimento della spesa pubblica. Infatti, le procedure di selezione del personale hanno natura di veri e propri procedimenti amministrativi, pertanto rimessi alla generale disciplina di cui alla legge n. 241/90, oltre che alle speciali normative di settore. All'uopo, l'articolo 97 comma 3 Cost. secondo cui "agli impieghi nella P.A. si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge" deve essere letto anche con riferimento all'articolo 1 comma 1 della legge sul procedimento, il quale dispone che "l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia (...)". Così, proprio in forza del menzionato riferimento normativo ai criteri aziendalistici dell'economicità, efficacia ed efficienza, ci si è domandati se il principio del pubblico concorso rappresenti la modalità cardine per il reclutamento del personale, ovvero, lo stesso abbia ceduto il passo a criteri alternativi e meno dispendiosi.

Il problema si è riproposto spesso in giurisprudenza con riguardo alla possibile scelta dell'amministrazione di indire una nuova procedura concorsuale, destinata ad incidere sull'aspettativa dei candidati idonei non vincitori allo scorrimento della graduatoria. A tal proposito, deve dirsi che le norme sul pubblico impiego hanno spesso introdotto la possibilità per la P.A. di utilizzare una graduatoria anche oltre i termini della singola procedura concorsuale. La finalità risulta essere quella di consentire la tempestiva copertura delle vacanze di organico, attingendo alle risultanze di un precedente concorso, senza la necessità di attendere la tempistica ed i costi di una nuova procedura.

Al fine di estendere l'ambito applicativo di tale istituto, sono intervenute diverse disposizioni normative tra cui gli articoli 91 comma 4 decreto legislativo n. 267/2000 e 35 comma 5 decreto legislativo n. 165/2001, i quali prescrivono la durata triennale delle graduatorie di concorso, decorrenti dalla data della pubblicazione, nonché le molteplici previsioni specifiche contenute nei cd. decreti milleproroghe.

Sul versante interpretativo, ci si è spesso soffermati sulla natura del rapporto intercorrente tra le due possibili alternative modalità di reclutamento del personale pubblico, quella dello scorrimento delle graduatorie dei concorrenti idonei ancora efficaci e quello dell'indizione di un nuovo concorso. Con maggiore sforzo riassuntivo, ci si è domandati se in presenza di una graduatoria valida ed efficace esista o meno un dovere della P.A. di procedere allo scorrimento, se la sua omissione necessiti di una specifica motivazione e, inoltre, la natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della posizione dell'idoneo non vincitore.

Quanto al profilo inerente alla natura del rapporto tra concorso e scorrimento, in giurisprudenza si sono affermate tre tesi.

Per l'orientamento più risalente, l'indizione di un concorso costituisce sempre la regola generale, pur in presenza di graduatorie valide ed efficaci concernenti posizioni funzionali omogenee. Tale facoltà di scelta in capo alla P.A. sarebbe afferente all'ambito del merito amministrativo, per questo insindacabile in sede giurisdizionale. Per tale teorica, quindi, l'istituto dello scorrimento avrebbe natura eccezionale e residuale, necessitando di un più intenso obbligo motivato rispetto all'ordinaria indizione di una nuova procedura.

Ex adverso, si è di recente affermato che anche l'indizione di un nuovo concorso in luogo dello scorrimento della precedente graduatoria deve essere adeguatamente motivato, dando atto delle ragioni di fatto e di diritto che giustificano il sacrificio delle posizioni degli idonei.

Per alcuni, inoltre, l'utilizzazione delle graduatorie vigenti costituisce ormai la regola ordinaria di reclutamento del personale, mentre, l'espletamento di una nuova procedura ne costituirebbe eccezione. Pertanto, l'amministrazione sarebbe tenuta a motivare approfonditamente la determinazione di bandire una nuova procedura.

A seguito dei menzionati contrasti giurisprudenziali, è intervenuta l'Adunanza Plenaria n. 14 del 2011, la quale ha concluso per la necessità di motivazione in ordine alla scelta di indire una nuova procedura selettiva, dando conto delle ragioni dei soggetti idonei e del sacrificio loro imposto. D'altra parte, però, la stessa Plenaria ha ritenuto lo scorrimento delle graduatorie afferente alla discrezionalità amministrativa, rappresentando la stessa una modalità facoltativa attraverso cui perseguire l'interesse all'assunzione, limitata dall'obbligo di congrua motivazione.

In verità, l'orientamento seguito dalla Plenaria non sembra del tutto condivisibile, perché pur tutelando le esigenze formali sottese all'istituto della motivazione, non consente una altrettanto adeguata realizzazione dell'interesse sostanziale e principale dell'idoneo, cioè quello diretto ad ottenere l'assunzione (cfr., ex multis, C.d.S. Sezione IV n. 04138/2011 in cui il Supremo Consesso procedeva all'annullamento del bando concorsuale per difetto assoluto di motivazione, poiché nel corpo dell'atto impugnato non vi era riscontro alcuno circa le ragioni del mancato esercizio della facoltà di utilizzare la graduatoria di una precedente analoga procedura. Sulla scorta di tale sentenza, la P.A. adottava un nuovo provvedimento, emendato dal difetto di motivazione accertato dal giudice, riesaminando nuovamente l'affare senza vincolo di contenuto, in ragione della cd. inesauribi-

lità del potere. Ebbene, all'esito di tale annoso iter, il ricorrente si vedeva rinnovato l'atto illegittimo con il medesimo contenuto sostanziale, cioè il mancato scorrimento, con buona pace dei principi di effettività ed efficacia delle tutele e di economicità dell'azione pubblica).

Correlata alla problematica de qua, risulta essere quella della natura della posizione giuridica soggettiva dell'idoneo non vincitore, a fronte della decisione della P.A. di ampliare il proprio organico. La giurisprudenza più risalente riteneva che si trattasse di una posizione di diritto soggettivo allo scorrimento, in omaggio all'avvenuta privatizzazione e contrattualizzazione del pubblico impiego. In altre parole, il bando di concorso sarebbe assunto da atto amministrativo a promessa al pubblico relativa alla futura costituzione del rapporto: la competenza giurisdizionale, perciò, si sarebbe dovuta radicare in capo al g.o. A conforto di tale assunto, l'argomento secondo cui facendo valere la posizione di idoneo non vincitore non si contesterebbe la procedura pubblicistica di selezione, terminata con l'approvazione definitiva della graduatoria, ma si azionerebbe un diritto soggettivo all'assunzione mediante scorrimento, rientrando nell'alveo degli atti di gestione del rapporto di lavoro e quindi di competenza del g.o. Su opposti lidi interpretativi, diverse pronunce hanno qualificato la posizione di idoneo in termini di interesse legittimo pretensivo, di competenza del g.a., altre, in termini di mera aspettativa di fatto non tutelabile. Secondo tali recenti teorie, fatte proprie anche dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa, la giurisdizione del g.o. sussisterebbe solo allorché sia in contestazione l'avvenuto scorrimento in favore di altri soggetti, non nei casi in cui è in questione il mancato scorrimento.

Per concludere questo breve excursus, non possono che esprimersi diversi profili di perplessità in ordine all'orientamento pretorio prevalente in materia, cioè quello che qualifica la posizione giuridica dell'idoneo in termini di interesse legittimo pretensivo (cioè la cui realizzazione è rimessa alla mera discrezionalità della P.A.) o addirittura di una semplice aspettativa di fatto non tutelabile. All'uopo, non può non rilevarsi come, dalla casistica giurisprudenziale esaminata a monte di tale studio, emergano notevoli discrasie circa le condotte tenute dalle varie amministrazioni. Diverse P.A. sembrano procedere inspiegabilmente a ribandire annualmente concorsi per posizioni funzionali omogenee, trincerandosi dietro requisiti previsti da normative di settore; altre, invece, effettuano cospicui scorrimenti di graduatoria, anche dopo anni dalla definizione delle procedure selettive. Tali evidenti diversità di trattamento

rispetto alla medesima questione rappresentano un grave nocumento per le esigenze di uniformità del sistema, con buona pace degli sforzi normativi di contenimento della spesa pubblica e con grave perdita delle potenziali professionalità selezionate.

Eleonora Stefanelli

Profili generali sul diritto di accesso. La natura, le funzioni e le finalità del diritto di accesso alla luce dei principi di trasparenza e imparzialità.

L'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di una disciplina generale in materia di accesso ai documenti amministrativi è stata realizzata mediante la previsione del capo V della legge 7 agosto 1990 n. 241, in attuazione dell'effettiva applicazione del dettato costituzionale, e precisamente delle disposizioni normative di cui agli articoli 97-98 della Costituzione, che esplicitano i canoni di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa.

Pertanto, alla pari della partecipazione al procedimento, della motivazione del provvedimento e della pubblicità dell'atto, anche l'istituto del diritto di accesso ben si collega alla trasparenza dell'agire pubblico in quanto mira a garantire la conoscibilità documentale.

In virtù della sua valenza generale, giova rammentare le ulteriori ipotesi di esercizio del diritto di accesso elaborate al di fuori della legge 241 del 1990, che sono rispettivamente fornite dalla legge 8 giugno 1990 n. 142 (legge sulle autonomie locali) in tema di accesso agli atti prodotti dalle amministrazioni locali nonché dal decreto legislativo n. 196/2003 in tema di protezione dei dati personali, anche se in quest'ultima ipotesi il diritto di accesso trova applicazione con riferimento ai "dati personali" e non relativamente ai "documenti amministrativi" ed avrebbe ad oggetto i dati personali relativi all'interessato.

A distanza di ben quindici anni, siffatta normativa è stata oggetto di ulteriori modifiche ed alcune delle sue disposizioni sono state completamente riscritte; in particolare, la legge 15 del 2005 ha profondamente innovato la legge generale sul procedimento amministrativo, dettando una disciplina più organica e completa in tema di accesso e introducendo una serie di definizioni aventi carattere sostanziale, di cui agli articoli 22 e ss. della legge 241/1990.

Nello specifico, la normativa predisposta è stata concordemente riconosciuta come svolta fondamentale nella prassi dei rapporti tra amministra-

zione e cittadini, rispetto alla quale un ruolo centrale è propriamente svolto dal diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Fin dalla sua introduzione, infatti, la normativa contenuta negli articoli 22 e ss. della legge 241/1990, è stata oggetto di continui interventi giurisprudenziali tesi a chiarire le finalità, la portata nonché i limiti del diritto di accesso.

In particolare, per quanto attiene al profilo inerente il fondamento costituzionale del suddetto istituto giuridico, la dottrina maggioritaria ha ricondotto l'accesso alla regola della trasparenza, dell'imparzialità e del buon andamento ex articolo 97 della Costituzione.

Appare alquanto evidente lo stretto collegamento che sussiste con la trasparenza, laddove quest'ultima si configura quale nozione adottata dalla dottrina prevalente in termini di strumento attraverso il quale è possibile operare una valutazione sulla condotta della P.A., in quanto attribuisce ai cittadini il potere di esercitare un controllo democratico ed adeguato sull'attività dei soggetti pubblici, al fine di verificare la conformità dell'operato pubblico agli interessi sociali ed ai precetti costituzionali.

Ulteriore pilastro su cui si regge la vigente normativa in esame è rappresentato dallo svolgimento imparziale dell'azione amministrativa, che permette una verifica della correttezza dell'operato delle pubbliche amministrazioni nonché l'individuazione di eventuali anomalie nello svolgimento dell'attività pubblica.

Nonostante quest'ultima risulti essere l'impostazione prevalente, non è mancata, in ambito dottrinale, una elaborazione diversa e minoritaria, che tende a collegare il diritto di accesso al diritto all'informazione esplicitato dall'articolo 21 Cost., valutato non sotto il versante attivo, come diritto ad informare, bensì analizzato sotto il versante passivo, ovvero quale diritto ad essere informati.

In ogni caso, il diritto all'informazione amministrativa costituisce una articolazione imprescindibile sia del principio di buona amministrazione, in quanto la controllabilità degli atti pubblici consente di stimolare l'efficienza e l'efficacia, sia del principio di effettività della tutela giurisdizionale, atteso che la piena conoscenza dell'agire pubblico costituisce presupposto indefettibile ai fini dell'individuazione delle smagliature in cui la pubblica amministrazione possa essere incorsa.

Ne consegue, dunque, che, al di là di ogni possibile ricostruzione dottrinale o giurisprudenziale, il diritto di accesso è qualificabile come strumento del procedimento amministrativo funzionale alla conoscibilità degli atti o documenti di cui la pubblica amministrazione è in possesso nonché come meccanismo mirante alla valutazione della

efficienza dell'operato dei pubblici poteri.

Tuttavia, le disposizioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo che disciplinano l'accesso alla documentazione amministrativa, hanno ricevuto concreta applicazione sia da parte delle amministrazioni statali che delle amministrazioni territoriali e locali.

Con riferimento a queste ultime, il legislatore ha compiuto un notevole passo in avanti in quanto attualmente non si è limitato a parlare di principio generale ma ha stabilito che l'istituto del diritto di accesso attiene ai "livelli essenziali delle prestazioni dei diritti sociali e civili di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, i quali devono essere garantiti nell'ambito dell'intero territorio nazionale".

La diretta conseguenza di questo esplicito richiamo del dettato costituzionale è rappresentata dal fatto che i singoli Stati nonché le Regioni e gli enti locali sono vincolati alla stessa stregua al rispetto delle disposizioni normative cristallizzate dalla legge 241/1990 nonché ai criteri e principi che ne derivano nel corso dell'esercizio della propria attività amministrativa.

In tale prospettiva, va segnalata la disposizione normativa di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 247/2000, meglio noto come Testo unico degli enti locali, che si occupa dell'accesso ai documenti amministrativi degli enti locali e che sancisce l'obbligo per le amministrazioni territoriali di dettare norme regolamentari per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame delle domande, progetti e provvedimenti che li riguardano; il regolamento deve altresì assicurare "il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione".

Ne deriva che trattasi di istituto che si ricollega non solo alla trasparenza procedimentale, bensì anche alla trasparenza in senso lato, alla stessa stregua di ulteriori strumenti, quali il diritto dei consiglieri comunali e provinciali di ottenere dagli uffici, rispettivamente del Comune e della Provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le informazioni e notizie utili ai fini dell'espletamento del loro mandato.

Profilo soggettivo del diritto di accesso. Inquadramento della tematica.

L'attuale e vigente normativa, cristallizzata nella legge 241/1990, a mente della disposizione di cui all'articolo 22 stabilisce il significato ed il valore giuridico delle principali definizioni ricorrenti nell'ambito del procedimento amministrativo, al fine di assicurare l'esatta interpretazione della normativa e la sua uniforme applicazione.

Più specificatamente, le definizioni del "diritto di accesso", "dei soggetti interessati", "dei controinteressati", "dei documenti amministrativi" e "di pubblica amministrazione" sono stabilite dal primo comma del suddetto articolo ed assumono un valore fondamentale.

Tuttavia siffatta elencazione induce a soffermarsi sul profilo soggettivo nonché oggettivo del diritto di accesso ai documenti amministrativi, laddove si tratta di aspetti in ordine ai quali è stata registrata notevole giurisprudenza.

Relativamente al primo punto, risulta di preminente importanza porre l'accento sulla distinzione intercorrente tra soggetti attivi nonché soggetti passivi del diritto di accesso, rispettivamente definiti dal legislatore soggetti interessati nonché soggetti controinteressati.

Legittimazione attiva: il percorso evolutivo e giurisprudenziale.

La regolamentazione nell'individuare i "legittimati attivi al diritto di accesso", li identifica in: "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Pertanto, l'articolo 22 come novellato dalla legge 15/2005, dopo aver specificato che il diritto di accesso si concretizza "nel diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi", nell'individuare l'area dei possibili e potenziali titolari del diritto di accesso, richiede espressamente che l'interesse deve necessariamente corrispondere ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento relativamente al quale è domandato l'accesso.

Sul punto, una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha chiarito che: "la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica". Difatti, la categoria dell'"interesse giuridicamente rilevante", per la cui tutela l'articolo 22 legge 141/1990 prevede l'accesso ai documenti amministrativi, non coincide con quella dell'interesse all'impugnazione, essendo, rispetto a quest'ultima, più ampia.

Pertanto, ne discende l'autonomia del diritto di accesso, qualificabile come interesse ad un bene della vita distinto dalla situazione legittimante alla impugnativa dell'atto.

La giurisprudenza successiva all'intervento della nuova normativa si è soffermata a verificare la sussistenza di un nesso tra l'interesse giuridica-

mente rilevante del soggetto richiedente l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, chiarendo che: "tale collegamento va inteso in senso ampio posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse".

In particolare, deve necessariamente sussistere un legame tra finalità dichiarata e documento o documenti richiesti al fine di valutare la coerenza di tali ragioni con gli scopi alla cui realizzazione l'accesso è preordinato.

Pertanto è da ritenersi necessaria una connessione, di contenuto temporale, tra le relative istanze e le esigenze specifiche che spingono il richiedente a formulare la richiesta di accesso.

Va tuttavia precisato che il diritto di accesso ai documenti amministrativi, introdotto dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, a norma dell'articolo 22, comma 2 della stessa legge (come sostituito dall'articolo 15 della legge 11 febbraio 2005 n. 15) costituisce "un principio generale dell'ordinamento giuridico, il quale si colloca in un sistema ispirato al temperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dell'amministrato".

Quanto alla legittimazione attiva, deve notarsi, inoltre, che la normativa non prevede la sola titolarità da parte del soggetto di un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento, ma richiede ulteriori e specifici requisiti in merito all'interesse che legittima l'accesso agli atti amministrativi. Più specificatamente, deve essere:

- attuale, con riferimento alla richiesta di accesso agli atti;
- diretto, in quanto deve appartenere alla sfera del soggetto interessato;
- concreto, con riferimento alla necessità di un collegamento tra il soggetto ed un bene della vita coinvolto dall'atto o documento.

A tal proposito, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che i suddetti requisiti di interesse alla richiesta di diritto di accesso previsti ex lege, non richiedano alcuna dimostrazione con riguardo a tutte quelle situazioni in cui il soggetto richiedente sia direttamente interessato dal provvedimento amministrativo adottato.

In tal modo si è voluto evitare, sulla scorta di quanto già consacrato dall'impostazione giurisprudenziale tradizionale, che il diritto di accesso si qualificasse come una sorta di azione popolare ovvero come uno strumento "di ispezione popolare", esplorativo e di vigilanza che consentisse un

controllo diffuso e generalizzato in merito all'operato della pubblica amministrazione.

Al contrario, l'interesse che legittima la richiesta, da accertare caso per caso, deve essere serio, non emulativo, né riconducibile a mera curiosità e, dunque, ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso.

Legittimazione passiva: disciplina e orientamenti giurisprudenziali.

Per quanto concerne la posizione dei controinteressati, grazie alla nuova formulazione dell'articolo 22 della legge sul procedimento amministrativo, sostituita dalla legge 15 del 2005, è stata introdotta formalmente la nozione di "controinteressato" nell'ambito del diritto di accesso ai documenti amministrativi e, al contempo, è stata ulteriormente fortificata la posizione processuale di quest'ultimo con riguardo al giudizio speciale ex articolo 25 della legge 241/1990 innanzi al giudice amministrativo.

Secondo l'impostazione tradizionale, tra l'altro alquanto riduttiva, vanno considerati "controinteressati" nel giudizio di accesso alla documentazione amministrativa i soggetti cui si riferiscono i documenti ai quali è richiesto l'accesso.

Diversamente, la novellata disposizione normativa di cui all'articolo 22 della legge 241 del 1990 presenta un'indubbia valenza innovativa, in quanto nell'identificare i controinteressati li qualifica come: "soggetti, individuati o facilmente individuabili, che vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza dall'esercizio dell'accesso".

Come sostenuto anche da orientamenti dottrinali, affinché possa profilarsi una posizione di controinteressato, è richiesta la compresenza di due elementi, rappresentati rispettivamente dall'"elemento sostanziale, in base al quale è controinteressato in senso tecnico chi è portatore di un interesse qualificato alla conservazione dell'atto impugnato, di natura eguale e contraria a quello del ricorrente" nonché dall'"elemento formale", per il quale anche il soggetto deve essere nominativamente indicato nell'atto e, quindi, deve essere agevolmente individuabile dall'atto impugnato.

Difatti, la mancata menzione del soggetto nell'atto non solo non permette una facile ed immediata identificazione dello stesso, ma fa sì che questi non possa assumere la veste di controinteressato in virtù di un difetto di legittimazione ad appellare la decisione di primo grado.

Pertanto, secondo tale impostazione non può qualificarsi in termini di controinteressato quel soggetto la cui posizione è incisa dall'atto o documento impugnato solo in via indiretta.

Tuttavia, occorre un *quid pluris*, vale a dire "un

fumus di serietà e di meritevolezza di tutela nel merito della posizione del controinteressato all'accesso".

In altre parole, appare necessario in via preliminare effettuare una valutazione in merito alla sussistenza della fondatezza di una eventuale opposizione da parte del controinteressato.

La situazione diviene particolarmente complessa nel caso in cui sussista un numero notevole di soggetti potenzialmente controinteressati; sul punto, la giurisprudenza è ormai concorde nel ritenere che: "il giudice non deve limitarsi a guardare il solo profilo esteriore e formale della menzione di tali soggetti negli atti e nei documenti cui si riferisce l'accesso, ma deve andare oltre, compiendo una delibazione in ordine alla non manifesta infondatezza di una eventuale opposizione da parte di tali soggetti. Solo in caso di esito positivo di questo primo controllo provvisorio, appare ragionevole gravare il ricorrente che reclama l'accesso dell'onere di integrare il contraddittorio".

Profilo oggettivo del diritto di accesso. Il documento amministrativo: profili generali ed estensione della nozione di documento accessibile.

Dall'analisi della disposizione normativa di cui all'articolo 22, lettera d), della legge 241/1990 emerge che il legislatore ha previsto una definizione alquanto generica e ampia del c.d. oggetto del diritto di accesso.

Difatti, la previsione normativa in questione prevede che con la nozione di documento amministrativo si debba intendere: "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

In tale prospettiva, merita un accenno anche il "Regolamento in materia di accesso ai documenti amministrativi", meglio conosciuto come D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, il quale, all'articolo 2, comma 2, nel delineare l'ambito applicativo del suddetto istituto, richiama proprio l'articolo 22 della legge 241/1990, sancendo che il "diritto di accesso deve essere esercitato con riferimento ai documenti amministrativi" e, al contempo, richiede che "i documenti in questione siano materialmente esistenti al momento della relativa richiesta e che siano detenuti alla stessa data dalla pubblica amministrazione".

Aspetto di pregnante importanza che costituisce il *punctum dolens* della suddetta tematica concerne la garanzia dell'accessibilità ai documenti.

Rilevante al riguardo la previsione dell'articolo 24 della legge 241/1990, che delinea ai commi 1, 2, 3, 5 e 6, in maniera dettagliata e tassativa tutte le categorie di atti e procedimenti esclusi dal diritto di accesso, in quanto ipotesi di stretta interpretazione.

Invero, non è mancato un contrasto di ordine giurisprudenziale in merito alla nozione di atti e documenti accessibili.

Più specificatamente, si sono andati sviluppando in materia due orientamenti contrapposti, il primo, a favore di una visione restrittiva ed il secondo a sostegno di un allargamento della sfera di operatività delle norme sull'accesso.

L'adesione all'una ovvero all'altra impostazione delle prospettive sopra esposte, comporta a livello pratico, la produzione di effetti diversi.

Difatti, avallando la prima tesi, l'accessibilità risulta limitata ai soli documenti o atti relativi ad attività poste in essere dalle amministrazioni pubbliche e dai concessionari di pubblici servizi che siano espressione di potestà pubbliche e, dunque, di attività posta in essere sulla base delle sole norme di diritto pubblico.

Appoggiando, al contrario, la seconda, è possibile una estensione della sfera di operatività delle norme sull'accesso, con conseguente accessibilità di quegli atti che sono espressione di attività di diritto comune.

Al fine di una risoluzione dei contrasti in merito all'adesione all'uno o all'altro degli orientamenti sopra enunciati, già prima della riforma intervenne l'Adunanza Plenaria, che finì con il riconoscere il diritto di accesso con riguardo a qualsiasi tipologia di attività svolta dall'amministrazione pubblica, indipendentemente dalla loro natura pubblicistica o privatistica, sull'assunto che ogni attività posta in essere dall'amministrazione è finalizzata alla cura dell'interesse collettivo.

Da ultimo, sul tema è intervenuto più recentemente il Consiglio di Stato, il quale ha definitivamente sottolineato che: "l'attività pubblica è configurabile non solo quando l'amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma altresì nelle ipotesi in cui persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina sancita per i rapporti tra i soggetti privati, compresi quelli di gestione del proprio personale".

Le sentenze possono rientrare nella nozione di "documento amministrativo"?

Di non poco conto sono le precisazioni fornite da recenti pronunce in merito alla riconducibilità delle sentenze nella categoria dei "documenti amministrativi", ai fini dell'espletamento del diritto di accesso. La vexata quaestio è stata risol-

ta in termini negativi, atteso che lo scopo primario consacrato dalla normativa è rappresentato dalla tutela della trasparenza e dell'imparzialità dell'operato pubblico. Ulteriore ostacolo è, inoltre, fornito dalla stessa formulazione letterale dell'articolo 22 della legge 241/1990, laddove quest'ultimo si riferisce espressamente ad: "atti, anche interni, formati dalla pubblica amministrazione che siano espressione di un'attività amministrativa". Le sentenze, pertanto, possono essere ricondotte al solo genere di "documenti", non potendo non sottolineare che anche esse sono un qualcosa che rappresentano un "contenuto"; diversamente, la qualifica di "amministrativo" del documento non può in alcun modo essere assegnata alla "sentenza", laddove trattasi di atto concernente attività e organi giurisdizionali e non anche utilizzato ai fini dell'attività pubblica.

Michele Tibaldi

Commento all'articolo 21 bis della legge 287/1990. Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza.

L'articolo 21 bis della legge n. 287/1990 (intitolato ai Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza) è stato introdotto dall'articolo 35 del d.l. n. 201 del 2011, denominato "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici" e più noto come "decreto salvaItalia", nella legge n. 287 del 1990.

Il ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ex articolo 21 bis della legge summenzionata, rappresenta uno strumento destinato a rivoluzionare la natura della giurisdizione amministrativa: si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana.

Di primo acchito, ad avviso dello scrivente, appare opportuno (in ossequio anche alla consecutio della normativa) porre l'accento sulla dicitura: "a tutela della concorrenza e del mercato" (vale a dire l'ultima espressione adottata al primo comma dell'articolo 21 bis della legge n. 287/1990). La giurisdizione amministrativa è di diritto soggettivo, perché tutela situazioni giuridiche soggettive individuali, ossia interessi legittimi e diritti soggettivi. Invece, l'istituto in esame favorisce l'ingresso nel processo amministrativo di funzioni attribuite al giudice amministrativo

in chiave oggettiva. Evoca la giurisdizione di diritto oggettivo, in quanto il giudice amministrativo non tutela solo situazioni soggettive individuali (come accade per la giurisdizione amministrativa, che protegge interessi legittimi o diritti soggettivi), ma un interesse generale: quello della concorrenza. Invero, la novità legislativa disaminata non rappresenta l'unica eccezione al carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa. Basti pensare alla c.d. azione di classe nei confronti della P.A. e alle c.d. sanzioni alternative. In dottrina, ha destato meraviglia l'ingresso nel processo amministrato in un arco temporale così ridotto di tre allontanamenti tanto marcati (il ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è l'ultimo in ordine cronologico, ma è considerato il più significativo per portata innovativa). In estrema sintesi, per quanto riguarda la c.d. azione di classe nei confronti della P.A., la cd. legge Brunetta (legge n. 15/2009), in materia di efficienza della pubblica amministrazione, ha introdotto tale modello di tutela. Quest'ultimo è stato attuato attraverso il decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici". Rimanendo ben ancorati al mero profilo nozionistico, l'istituto in esame consente agli utenti dei servizi pubblici ovvero alle associazioni rappresentative dei loro interessi di agire nei confronti della P.A. e dei concessionari, per la violazione degli standard qualitativi ed economici degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, ovvero per l'omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, ovvero per la mancata emanazione degli atti amministrativi nei termini stabiliti.

Per quanto, invece, attiene alle c.d. sanzioni alternative di cui all'articolo 123 c.p.a., bisogna sottolineare che si concretizzano nella diminuzione della durata del contratto o in una sanzione di tipo pecuniario, che vengono irrogate, anche d'ufficio, dal giudice amministrativo, quando abbia ritenuto, dopo aver notato gravi violazioni poste in essere dalla stazione appaltante per preservare cogenti necessità di interesse generale, di conservare l'efficacia del contratto.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 21 bis della legge n. 287/1990, così come modificato, l'AGCM prima di adire le vie legali, presentando ricorso al T.A.R. col patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, "emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate". In dottrina, si ritiene che i due commi dell'articolo 21 bis debbano essere letti insieme, sia perché ciò rende possibile una lettura sistematica dell'ar-



ticolo sia perché si confa al disegno più razionale dei termini per ricorrere.

La pubblica amministrazione, dopo l'adozione del parere, può procedere all'annullamento in autotutela dell'atto amministrativo generale, del regolamento o del provvedimento, ai sensi dell'articolo 21 nonies della legge n. 241/1990. Non si tratta, infatti, dell'istituto della revoca in esercizio di autotutela, ex articolo 21 quinquies della legge in precedenza menzionata. La pubblica amministrazione, dopo aver verificato la sussistenza o meno dei presupposti per procedere all'annullamento in autotutela: si conformerà o non si conformerà, salvo in quest'ultimo caso l'obbligo di pronunciarsi motivatamente. Nella seconda ipotesi, l'Autorità presenterà il ricorso, ma spetterà sempre al giudice amministrativo la decisione circa l'accoglimento o il rigetto dello stesso. Va, inoltre, evidenziato che l'Autorità può esercitare la facoltà di inviare un parere alla pubblica amministrazione senza essere sottoposta ad alcun termine: gli unici previsti dall'articolo 21 bis della legge n. 287/1990 sono di sessanta giorni dalla comunicazione del parere entro i quali la P.A. dovrebbe conformarsi, spirati i quali l'Autorità può ricorrere entro i successivi trenta giorni. La norma non prevede, dunque, un termine entro il quale l'Autorità dovrà rilasciare il parere. L'Autorità può rilasciare il parere entro il termine ordinario di decadenza decorrente dalla conoscenza del provvedimento. Ciò trova cittadinanza: in virtù del ricorso al regime dell'annulla-

mento d'ufficio e dell'esercizio della facoltà da parte dell'Autorità della facoltà e non dell'assunzione del dovere di presentazione del ricorso, così come stabilisce la lettera dell'articolo 21 bis della legge n. 287/1990.

Non è da escludere l'ipotesi del silenzio della P.A.: quest'ultima potrebbe rimanere inerte, nonostante la comunicazione del parere dell'Autorità. È, tuttavia, pacifico in giurisprudenza che l'istanza presentata al fine di suscitare il potere di autotutela decisoria non consenta di agire contro il silenzio della P.A.: il ricorso fondato su questo presupposto verrebbe, senza ombra di dubbio, rigettato. Nel caso di mancata presentazione del parere, il ricorso sarebbe inammissibile per mancanza di un vero e proprio presupposto processuale. La violazione delle norme sulla concorrenza e sul mercato può essere rilevata d'ufficio (dalla stessa Autorità) o su segnalazione di un interessato. L'Autorità, sulla base del dettato normativo, deve adottare il parere, ma ciò potrebbe appesantire la sua attività, impendendo di fatto l'assolvimento delle altre competenze proprie dell'ente. È, in ogni caso, consuetudine di AGCM, se lo ritenga opportuno, di dare seguito alle segnalazioni ricevute mediante una lettera di archiviazione. Si pensa che ciò accadrà anche per questo genere di atti.

Occorre, comunque, rimarcare che il privato può anche scegliere di non percorrere la strada sopra descritta e presentare, agendo direttamente, ricorso davanti al T.A.R.

Contributi dai Colleghi



Ospitiamo in questa rubrica il contributo della dottoressa Francesca Del Grosso, Direttore Amministrativo, Tribunale di Nocera Inferiore.

L'etica nella Pubblica Amministrazione.

di Francesca Del Grosso

La riforma del lavoro pubblico avviata dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione della legge delega n. 15 del 2009, mira ad attuare taluni principi fondamentali (trasparenza, responsabilità e merito, qualità ed efficienza) assunti quali valori e - ad un tempo - quali obiettivi per la riscrittura del rapporto tra la pubblica amministrazione ed i cittadini con l'obiettivo di massimizzare il grado di soddisfazione degli utenti (customer satisfaction).

Il cittadino-utente è quindi il metro dell'azione della P.A. e del c.d. Piano della performance, documento programmatico triennale contenente non solo gli obiettivi strategici ed operativi, ma anche i necessari indicatori di qualità.

La mancata adozione del Piano - se imputabile a colpa del dirigente - può determinare l'applicazione di sanzioni economiche e il divieto di assumere personale o di conferire incarichi di consulenza o collaborazione, comunque denominati (articolo 10, decreto legislativo n. 150, comma 5).

Per la misurazione e la valutazione della performance sono impiegati criteri "strettamente con-

nessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi (articolo 1, decreto legislativo citato). Il cittadino concorre nel processo di valutazione del pubblico dipendente, tenendo conto della qualità reale dei servizi erogati e di quella percepita.

Completa il quadro l'allestimento degli strumenti di tutela collettiva (class action).

La class action configura un ulteriore rimedio giurisdizionale nei confronti delle amministrazioni, che si affianca alla tradizionale protezione dei diritti e degli interessi legittimi, particolarmente adatta a sanzionare lo scostamento dagli standard qualitativi ed economici stabiliti, consentendo all'autorità giudiziaria un intervento particolarmente invasivo nella sfera della discrezionalità amministrativa, che può giungere fino a fissare le misure per porre rimedio alla insufficiente qualità dei servizi resi all'utenza.

Il miglioramento dell'azione amministrativa passa - quindi - dal monitoraggio continuo della qualità del servizio e dal grado di soddisfazione dei destinatari dell'azione amministrativa. La ricognizione delle opinioni e delle valutazioni degli interessati funge da essenziale parametro per l'affinamento dell'azione pubblica.

Il concetto di qualità totale e percepita e la definizione di standard vanno - tuttavia - inevitabilmente rapportati alla realtà delle singole amministrazioni e alla dotazione di mezzi e di risorse finanziarie di cui esse dispongono.

Le ricadute sui compiti e sulla posizione dei singoli dipendenti è per altro verso inevitabile.

È richiesto un nuovo senso di appartenenza all'amministrazione come pure la percezione di un diretto e responsabile coinvolgimento nei programmi e nell'azione pubblica.

Sintomaticamente la direttiva n. 8 del mese di dicembre 2007, recante i principi di valutazione dei comportamenti nelle pubbliche amministrazioni, prescrive che la prestazione lavorativa non deve limitarsi all'osservanza delle prescrizioni contrattuali, ma aderire ai valori, alle missioni ed alla visione delle pubbliche amministrazioni, ossia il più efficiente perseguimento del pubblico interesse. I cittadini devono quindi poter confidare sul comportamento imparziale e corretto dei pubblici dipendenti. Soprattutto nella difficile congiuntura economica e sociale, la formulazione di nuovi valori accanto a quelli tradizionali, deve accompagnare il percorso intrapreso dalle organizzazioni pubbliche.

Di recente anche in seno all'OCSE, in adesione agli obiettivi di promozione della qualità dei risultati ed al superamento della rigida cultura dell'adempimento, sono state enunciate regole di condotta a) in ipotesi di potenziali conflitti di interesse, b) in settori delicati dell'amministrazione giudiziaria e fiscale.

In tali campi hanno acquistato primaria importanza, i codici di comportamento, che sanciscono in forma innovativa obblighi e responsabilità dei dipendenti pubblici, contemplanò le sanzioni, tipizzando i relativi procedimenti, la formazione e l'aggiornamento professionale e l'attenzione ai profili etici. Si è rilevato allora che ai criteri di economicità, efficienza, efficacia ed equità si affianca, e deve soccorrere oggi, l'etica dell'amministrazione, conformemente al precetto costituzionale di cui all'articolo 54 della Costituzione: secondo cui "I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge". La riforma (ma anche la legge generale sul procedimento amministrativo) approfondisce tale solco, operando sul versante dell'organizzazione oramai anche allo scopo di disincentivare condotte dei singoli contrarie ai precetti etici. Assoluta priorità riveste invero una coerente azione di contrasto della corruzione, la quale, oltre ai risvolti strettamente penalistici, inficia alla radice il valore dell'imparzialità della P.A., mina la tutela della concorrenza e pregiudica le pari opportunità. Se quindi il controllo sul corretto operato dell'amministrazione compete tradizionalmente al potere giudiziario, che è depositario del "sindacato sulle illegalità del potere", è però sempre più diffusa la consapevolezza che la lotta alla corruzione passa anche attraverso il miglioramento del livello di efficienza e trova un importante alleato

nelle metodologie di management, che promuovendo la cultura della strategia e della pianificazione per il raggiungimento di risultati a lungo periodo, responsabilizza il ruolo dei dirigenti pubblici (datori di lavoro), reprimendo fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo, finendo per colpire inevitabilmente anche le pratiche - purtroppo ancora diffusissime - di malaffare. Il piano industriale della pubblica amministrazione del maggio 2008 aspira - perciò - a divenire strumento di crescita complessiva del sistema paese.

L'etica, d'altro canto, rappresenta un aspetto rilevante del New Public Management, vale a dire dei più diffusi processi di modernizzazione basati sul modello delle c.d. cinque R (ristrutturare, riprogettare, reinventare, riallineare, ripensare). Altresì rileva l'obbligo dell'adozione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità attraverso cui le pubbliche amministrazioni definiscono le proprie attività per la legalità sia con la gestione del rischio della corruzione (Risk Management), sia definendo modalità di diffusione della cultura dell'integrità. Alcune (sia pure ancora poche) amministrazioni hanno adottato i modelli di Risk Management e nel corso del mese di febbraio si è svolto a Roma un convegno organizzato dal FORMEZ PA con la partecipazione del ministro Patroni Griffi dedicato alla mappa del rischio etico nell'ambito del Progetto etica pubblica nel Sud, Accrescere l'efficacia, la trasparenza, l'innovazione e la capability dell'Amministrazione Pubblica, PON 2007/2013. Accanto alle esperienze delle Regioni interessate, accompagnate dalle Università di riferimento, è emerso un aspetto significativo con risvolti interessanti: la relazione della Commissione Anticorruzione incentiva il governo a disciplinare l'adozione nelle singole pubbliche amministrazioni dei modelli di Risk Management per prevenire e "mappare" con precisione "il rischio corruttivo". In tale ambito si segnala da ultimo il disegno di legge 2243 per l'ulteriore semplificazione dei rapporti tra cittadini e la pubblica amministrazione e la redazione di una Carta dei doveri con lo scopo (indicato nella relazione illustrativa) di "fondare un corpus normativo che sviluppi le varie discipline già vigenti e le integri con nuovi indirizzi, conformi alle elaborazioni più aggiornate della scienza giuridica, alle migliori esperienze di prassi concretamente maturate a livello di pubblici uffici e alle indicazioni della giurisprudenza, soprattutto costituzionale". Ed ancora, la formulazione governativa della Carta dei doveri per assumere la trasparenza a principio di base elaborando rapporti con il pubblico orientati alla massima lealtà e collaborazione.



Lettera per una maestra.

di Raffaele Fasolino

Ognuno di noi ha avuto la "sua maestra" la quale, per il decorso di vari decenni, è stata dimenticata, nonostante sia stata la prima artefice della nostra professione.

Io, invero, ho avuto sempre un ricordo vivo della "mia" maestra per cui, alla soglia degli anni ottanta, ho pensato di inviarle una missiva che ciascuno dei lettori può, a sua volta, dedicare alla "sua" maestra dal momento che "tutte" le maestre, per la loro altissima missione, meritano ricordo e riconoscenza. Ed ecco la lettera alla "mia" maestra signora Filomena Cioffi maritata Naddeo.

Maestra carissima, innanzi tutto, per adeguarmi ai tempi, ti scrivo dandoti de "tu", così come fanno i ragazzi d'oggi e, per iniziare, ti esterno il mio affetto, il costante mio ricordo e ti vedo, oggi, come tanti anni fa, arrivare alla scuola sita nel vetusto fabbricato Palumbo di Roccapiemonte, ove l'unico "bagno" trovavasi sul ballatoio delle scale.

Nei freddi inverni (all'epoca nevicava sempre) portavi con te uno "scaldino" chiuso in rame che posizionavi ai piedi della pedana e ci chiamavi a gruppetti per riscaldarci le mani, spesso violacee e gonfie per i "geloni".

Sento la tua dolcissima voce, mai alterata, con la quale illustravi i primi concetti del sapere con la tua materna comprensione.

La mia riconoscenza è immensa perché fosti la

prima a mettere fra le mie mani la penna col "penino a cavallotti" e che ha consentito a me, come a tutti, di continuare gli studi.

Ricordo nitidamente la classe: io occupavo il primo banco della fila centrale e mio "compagno di banco" fu, per i primi tre anni, Carmine Angrisani di Ferdinando e di Giulia Cornacchine che però ci ha lasciato in giovane età così come Errico De Angelis, Errico Rescigno, Claudino Ciancio, Nicola Pagano, Cesare Ambrosino, Rosario Iuliano e qualche anno altro che mi sfugge. Oggi ti ricordo spesso con Luigi Califano, Oreste Ciancone e Mosè Ciancio ed insieme rimembriamo non solo quanto si faceva in classe ma anche le "sfilate" del sabato nelle quali indossavamo la nostra "divisa" ed io raggiunsi "in carriera" solo quella di "figlio della lupa".

Nel cortile del vecchio comune (demolito per una scriteriata decisione) ci esibivamo in esercizi gini-ci per poi recarci al "campo" (dietro la "Cappella") ad apprendere i primi elementi di agricoltura.

Il tutto con la "supervisione" di un altro grande "maestro": Giuseppe Naddeo, che guarda caso era tuo marito.

Sono certo, cara maestra, che anche in cielo hai organizzato la tua "classe" e, con quelli che ti hanno già raggiunto, attendi gli altri per riprendere le lezioni durante le quali non occorreranno più penne, lavagne e gessetti, perché saranno lezioni d'amore e di ricordi, e vorrei che mi riservassi il posto al primo banco della fila centrale, accanto a Carmine (Ninuccio) Angrisani.

Grazie, ancora, cara maestra e abbracciando te abbraccio tutte le maestre come te.

Historia et Antiquitates

Professione del Foro esercitata, e ben presto abbandonata, da Sant'Alfonso Maria de' Liguori.

di Gianluca Granato

Mondo traditore, ti ho conosciuto: non fai più per me! (tratto da "Vita del B. Alfonso Maria De Liguori", edita in Napoli, nel 1838, a spese del gabinetto letterario).

"Dappoiché Alfonso ebbe terminato i suoi studj, e ricevuta la laurea dottorale, non se ne rimase già neghittoso, e disoccupato, come accade bene spesso nella maggior parte de' giovani, i quali non avendo bisogno di procacciarsi il necessario sostentamento con qualche impiego, danno nel fior degli anni un eterno addio agli studj, ed a qualunque altra onesta occupazione e si abbandonano all'ozio, ed al dissipamento con niun vantaggio della civile società, e con grave pregiudizio della loro anima. Ma Alfonso conoscendo bene, che il lavoro, e l'occupazione è imposta a ciascuno secondo le proprie forze, e la propria condizione, e che è necessaria, e vantaggiosa allo spirito, e non poco anche al corpo, volle andare ad apprendere la pratica del Foro presso l'avvocato Perone, e morto questo, presso l'altro avvocato Jovera, giureconsulti ambidue molto stimati, e celebri in que' tempi nella città di Napoli. Sotto questi fece egli in breve tempo sì grandi progressi, che tuttor giovane si conciliò la stima universale, ed acquistossi il credito di dotto, e valente avvocato. Si ammirava in lui grande elevatezza d'ingegno e sublimità d'idee, una somma chiarezza nell'espone i fatti, una soda e profonda dottrina nel difendere, una robusta ed insinuante eloquenza nel perorare, una vivacità e prontezza di spirito nel rispondere, ed una forte premura nel condurre ad un felice esito le cause a lui commesse. Per lo che divulgatasi la fama della sua dottrina, e della grande sua abilità negli affari forensi non solo in Napoli, ma anche in tutto il Regno, si vedevano accorrere da ogni parte clienti per affidare a lui la difesa delle cause più interessanti, e più intralciate. Quello per altro, che recava maggior meraviglia, si era, che non solo esercitava egli tale impiego con somma giustizia, ed equità, ma che fra sì clamorose, e continue occupazioni, e distrazioni non si rallentava punto nell'intrapreso cammino della virtù. Oltre i comandamenti di Dio, osservava esattamente i precetti della Chiesa, e specialmente i digiuni fra l'anno, e quei della Quaresima, sapendo quanto l'astinenza de' cibi giovi a tener soggetta la carne allo spirito. Santificava le feste con l'istruzione, ed

altri atti di pietà; non lasciava di ritirarsi ogni anno col suo genitore a fare gli esercizi spirituali; frequentava tuttora i santi Sacramenti di otto in otto giorni; continuava sempre nelle sue solite pratiche divote; né andava giammai in tribunale, senza aver prima assistito al santo sacrificio dell'altare, persuaso, che il buon esito degli affari si dee ripetere principalmente da Dio. Ognun per tanto presagiva al giovane cavaliere, prima ancora del tempo, e dell'età, i più sublimi posti, ed onori della toga, e del Regno; molto più perché la famiglia de' Liguori era rimirata con occhio benigno, e con speciale affetto dall'Imperadore Carlo VI, il quale aveva allora il comando del Regno di Napoli, come anche da tutti i primarj Ministri di quella corte Cesarea. Il genitore poi rapito da sì rare doti, e talenti del suo figliuol primogenito, aveva già fondato in esso le maggiori speranze di accrescere sempre più per mezzo di lui il lustro, ed il patrimonio della sua famiglia. Vedeva al tempo stesso, che il suo diletto Alfonso veniva con premura richiesto da più persone di rango per averlo sposo di qualcuna delle lor figlie: ma egli rigettando qualunque altro partito, benché decoroso, e vantaggioso, ne aveva già stabilito le nozze con la signora D. Teresa de' Liguori figlia del Principe di Presiccio, donzella stimabile non solo per la nobiltà della nascita, ma ben più anche per le sue qualità naturali, e doti di animo. Alfonso per altro di genio, e di natura solitario, si mostrava mai sempre alieno dal prendere tale stato: che anzi innoltrato negli anni attestava, che ne' varj maneggi di matrimonio fatti per esso lui da suo padre, egli per grazia di Dio non vi aveva commesso giammai un peccato né pur veniale. Il che solo basta per comprendere appieno, a qual segno giungesse anche allora l'illibatezza del giovane Alfonso. Ma i disegni di Dio eran ben diversi da quelli del padre su la persona di Alfonso. La grazia cominciava già ad investirlo maggiormente, e ad ingerirgli una più forte, e decisa nausea, e dispregio delle comparse, e degli onori del mondo, per distaccarlo finalmente da tutto ciò che lo poteva tenere attaccato ad esso. Aveva già fatto Alfonso circa il quinto lustro di sua età gli esercizi spirituali col suo padre nella casa già mentovata de signori della missione con gran profitto del suo spirito, quando vi tornò nuovamente l'anno seguente, in cui vi predicava il signor Cutica gran servo di Dio. Or questi con un racconto da lui fatto di un cavaliere dannato, e quindi comparso ad una sua dama, commosse altamente tutto l'uditorio, e più di ogni altro il giovane Alfonso. Ed allora si fu, che egli si dette vie più a Dio: cominciò e frequentar più spesso l'Ospedale degli Incurabili (*storico ospedale, fondato a Napoli nel 1521 da Maria Lorenza Longo che volle tener fede ad un voto fatto quando era*



vittima di una malattia che l'aveva paralizzata - ndr); e propose di non andare mai più in sua vita a' teatri, e di non lasciar giammai in ciascun giorno la vista di Gesù Sacramentato esposto nell'orazione delle Quarantore (è un esercizio devozionale in cui si prega ininterrottamente per quaranta ore prima di celebrare la eucaristia - ndr), come di fatto eseguì. Egli stesso parlando di questi ultimi esercizi voleva dire, che dopo Gesù Sacramentato, e Maria Santissima, era tenuto al Cavaliere D. Francesco Capecelatro (*don Francesco Capecelatro, marchese di Lucito e patrizio napoletano - ndr*) che ve lo aveva invitato, giacché in essi si era sentito chiamare a stato migliore. Si agitava in questo tempo una lite feudale di sommo rilievo fra due gran Principi, uno de' quali ne aveva affidato la difesa ad Alfonso (*nel 1723 fu affidata a Sant'Alfonso una causa di enorme rilievo sia per i contendenti - i Granduchi di Toscana, imparentati con l'Imperatore d'Austria ed il Re di Napoli, contro il Duca napoletano Orsini di Gravina, nipote del Papa Clemente XIII - sia per il valore della proprietà contesa, il feudo di Amatrice, adesso in provincia di Rieti ed allora in Abruzzo, stimato seicentomila ducati. La causa, persa in prima istanza, si trascinava da quattro anni nei Tribunali di Napoli ed era giunta all'appello davanti alla Corte Suprema. Il Duca di Gravina si affidò proprio ad Alfonso de' Liguori - ndr*). Quanto più importante era l'affare, tanto maggiore fu lo studio, e la diligenza, che ei vi pose per condurlo a buon esito. V'impiegò un mese intero per leggerne, e considerarne attentamente il processo, e per porre nel loro più chiaro lume, e forza le ragioni tutte, onde poter vincere sicuramente la causa (*il feudo che si disputavano Vienna e Firenze era del padre di Filippo Orsini di Gravina, il Principe Domenico Orsini, al quale era stato sottratto da Vittoria della Rovere. Pur non avendo alcun diritto di sangue per rivendicarlo, ne deteneva però il titolo creditizio del 1688 corroborato dall'assenso reale con il quale Alessandro Orsini ipotecava Amatrice in favore di suo padre: 150000 ducati + 4000 ducati di rendita annua + gli interessi maturati dal 1692, anno della sua evizione. Il duca di Gravina decise, dunque, di ricorrere alla Real Camera della Sommaria per ottenere il pignoramento del feudo o il pagamento di questo enorme debito - ndr*). Nel giorno per tanto, che questa fu proposta in giudizio, Alfonso con la più energica eloquenza, e colle più sode ragioni unite ad una somma prontezza di spirito aringò in Tribunale, e lo fece in modo, che la numerosa udienza accorsa sì per la fama della causa, come anche pel merito del difensore, gli

presagiva già tacitamente la vittoria (*Sant'Alfonso sosteneva che un feudo antico, che assume una nuova qualità, non diventa per questo nuovo, sottolineando il palese atto di ingiustizia che aveva privato dei loro diritti gli Orsini di Gravina, creditori ipote-*

cari di Amatrice, mentre lo stesso sovrano non poteva sottrarre titoli di proprietà a dei terzi innocenti - ndr); e lo stesso presidente signor Caravita (*Tommaso Caravita 1749 - 1819, Patrizio Napoletano - Primo Presidente della Suprema Corte di Giustizia di Napoli, Caporuota di Santa Chiara, Caporuota del R.O. delle Due Sicilie - ndr*) mostrava già di voler segnare il decreto a lui favorevole. Ma che? non si tosto ebbe egli finito, che l'avvocato contrario (*Antonio Maggiocchi - ndr*) in vece di rispondergli, e ribatterne le ragioni addotte, lo invitò quasi sorridendo ad osservare alquanto il processo. Alfonso non temendo punto di trovare in esso cosa alcuna a se contraria, attesa la somma attenzione da lui usata nello svolgerlo, e ponderarlo, vi condiscese senza la minima esitazione. Ma quale non fu ella mai la sua sorpresa, allorché vide esservi in quello una particola negativa, che innocentemente non era stata né avvertita, né osservata da lui, la quale sola per altro distruggeva affatto tutta quanta la sua difesa? (*alzatosi Maggiocchi, fece leggere da un cancelliere la transazione del 1693 con tutte le sue clausole; le parole "in novum feudum" ricaddero quattro volte su Alfonso e sul suo cliente - ndr*). L'onorato giovane già avvezzo per natali, per coscienza, e per decoro a difendere le cause con la maggiore lealtà, e più scrupolosa integrità, poco mancò, che restasse tramortito a sì improvviso, ed insolito avvenimento. Si ricolmò però egli di confusione, e turbossì talmente per tema di un qualche sinistro sospetto da cadere sopra la sua persona, che i circostanti tutti se ne avvidero. Niuno per altro vi fu, che il sospettasse né pur per ombra; ma tutti concordemente giudicarono, come di fatto lo era, essere stato un mero, ed innocente abbaglio. Il presidente medesimo D. Domenico Caravita più degli altri procurò di fargli animo, e rincorarlo, dicendogli esser ben nota a tutti non solo la sua abilità, ma anche la sua probità; e che non eran già rare nel Foro simili innocenti inavvertenze solite accadere nell'ardore della difesa, ed in una forte brama di riportar la vittoria. Ciò non ostante tinto il volto di vergogna, e di rossore, dopo aver confessato ingenuamente: mi sono abbagliato; compatite, ho torto, si licenziò modestamente, e nello scendere le scale del tribunale si udì, che diceva: "mondo

traditore, ti ho conosciuto: non fai più per me!" Di là partitosi, se ne tornò subitamente in sua casa, ove rinchiusosi in una stanza, e tutto struggendosi in lagrime dinanzi al suo Signor crocifisso, vi stette per ben tre giorni continui senza mai uscirne, né pure per andare alla mensa, non ostante le replicate richieste de' suoi genitori. E qui appunto si fu, ove Alfonso risolvette di abbandonare in tutto il Foro, e la difesa delle cause degli uomini per consecrarsi al ministero ecclesiastico, ed a difendere le cause di Dio, e delle anime: laonde se una menzogna quasi inavvertita rimosse già da simile impiego un Andrea Avellino (*Sant'Andrea Avellino operò presso la Curia Arcivescovile di Napoli come avvocato; durante questo periodo ebbe modo di difendere un sacerdote in tribunale: la causa fu vinta ma solo con l'uso della menzogna. Questo fatto lo marcò profondamente al punto che decise di lasciare tutto ciò che poteva ostacolare il suo servizio a Dio - ndr*), la perdita di una lite fatta per mera svista, e senza veruna colpa, ne doveva ritrarre Alfonso. In tal ritiro, o vogliam dire solitudine di tre giorni, Iddio gli parlò più chiaramente al cuore, e gli fece intendere, che abbandonasse il mondo, e divenisse suo ministro nello stato ecclesiastico. A tal voce il giovane Alfonso non poté non risentire nel suo interno il più forte, e penoso contrasto di affetti, prodotto dal rispetto, ed amore, che ei giustamente portava al suo genitore, e dalla pronta ubbidienza, che pur da lui si doveva alla divina chiamata.

Ciò non ostante considerando, che conviene ubbidire più alla voce di Dio, che a quella dell'uomo, egli senza farne motto col padre, se ne andò dal suo direttore, a cui aperse il suo animo, e manifestò la risoluzione già presa; e quindi coll'approvazione di esso licenziò subito con un onesto pretesto tutti i suoi clienti, e disbrigossi affatto delle cause, e degl'intrighi del Foro. Il padre, che nulla ancor sapeva del disturbo di Alfonso per ciò, che era avvenuto nel tribunale, e molto meno la risoluzione di lui, gli disse una sera, che la mattina seguente fosse andata in consiglio per un affare, che interessava la propria casa; signor padre, gli rispose allora modestamente Alfonso, vi potete far servire da altri, che io altro negozio non ho, che di attendere al solo negozio dell'anima mia. A tale inaspettata risposta restò attonito il genitore, e ferito altamente nel cuore, diede in un dirottissimo pianto, poiché comprese bene la risoluzione del figlio, e vide svanire a un tratto tutte le sue concepite speranze. Ma andò un poco peggio l'affare allora, quando essendovi gala in corte, e la cuccagna avanti il palazzo in onore della Imperadrice, voleva lo stesso padre condurlo seco al baciamento, ed a vedere la detta cuccagna. Imperciocché avendo Alfonso risposto fredda-

mente all'invito del padre: e che ci vengo a fare? questi montato in collera per tal rifiuto, dette in su le furie. Ne giovò punto, che il figlio veggendo così alterato il genitore, soggiungesse tosto: eccomi qua, son pronto a venire; giacché lo stesso padre voltandogli dispettosamente le spalle, e piene di stizza, anziché andare a palazzo, se ne andò nel suo casino di Marianella (*Marianella è una zona del capoluogo campano ed è situata in una zona a nord di Napoli - ndr*). Restò non poco sorpreso, e confuso Alfonso a tal cosa; ma nel tempo stesso il lume della grazia lo rischiarò vie più, e lo confermò maggiormente nella risoluzione già fatta. "O mondo!" disse però egli tra se, "come ti ho da contentare, non so: se dico no, ti metti in collera: se dico sì, fai peggio. O mondo quanto più sto, più ti conosco!". Ed in così dire, a fin di sollevarsi alquanto lo spirito, se ne andò direttamente all'ospedale degli incurabili tanto più che era giorno di domenica. Ora mentre ché egli prestava quivi i soliti caritatevoli servigi a quei poveri infermi, vide a un tratto andar sossopra tutta la casa, e sentì come una voce, che gli diceva: che ci fai più in mezzo al mondo? Egli alla prima non dette retta a tali cose, e continuò a servire gl'infermi. Ma uscito che fu da tal luogo; ecco che venne sopraffatto da una gran luce; vide di nuovo andar sossopra tutto quell'ospedale; ed intese la stessa interna voce, che gli ripeteva: che ci fai più in mezzo al mondo? Compresse ben egli allora il significato di tutto questo, che doveva cioè vincere la carne, ed il sangue per darsi tutto a Dio; e però pieno di coraggio, e di confidenza ispiratagli dall'alto, si offerse tutto in olocausto al Signore, rispondendo tosto ad esempio di Paolo: Signore, avete ragione; eccomi, fate di me quel che volete. Quindi entrato senz'altro indugio nella vicina Chiesa della Redenzione degli Schiavi (*la chiesa di Santa Maria della Mercede e Sant'Alfonso Maria de' Liguori - già chiesa di Santa Maria della Redenzione dei Captivi - venne fondata nella seconda metà del XVI secolo per volere di un'associazione caritativa nata nel 1548 con lo scopo di riscattare i cristiani fatti prigionieri nelle battaglie contro i musulmani - ndr*) posta avanti la porta Sciuscella (*Port'Alba è ancora chiamata popolarmente porta sciusscella, dal nome in napoletano delle carrube, poiché nelle vicinanze c'era un rigoglioso albero di quel tipo - ndr*), ove in quel giorno vi era l'orazione delle Quarantore, rinnovò con tutto il fervore del suo spirito l'offerta totale di sé stesso al Signore; ed in contrassegno di tal sua risoluzione si trasse dal fianco la spada e l'appese come per caparra all'altare, che vi era della Vergine Santissima della Mercede (*nel 1723 Sant'Alfonso rinunciò al titolo di nobile del sedile di Portanova e depose la sua spada di cavaliere sull'altare della Madonna della Mercede - ndr*). Né contento di tutto ciò, per conoscere anche più

chiaramente il divin volere, e non errare in un affare di tanto rilievo, quale si è quello della elezione dello stato, se ne andò dal P. Pagano suo direttore, il quale dopo aver sentito tutto l'avvenuto, e dopo un maturo esame, approvò la sua risoluzione, e confermollo in essa. L'intenzione di Alfonso nel consacrarsi a Dio era di entrare tra' Padri dell'Oratorio di San Filippo Neri (*la congregazione dell'Oratorio ebbe origine dalla comunità di sacerdoti secolari raccolti a Roma attorno a san Filippo Neri, dapprima presso la chiesa di San Girolamo della Carità e poi presso quella di San Giovanni dei Fiorentini - ndr*) detti Gerolimini; ed il P. Pagano con tutti gli altri lo avrebbero ammesso ben volentieri nella loro Congregazione.

Ma sapendo ben essi la somma contrarietà del padre, il quale dava nelle smanie al solo sentire tal risoluzione del figlio, risolverono di non accettarlo, se prima non si fosse ottenuto il consenso di lui. Di fatti come Alfonso procurava in tutte le maniere di compiere la sua vocazione, così il padre dal canto suo non lasciava mezzo alcuno per potergliela impedire, e distrarlo affatto da essa. Ei lo mirava con cera brusca, faceva mostra di dispregiarlo, lo maltrattava, e giunse anche a farlo andar vestito lacero con gli stessi abiti. Veggendo per altro, che le asprezze, ed i duri trattamenti non giovavano punto, faceva uso talvolta della dolcezza, e di tanto in tanto abbracciandolo teneramente, giacché in realtà lo amava, dicevagli col cuor su le labbra: Figlio mio, non mi lasciare. La pia genitrice intanto sapeva, e vedeva tutto, ma osservava sempre in profondo silenzio; e mentreché rimirava con occhio amoroso, e con cuor dolente il figlio, non le dava l'animo di parlargli. Il genitore veggendo in fine essere andati a voto tutti i mezzi finora da lui usati, e che il figlio si andava sempre più confermando, ed adoperando per mandare ad effetto la sua risoluzione, si rivolse ad alcuni amici, e parenti, sperando, che questi colle lor maniere, e persuasive il potessero rimuovere dal suo pensiero, e fargli riprendere le occupazioni del Foro. Ricorse per tanto fra gli altri al P. Abate Mira monaco cassinese, fratello del Consigliere Mira; e questi dopo lungo discorso tenuto con Alfonso, altra risposta non poté da lui ottenere, se non che Iddio il chiamava, e che però egli non poteva non corrispondere alla detta chiamata. Ne pregò indi Monsignor D. Emilio Giacomo Cavalieri (*a 24 anni fu ordinato sacerdote dal cardinale Antonio Pignatelli arcivescovo di Napoli, il quale divenuto papa con il nome di Innocenzo XII, lo volle presso di sé a Roma e nel 1694 resosi vacante da diocesi di Troia, che allora comprendeva anche Foggia, lo nominò vescovo della città - ndr*) suo cognato, personaggio di autorità, e di santa vita; e questi in vece di addossarsi l'incarico, e si mostrò subito avvocato del suo nipote, e con

addurgli il proprio esempio rispose francamente al cognato: mio cognato, anche io ho lasciato il mondo, ed ho rinunciato la primogenitura per salvarmi; onde vedete, se posso consigliare il contrario: mi stimerei dannato. Dopo tutti questi passi, e tentativi riusciti affatto inutili, parve, che il padre si calmasse alquanto, e si riconciliasse con Alfonso. Questi allora pensò di interporre presso il padre lo stesso Monsignor Cavalieri suo zio materno, ed il suo direttore il P. Pagano; ad ambedue questi tanto dissero, e tanto si adoperarono, che riuscì loro finalmente d'indurlo ad acconsentire, che il figlio prendesse lo stato Ecclesiastico, a condizione per altro, che se ne dovesse rimanere in propria casa, e non già entrare, come pur voleva, nella Congregazione de' Padri Girolomini. Fu ben grande la gioja, e la consolazione di Alfonso all'udire tal cosa, benché vedesse di non potere eseguire in tutto il suo primiero disegno, quale era quello di aggregarsi a' Padri Girolomini.

Per lo che rinunziò ben tosto alle nozze già stabilite dal padre tra esso, e la giovane Principessa di Presiccio, la quale fatta consapevole dell'avvenuto elesse anche ella, ad esempio di lui, lo stato Religioso nel nobile Monastero del SS. Sacramento in Napoli, ove visse, e morì santamente, onde Alfonso ne scrisse poi la vita. Rinunziò altresì la pingue primogenitura dell'illustre sua Famiglia al suo fratello D. Ercole senza riserbarsi cosa alcuna per lui e per conseguenza venne anche a rinunciare a qualunque onore, e cosa del mondo.

Dopo tutto ciò il padre medesimo dovette con suo gran dispiacere presentarlo al Cardinal Pignatelli Arcivescovo allora di Napoli. L'affare per altro si tirava tuttora in lungo col pretesto, che non vi era in casa danajo per comperare gli abiti convenienti ad un Ecclesiastico. Ma che? Alfonso, quale non vedeva il momento di lasciare anche le esterne divise del secolo, e vestir quelle della milizia Ecclesiastica, senza saputa del padre, si provvide di tutto il necessario, e nel giorno 23 di Ottobre dell'anno 1723, essendo egli allora entrato appena nell'anno ventisettesimo di sua età, comparve all'improvviso in presenza del padre vestito da Ecclesiastico.

Questi al primo vederlo in tale abito, turbossi grandemente, e dette un alto grido gittandosi in sul letto, né per un anno intero volle giammai parlargli. Ma Alfonso tutto giulivo, e contento del nuovo stato, rivolse tutti i suoi pensieri, e le sue sollecitudini a rendersene meritevole, ed a corrispondere a' favori, ed alle grazie di quel Dio, il quale dopo aver fatto così dura, e lunga prova della sua costanza, e virtù, aveva in fine per sua infinita misericordia esaudito a pieno i voti, e le preghiere di Alfonso".

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Circolare 4 luglio 2012.

Durata del tirocinio previsto per l'accesso alle professioni regolamentate. Interpretazione dell'articolo 9, comma 6, del d.l. 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, 4 luglio 2012.

Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione generale della giustizia civile

L'articolo 9 comma 6 del d.l. 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, stabilisce che "la durata del tirocinio previsto per l'accesso alle professioni regolamentate non può essere superiore a diciotto mesi". Questo Ministero è stato investito, da privati e da Ordini professionali, della richiesta di parere in merito alla applicabilità della suddetta disposizione anche a coloro i quali abbiano iniziato il tirocinio anteriormente alla data di entrata in vigore della nuova legge (24 gennaio 2012).

Invero, né il decreto legge né la legge di conversione contengono disposizioni transitorie volte a regolare i casi di tirocinio professionale iniziato prima dell'entrata in vigore del decreto legge. Occorre pertanto fare riferimento ai principi generali in materia di successione di leggi nel tempo, tenuto conto della peculiarità della fattispecie.

Secondo l'articolo 11 delle disposizioni prel. cod. civ. la legge dispone per l'avvenire. Occorre tuttavia considerare, in linea generale, che nei rapporti di durata - quale quello che attiene allo svolgimento della pratica professionale - la nuova legge può applicarsi agli effetti non esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente quando sia diretta a regolare questi effetti indipendentemente dall'atto o dal fatto giuridico che li generò; quando invece essa, per regolare gli effetti, agisce sul fatto o sull'atto generatore del rapporto, la legge nuova, salve espresse disposizioni, non estende la sua portata a quegli effetti.

Nel caso di specie, deve ritenersi che la norma sia applicabile immediatamente, ovvero anche ai casi di tirocinio iniziato in precedenza, peraltro con le precisazioni che seguono.

Si evidenzia, al riguardo, che la volontà del legislatore è chiaramente improntata ad ampliare fin dall'immediato la possibilità di accesso dei giovani al mondo del lavoro, in armonia con il più generale disegno di liberalizzazioni delle professioni.

Peraltro, ove si accedesse alla contraria interpretazione, si verificherebbero situazioni di palese disparità di trattamento nell'accesso alla professione in relazione alla data di inizio del tirocinio, nel senso di penalizzare fortemente coloro che abbiano iniziato la pratica professionale immediata-

mente prima dell'entrata in vigore della norma, e ciò in violazione del principio costituzionale di uguaglianza consacrato nell'articolo 3 Cost. Si rileva, altresì, che in sede di conversione il legislatore ha usato - per riferirsi alla durata del tirocinio - il tempo presente in sostituzione del tempo futuro previsto nel decreto.

D'altra parte, si ritiene che l'esame di abilitazione opererà la verifica necessaria in ordine all'idoneità allo svolgimento della professione, rispetto alla quale la fase preparatoria rappresenta un mero requisito di ammissione. Occorre peraltro affrontare in questa sede le modalità di svolgimento della pratica, alla luce della circostanza che la nuova norma prevede che "per i primi sei mesi, il tirocinio può essere svolto, in presenza di un'apposita convenzione quadro stipulata tra i Consigli nazionali degli ordini e il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in concomitanza con il corso di studio per il conseguimento della laurea di primo livello o della laurea magistrale o specialistica". Tanto significa che, secondo la nuova disposizione normativa, ai fini del compimento della pratica professionale è necessario che un periodo di dodici mesi, non surrogabile con altra forma di tirocinio, sia svolto con la frequentazione effettiva di uno studio professionale.

La riforma in questione assume di conseguenza valenza generale e va a disciplinare tutti i tirocini previsti per l'accesso alle professioni regolamentate, dovendosi ritenere non più applicabili le disposizioni con essa incompatibili.

Al fine di darne la più ampia diffusione, si dispone la pubblicazione di quanto sopra sul sito istituzionale del Ministero.

Roma, 4 luglio 2012

Il Capo Dipartimento, Eugenio Selvaggi
Il Direttore Generale, Maria Teresa Saragnano

**Regolamento recante riforma
degli ordinamenti professionali.
D.P.R. del 7 agosto 2012 n. 137.**

Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali, a norma dell'articolo 3, comma 5, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 (GU n. 189 del 14 agosto 2012).

- OMISSIS -

Art. 4

Libera concorrenza e pubblicità informativa
1. È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni

regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni.

2. La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria.

3. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145.

Art. 5

Obbligo di assicurazione

1. Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti, idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva.

2. La violazione della disposizione di cui al comma 1 costituisce illecito disciplinare.

3. Al fine di consentire la negoziazione delle convenzioni collettive di cui al comma 1, l'obbligo di assicurazione di cui al presente articolo acquista efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto.

Art. 6

Tirocinio per l'accesso

1. Il tirocinio professionale è obbligatorio ove previsto dai singoli ordinamenti professionali, e ha una durata massima di diciotto mesi.

Resta ferma l'esclusione delle professioni sanitarie prevista dall'articolo 9, comma 6, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Il tirocinio consiste nell'addestramento, a contenuto teorico e pratico, del praticante, ed è finalizzato a conseguire le capacità necessarie per l'esercizio e la gestione organizzativa della professione.

2. Presso il Consiglio dell'ordine o del collegio territoriale è tenuto il registro dei praticanti, l'iscrizione al quale è condizione per lo svolgimento del tirocinio professionale. Ai fini dell'iscrizione nel registro dei praticanti è necessario, salva l'ipotesi di cui al comma 4, secondo periodo, aver conseguito la laurea o il diverso titolo di istruzione previsti dalla legge per l'accesso alla professione regola-

mentata, ferme restando le altre disposizioni previste dall'ordinamento universitario.

3. Il professionista affidatario deve avere almeno cinque anni di anzianità di iscrizione all'albo, è tenuto ad assicurare che il tirocinio si svolga in modo funzionale alla sua finalità e non può assumere la funzione per più di tre praticanti contemporaneamente, salva la motivata autorizzazione rilasciata dal competente consiglio territoriale sulla base di criteri concernenti l'attività professionale del richiedente e l'organizzazione della stessa, stabiliti con regolamento del consiglio nazionale dell'ordine o del collegio, previo parere vincolante del ministro vigilante.

4. Il tirocinio può essere svolto, in misura non superiore a sei mesi, presso enti o professionisti di altri Paesi con titolo equivalente e abilitati all'esercizio della professione. Il tirocinio può essere altresì svolto per i primi sei mesi, in presenza di specifica convenzione quadro tra il Consiglio nazionale dell'ordine o collegio, il Ministro dell'istruzione, università e ricerca, e il ministro vigilante, in concomitanza con l'ultimo anno del corso di studio per il conseguimento della laurea necessaria. I consigli territoriali e le università pubbliche e private possono stipulare convenzioni, conformi a quella di cui al periodo precedente, per regolare i reciproci rapporti. Possono essere stipulate analoghe convenzioni tra i Consigli nazionali degli ordini o collegi e il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, per lo svolgimento del tirocinio presso pubbliche amministrazioni, all'esito del corso di laurea. Resta ferma l'esclusione delle professioni sanitarie prevista dall'articolo 9, comma 6, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

5. Il tirocinio può essere svolto in costanza di rapporto di pubblico impiego ovvero di rapporto di lavoro subordinato privato, purché le relative discipline prevedano modalità e orari di lavoro idonei a consentirne l'effettivo svolgimento. Sul rispetto di tale disposizione vigila il locale Consiglio dell'ordine o collegio.

6. Il tirocinio professionale non determina l'instaurazione di rapporto di lavoro subordinato anche occasionale, fermo quanto disposto dall'articolo 9, comma 4, ultimo periodo, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

7. L'interruzione del tirocinio per oltre tre mesi, senza giustificato motivo, comporta l'inefficacia, ai fini dell'accesso, di quello previamente svolto. Quando ricorre un giustificato motivo, l'interruzione del tirocinio può avere una durata massima di nove mesi, fermo l'effettivo completamento dell'intero periodo previsto.

8. I praticanti osservano gli stessi doveri e norme

deontologiche dei professionisti e sono soggetti al medesimo potere disciplinare.

9. Il tirocinio, oltre che nella pratica svolta presso un professionista, può consistere altresì nella frequenza con profitto, per un periodo non superiore a sei mesi, di specifici corsi di formazione professionale organizzati da ordini o collegi.

I corsi di formazione possono essere organizzati anche da associazioni di iscritti agli albi e da altri soggetti, autorizzati dai consigli nazionali degli ordini o collegi. Quando deliberano sulla domanda di autorizzazione di cui al periodo precedente, i consigli nazionali trasmettono motivata proposta di delibera al ministro vigilante al fine di acquisire il parere vincolante dello stesso.

10. Il Consiglio nazionale dell'ordine o collegio disciplina con regolamento, da emanarsi, previo parere favorevole del ministro vigilante, entro un anno dall'entrata in vigore del presente decreto:

a) le modalità e le condizioni per l'istituzione dei corsi di formazione di cui al comma 9, in modo da garantire la libertà e il pluralismo dell'offerta formativa e della relativa scelta individuale;

b) i contenuti formativi essenziali dei corsi di formazione;

c) la durata minima dei corsi di formazione, prevedendo un carico didattico non inferiore a duecento ore;

d) le modalità e le condizioni per la frequenza dei corsi di formazione da parte del praticante nonché quelle per le verifiche intermedie e finale del profitto, affidate a una commissione composta da professionisti e docenti universitari, in pari numero, e presieduta da un docente universitario, in modo da garantire omogeneità di giudizio su tutto il territorio nazionale. Ai componenti della commissione non sono riconosciuti compensi, indennità o gettoni di presenza.

11. Il ministro vigilante, previa verifica, su indicazione del Consiglio nazionale dell'ordine o collegio, dell'idoneità dei corsi organizzati a norma del comma 9 sul territorio nazionale, dichiara la data a decorrere dalla quale la disposizione di cui al medesimo comma è applicabile al tirocinio.

12. Il Consiglio dell'ordine o collegio presso il quale è compiuto il tirocinio rilascia il relativo certificato. Il certificato perde efficacia decorsi cinque anni senza che segua il superamento dell'esame di Stato quando previsto. Quando il certificato perde efficacia il competente consiglio territoriale provvede alla cancellazione del soggetto dal registro dei praticanti di cui al comma 2.

13. Le regioni, nell'ambito delle potestà a esse attribuite dall'articolo 117 della Costituzione, possono disciplinare l'attribuzione di fondi per l'organizzazione di scuole, corsi ed eventi di tirocinio professionale.

14. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai tirocini iniziati dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, fermo quanto già previsto dall'articolo 9, comma 6, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Art. 7

Formazione continua

1. Al fine di garantire la qualità ed efficienza della prestazione professionale, nel migliore interesse dell'utente e della collettività, e per conseguire l'obiettivo dello sviluppo professionale, ogni professionista ha l'obbligo di curare il continuo e costante aggiornamento della propria competenza professionale secondo quanto previsto dal presente articolo. La violazione dell'obbligo di cui al periodo precedente costituisce illecito disciplinare.

2. I corsi di formazione possono essere organizzati, ai fini del comma 1, oltre che da ordini e collegi, anche da associazioni di iscritti agli albi e da altri soggetti, autorizzati dai consigli nazionali degli ordini o collegi.

Quando deliberano sulla domanda di autorizzazione di cui al periodo precedente, i consigli nazionali trasmettono motivata proposta di delibera al ministro vigilante al fine di acquisire il parere vincolante dello stesso.

3. Il Consiglio nazionale dell'ordine o collegio disciplina con regolamento, da emanarsi, previo parere favorevole del ministro vigilante, entro un anno dall'entrata in vigore del presente decreto:

a) le modalità e le condizioni per l'assolvimento dell'obbligo di aggiornamento da parte degli iscritti e per la gestione e l'organizzazione dell'attività di aggiornamento a cura degli ordini o collegi territoriali, delle associazioni professionali e dei soggetti autorizzati;

b) i requisiti minimi, uniformi su tutto il territorio nazionale, dei corsi di aggiornamento;

c) il valore del credito formativo professionale quale unità di misura della formazione continua.

4. Con apposite convenzioni stipulate tra i consigli nazionali e le università possono essere stabilite regole comuni di riconoscimento reciproco dei crediti formativi professionali e universitari. Con appositi regolamenti comuni, da approvarsi previo parere favorevole dei ministri vigilanti, i consigli nazionali possono individuare crediti formativi professionali interdisciplinari e stabilire il loro valore.

5. L'attività di formazione, quando è svolta dagli ordini e collegi, può realizzarsi anche in cooperazione o convenzione con altri soggetti.

6. Le regioni, nell'ambito delle potestà a esse attribuite dall'articolo 117 della Costituzione, possono disciplinare l'attribuzione di fondi per l'organizza-

zione di scuole, corsi ed eventi di formazione professionale.

7. Resta ferma la normativa vigente sull'educazione continua in medicina (ECM).

Art. 8
Disposizioni sul procedimento disciplinare delle professioni regolamentate diverse da quelle sanitarie

1. Presso i consigli dell'ordine o collegio territoriali sono istituiti consigli di disciplina territoriali cui sono affidati i compiti di istruzione e decisione delle questioni disciplinari riguardanti gli iscritti all'albo.

2. I consigli di disciplina territoriali di cui al comma 1 sono composti da un numero di consiglieri pari a quello dei consiglieri che, secondo i vigenti ordinamenti professionali, svolgono funzioni disciplinari nei consigli dell'ordine o collegio territoriali presso cui sono istituiti. I collegi di disciplina, nei consigli di disciplina territoriali con più di tre componenti, sono comunque composti da tre consiglieri e sono presieduti dal componente con maggiore anzianità d'iscrizione all'albo o, quando vi siano componenti non iscritti all'albo, dal componente con maggiore anzianità anagrafica.

3. Ferma l'incompatibilità tra la carica di consigliere dell'ordine o collegio territoriale e la carica di consigliere del corrispondente consiglio di disciplina territoriale, i consiglieri componenti dei consigli di disciplina territoriali sono nominati dal presidente del tribunale nel cui circondario hanno sede, tra i soggetti indicati in un elenco di nominativi proposti dai corrispondenti consigli dell'ordine o collegio. L'elenco di cui al periodo che precede è composto da un numero di nominativi pari al doppio del numero dei consiglieri che il presidente del tribunale è chiamato a designare. I criteri in base ai quali è effettuata la proposta dei consigli dell'ordine o collegio e la designazione da parte del presidente del tribunale, sono individuati con regolamento adottato, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, dai consigli nazionali dell'ordine o collegio, previo parere vincolante del ministro vigilante.

4. Le funzioni di presidente del consiglio di disciplina territoriale sono svolte dal componente con maggiore anzianità d'iscrizione all'albo o, quando vi siano componenti non iscritti all'albo, dal componente con maggiore anzianità anagrafica. Le funzioni di segretario sono svolte dal componente con minore anzianità d'iscrizione all'albo o, quando vi siano componenti non iscritti all'albo, dal componente con minore anzianità anagrafica.

5. All'immediata sostituzione dei componenti che siano venuti meno a causa di decesso, dimissioni o

altra ragione, si provvede applicando le disposizioni del comma 3, in quanto compatibili.

6. I consigli di disciplina territoriale restano in carica per il medesimo periodo dei consigli dell'ordine o collegio territoriale.

7. Presso i consigli nazionali dell'ordine o collegio che decidono in via amministrativa sulle questioni disciplinari, sono istituiti consigli di disciplina nazionali cui sono affidati i compiti di istruzione e decisione delle questioni disciplinari assegnate alla competenza dei medesimi consigli nazionali anche secondo le norme antecedenti all'entrata in vigore del presente decreto.

8. I consiglieri dei consigli nazionali dell'ordine o collegio che esercitano funzioni disciplinari non possono esercitare funzioni amministrative. Per la ripartizione delle funzioni disciplinari ed amministrative tra i consiglieri, in applicazione di quanto disposto al periodo che precede, i consigli nazionali dell'ordine o collegio adottano regolamenti attuativi, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, previo parere favorevole del ministro vigilante.

9. Le funzioni di presidente del consiglio di disciplina nazionale di cui ai commi 7 e 8 sono svolte dal componente con maggiore anzianità d'iscrizione all'albo. Le funzioni di segretario sono svolte dal componente con minore anzianità d'iscrizione all'albo.

10. Fino all'insediamento dei consigli di disciplina territoriali e nazionali di cui ai commi precedenti, le funzioni disciplinari restano interamente regolate dalle disposizioni vigenti.

11. Restano ferme le altre disposizioni in materia di procedimento disciplinare delle professioni regolamentate, e i riferimenti ai consigli dell'ordine o collegio si intendono riferiti, in quanto applicabili, ai consigli di disciplina.

12. Il ministro vigilante può procedere al commissariamento dei consigli di disciplina territoriali e nazionali per gravi e ripetuti atti di violazione della legge, ovvero in ogni caso in cui non sono in grado di funzionare regolarmente. Il commissario nominato provvede, su disposizioni del ministro vigilante, a quanto necessario ad assicurare lo svolgimento delle funzioni dell'organo fino al successivo mandato, con facoltà di nomina di componenti che lo coadiuvano nell'esercizio delle funzioni predette.

13. Alle professioni sanitarie continua ad applicarsi la disciplina vigente.

14. Restano altresì ferme le disposizioni vigenti in materia disciplinare concernenti la professione di notaio.

Capo II
Disposizioni concernenti gli avvocati

Art. 9
Domicilio professionale

1. L'avvocato deve avere un domicilio professionale nell'ambito del circondario di competenza territoriale dell'ordine presso cui è iscritto, salva la facoltà di avere ulteriori sedi di attività in altri luoghi del territorio nazionale.

Art. 10
Disposizioni speciali sul tirocinio forense per l'accesso

1. Fermo in particolare quanto disposto dall'articolo 6, commi 3 e 4, il tirocinio può essere svolto presso l'Avvocatura dello Stato o presso l'ufficio legale di un ente pubblico o di un ente privato autorizzato dal ministro della giustizia o presso un ufficio giudiziario, per non più di dodici mesi.

2. Il tirocinio deve in ogni caso essere svolto per almeno sei mesi presso un avvocato iscritto all'ordine o presso l'Avvocatura dello Stato o presso l'ufficio legale di un ente pubblico o di un ente privato autorizzato dal ministro della giustizia.

3. Fermo quanto previsto dal comma 2, il diploma conseguito presso le scuole di specializzazione per le professioni legali di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398, e successive modificazioni, è valutato ai fini del compimento del tirocinio per l'accesso alla professione di avvocato per il periodo di un anno.

4. Il praticante può, per giustificato motivo, trasferire la propria iscrizione presso l'ordine del luogo ove intende proseguire il tirocinio. Il consiglio dell'ordine autorizza il trasferimento, valutati i motivi che lo giustificano, e rilascia al praticante un certificato attestante il periodo di tirocinio che risulta regolarmente compiuto.

5. In attuazione del presente decreto, l'attività di praticantato presso gli uffici giudiziari è disciplinata con regolamento del ministro della giustizia da adottarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentiti gli organi di autogoverno delle magistrature e il consiglio nazionale forense. I praticanti presso gli uffici giudiziari assistono e coadiuvano i magistrati che ne fanno richiesta nel compimento delle loro ordinarie attività, anche con compiti di studio, e ad essi si applica l'articolo 15 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3.

Al termine del periodo di formazione il magistrato designato dal capo dell'ufficio giudiziario redige una relazione sull'attività e sulla formazione professionale acquisita, che viene trasmessa al consiglio dell'ordine competente.

Ai soggetti previsti dal presente comma non compete alcuna forma di compenso, di indennità, di

rimborso spese o di trattamento previdenziale da parte della pubblica amministrazione. Il rapporto non costituisce ad alcun titolo pubblico impiego. Fino all'emanazione del decreto di cui al primo periodo, continua ad applicarsi, al riguardo, la disciplina del praticantato vigente al momento di entrata in vigore del presente decreto.

6. Il praticante avvocato è ammesso a sostenere l'esame di Stato nella sede di Corte di Appello nel cui distretto ha svolto il maggior periodo di tirocinio. Quando il tirocinio è stato svolto per uguali periodi sotto la vigilanza di più consigli dell'ordine aventi sede in distretti diversi, la sede di esame è determinata in base al luogo di svolgimento del primo periodo di tirocinio.

- OMISIS -

Capo IV
Disposizioni transitorie e finali

Art. 12
Disposizione temporale

1. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano dal giorno successivo alla data di entrata in vigore dello stesso.

2. Sono abrogate tutte le disposizioni regolamentari e legislative incompatibili con le previsioni di cui al presente decreto, fermo quanto previsto dall'articolo 3, comma 5 bis, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, e fatto salvo quanto previsto da disposizioni attuative di direttive di settore emanate dall'Unione Europea.

Art. 13
Invarianza finanziaria

1. Dall'attuazione del presente provvedimento non derivano nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

I soggetti pubblici interessati operano nell'ambito delle risorse disponibili agli scopi a legislazione vigente.

Art. 14
Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana.

È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

- OMISIS -



Rateazione di contributi già iscritti a ruolo, convenzione Cassa Forense/Equitalia.

Il Consiglio di Amministrazione di Cassa Forense, nel quadro di una revisione ed armonizzazione del sistema di rateazione dei crediti contributivi, per facilitare il pagamento dei contributi dovuti e già iscritti a ruolo, ha deliberato di stipulare una convenzione con Equitalia.

La convenzione, che rientra in un più ampio programma di sostegno al reddito, in un momento in

cui anche l'Avvocatura soffre il particolare periodo di crisi, prevede rateazioni fino a 4 o 6 anni, con rate minime di euro 100,00 mensili. Il tasso di interesse da applicare è stato stabilito dalla Cassa nella misura, particolarmente contenuta, del 3% annuo. In virtù di tale convenzione, già operativa dal 1° agosto 2012, la rateazione di somme iscritte a ruolo potrà essere richiesta direttamente agli sportelli dei vari agenti per la riscossione su tutto il territorio nazionale.

Maggiori informazioni e la modulistica necessaria sono disponibili sul sito Internet:

www.gruppoequitalia.it/equitalia/opencms/it/cittadini/rateazioni/.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	170	6	0	0	176
AVVOCATI	1244	9	6	2	1261
TOTALE	1414	15	6	1	1437

PRAT. SEMPLICI	243
PRAT. ABILITATI	419
TOTALE	662

CASSAZ. E AVVOCATI	1437
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	662
TOTALE ISCRITTI	2099

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totali M • F
CASSAZIONISTI	146 • 24	5 • 1	0 • 0	0 • 0	151 • 25
AVVOCATI	604 • 640	3 • 6	5 • 1	1 • 1	613 • 648
TOTALE	750 • 664	8 • 7	5 • 1	1 • 1	764 • 673

	M • F
PRAT. SEMPLICI	104 • 139
PRAT. ABILITATI	164 • 255
TOTALE	268 • 394

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	764 • 673
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	268 • 394
TOTALE ISCRITTI	1032 • 1067