

**CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE SESTA
SENTENZA 1 MARZO 2005, N.820 – PRES. SCHINAIA
EST. MARUOTTI – AVV. PROF. FILIPPO LUBRANO
CONTRO COMUNE DI PIZZO**

Giustizia amministrativa – Procedimento giurisdizionale – Compenso del difensore – Liquidazione giudiziale - art. 28 legge n. 794 del 1942 – Applicabilità - Sussistenza

Il procedimento di liquidazione giudiziale del compenso del difensore previsto dall'art.28 della legge 794 del 1942 trova applicazione anche nel processo amministrativo, poiché – in assenza di una espressa previsione del legislatore in senso contrario – si deve preferire una interpretazione delle norme che sia conforme ai principi costituzionali (nel caso di specie l'art.3) ed in quanto gli artt. 28 e 29 non risultano incompatibili con le peculiarità del processo amministrativo, riguardano questi pretese creditorie attinenti al rapporto tra l'avvocato ed il proprio cliente, rispetto alle quali il giudice competente a decidere la lite è l'autorità più adeguata a valutare la natura e il valore della controversia e le circostanze del caso (1)

La sentenza così motiva:

(omissis)

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

1 Col ricorso n. 16020 del 1993, proposto al TAR per il Lazio, il Comune di Pizzo ha impugnato il provvedimento del Ministro per i beni e le attività culturali n. 1414 del 15 luglio 1993.

Il TAR, con la sentenza n. 75 del 1998, ha respinto il ricorso ed ha compensato tra le parti gli onorari e le spese del giudizio.

A seguito della definizione del giudizio, l'avvocato Lubrano – nella sua qualità di difensore del Comune nel medesimo giudizio – ha trasmesso all'Amministrazione la nota degli onorari e delle spese, poi sollecitando più volte il pagamento.

Con l'istanza di data 28 agosto 2003, proposta ai sensi dell'art. 28 della legge n. 794 del 1942 e depositata alla Segreteria del TAR, l'avvocato Lubrano ha chiesto la liquidazione degli onorari e delle spese, nella misura ivi fissata.

Con l'ordinanza collegiale resa nel corso della camera di consiglio del 10 novembre 2003, il TAR ha ritenuto che l'art. 28 della legge n. 794 del 1942 è applicabile “con esclusivo riferimento alle prestazioni giudiziali riguardanti la materia civile” ed ha dichiarato inammissibile l'istanza di liquidazione.

2. Con l'appello notificato in data 5-10 maggio 2004, l'avvocato Lubrano ha impugnato l'ordinanza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, sia accolta l'istanza originaria, eventualmente previa ordinanza che sollevi questioni di legitti-

mità costituzionale dell'art. 28 della legge n. 794 del 1942, ove interpretabile nel senso rilevato dal TAR.

Nel corso della presente fase del giudizio, ha proposto intervento la Società italiana degli avvocati amministrativisti, che ha aderito alle richieste dell'appellante.

3. Preliminarmente, va rilevata l'ammissibilità dell'appello in esame, poiché:

◆ l'ordinanza impugnata ha un evidente contenuto decisorio, in ordine alla insussistenza del rimedio previsto dall'art. 28 della legge n. 794 del 1942 (per la tutela del credito sussistente nei confronti del Comune di Pizzo) e alla inconfigurabilità del procedimento previsto dal successivo art. 29);

◆ per la giurisprudenza di questo Consiglio, affermata quando ancora nessuna norma prevedeva espressamente l'appello avverso le ordinanze cautelari, le ordinanze del TAR - aventi un contenuto decisorio - sono appellabili al Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 125 della Costituzione e dell'art. 28 della legge n. 1034 del 1971 (Ad. Plen., ord. 20 gennaio 1978, n. 1; ord. 30 marzo 2000, n. 1), in un sistema in cui il medesimo art. 125 afferma il principio della "necessaria appellabilità" di tutte le pronunce degli organi della giustizia amministrativa di primo grado (Corte Cost., 1° febbraio 1982, n. 8; ord. 31 marzo 1988, n. 395).

4. Può pertanto passarsi all'esame del gravame.

4.1. La legge 13 giugno 1942, n. 794 (recante disposizioni sugli "onorari di avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile") prevede che:

◆ "per la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti nei confronti del proprio cliente, l'avvocato..., dopo la decisione della causa o l'estinzione della procura, deve, se non intende seguire la procedura di cui all'art. 633 e seguenti del codice di procedura civile, proporre ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo" (art. 28);

◆ "il Presidente del Tribunale o della Corte di appello ordina, con decreto in calce al ricorso, la comparizione degli interessati davanti al collegio in camera di consiglio, nei termini ridotti a norma dell'art. 645, ultima parte, del codice di procedura civile", dopo la cui notifica, in assenza di conciliazione, "il collegio provvede alla liquidazione con ordinanza non impugnabile, la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese del procedimento" (art. 29).

4.2. Ad avviso della ordinanza impugnata:

◆ i riportati articoli 28 e 29 sarebbero di "stretta interpretazione" e non si applicherebbero al processo amministrativo, perché riguardanti la sola "materia civile";

◆ sarebbero manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale (sollevate in primo grado con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.), poiché l'avvocato - che ha difeso la parte nel processo amministrativo - può utilizzare "l'ordinario giudizio di cognizione ovvero ... lo strumento monitorio del decreto ingiuntivo, disciplinato dagli artt. 633 ss. c.p.c.".

4.3. Ritiene il Collegio che le censure dell'appellante - sulla applicabilità dell'art. 28 della legge n. 794 del 1942 - risultano fondate e vanno accolte, per le seguenti decisive considerazioni:

a) i riportati articoli 28 e 29 consentono all'avvocato, dopo la decisione della causa, di seguire la procedura di cui all'art. 633 ss. c.p.c., ovvero di proporre il ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo, così attuando un sistema 'alternativo', in cui l'avvocato può scegliere quale tra i due rimedi processuali attivare per la liquidazione del dovuto;

b) la considerazione del TAR sulla 'stretta interpretazione' da dare all'art. 28 non è condivisibile, per il carattere polisenso del concetto di "materia civile" (cui si riferisce anche la legge n. 1051 del 1957), emergente anche:

◆ dall'inclusione delle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione, quanto meno quando non siano in discussione i suoi poteri pubblicistici,

◆ dal decreto ministeriale n. 585 del 1994, che - nello stabilire i criteri per la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati in "materia civile" - nell'articolato e nelle tabelle allegate ha richiamato le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa;

c) anche l'altra considerazione del TAR (per cui la mancata applicabilità dell'art. 28 al processo amministrativo non comporterebbe alcuna disparità di trattamento né inciderebbe sulle facoltà di agire in giudizio) non è condivisibile, poiché l'interpretazione restrittiva dell'art. 28 precluderebbe all'avvocato amministrativista di avvalersi di uno specifico rimedio di tutela, attribuito al collega che svolga l'attività presso il giudice civile;

d) pur se il legislatore gode di ampia discrezionalità nella regolamentazione degli istituti processuali e nella previsione di forme di tutela differenziale con riguardo alla particolarità del rapporto dedotto in giudizio (Corte Cost., ord. 10 maggio 2002, n. 179; ord. 24 ottobre 2001 n. 343; ord. 4 febbraio 2000 n. 30; 12 dicembre 1998, n. 406; ord. 21 ottobre 1998 n. 359; 19 marzo 1996, n. 82), nella specie non risulta una espressa previsione del legislatore, ostativa alla applicabilità degli artt. 28 e 29 nel processo amministrativo;

e) tra due possibili interpretazioni di una norma, è corretta quella più conforme alla Costituzione (Corte Cost., 22 aprile 2002, n. 127; ord. 26 febbraio 1998, n. 39; 18 luglio 1997, n. 244; 18 aprile 1997, n. 99; 27 dicembre 1996, n. 421);

f) gli artt. 28 e 29 non risultano incompatibili con le peculiarità del processo amministrativo, perché riguardano pretese creditorie attinenti al rapporto tra l'avvocato ed il proprio cliente, rispetto alle quali il giudice competente a decidere la lite è l'autorità più adeguata a valutare la natura e il valore della controversia e le circostanze del caso (mentre - rispetto a tale rapporto - non rilevano le esigenze processuali e sostanziali riferibili alla giurisdizione di legittimità e alle posizioni di interesse legittimo);

g) il loro ambito di applicazione non è dunque inciso dai criteri e dalle leggi che ripartiscono la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa, nel senso che il relativo rimedio di tutela, come spetta all'avvocato che innanzi al giudice civile difenda un cliente (poco importando la sua natura pubblica o privata) in una lite di pubblico impiego, di opposizione ad ordinanza-ingiunzione e negli altri casi in cui siano coinvolte le amministrazioni, così spetta all'avvocato che difenda il cliente in sede di giustizia amministrativa.

5. Per le ragioni che precedono, in riforma della ordinanza impugnata, deve dichiararsi l'ammissibilità dell'istanza formulata dall'avvocato Lubrano.

Per l'effetto, la medesima ordinanza va annullata con rinvio, affinché il Presidente del TAR adotti l'atto previsto dall'art. 29 della legge n. 794 del 1942, per la comparizione degli interessati in camera di consiglio.

Il TAR pronuncerà anche in ordine alle spese ed agli onorari della presente fase del giudizio.

(Omissis)

(1) In tema di onorari dell'avvocato amministrativista (ovvero l'applicazione al processo amministrativo della legge n. 794 del 1942)

Sommario

1. Posizione del problema e decisione del Consiglio di Stato; 2. Natura del procedimento previsto dagli articoli 28 e 29 della legge n. 794 del 1942 e sua applicabilità al processo amministrativo; 3. La condanna alle spese.

1. Posizione del problema e decisione del Consiglio di Stato

La decisione in esame deve essere segnalata tra le più significative per ciò che concerne la professione di avvocato ed in particolare per quella degli avvocati amministrativisti.

Con la sentenza numero 820 del primo marzo 2005 la sesta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato ha esteso, anche al giudizio amministrativo, quanto previsto dalla legge del 13 giugno 1942, n. 794, recante disposizioni sugli "onorari di avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile".

Gli articoli 28 e 29 di detta normativa prevedono "per la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti nei confronti del proprio cliente, l'avvocato, dopo la decisione della causa o l'estinzione della procura, deve, se non intende seguire la procedura di cui all'articolo 633 e seguenti del codice di procedura civile, proporre ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo".

Inoltre, l'articolo 29 stabilisce che "il Presidente del Tribunale o della Corte d'appello ordina, con decreto in calce al ricorso, la comparizione degli interessati davanti al collegio in camera di consiglio, nei termini ridotti a norma dell'art. 645, ultima parte del codice di procedura civile" dopo la notifica del decreto, in assenza di una soluzione conciliativa della lite, "il collegio provvede alla liquidazione con ordinanza non impugnabile, la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese del procedimento".

La decisione in parola del Consiglio di Stato ha rilevato che "gli articoli 28 e 29 non risultano incompatibili con la peculiarità del processo amministrativo, perché riguardano pretese creditorie attinenti al rapporto tra l'avvocato ed il proprio cliente, rispetto alle quali il giudice competente a decidere la lite è l'autorità più adeguata a valutare la natura ed il valore della controversia e le circostanze del caso (mentre – rispetto a tale rapporto – non

rilevano le esigenze processuali e sostanziali riferibili alla giurisdizione di legittimità e alle posizioni di interesse legittimo)".

Ha, inoltre, ricordato il Consiglio di Stato che l'ambito di applicazione dell'istituto previsto dagli articoli 28 e 29 della legge n. 794 del 1942 non è inciso dai criteri e dalle leggi che delimitano il riparto della giurisdizione ordinaria, rispetto a quella amministrativa, pertanto il rimedio da essi previsto non può essere limitato, secondo un discutibile criterio di rigorosa interpretazione letterale, alla sola materia della giustizia civile, ma la fruizione di tale istituto deve essere consentita anche "all'avvocato che difenda il cliente in sede di giustizia amministrativa".

2. Natura del procedimento previsto dagli articoli 28 e 29 della legge n. 794 del 1942 e sua applicabilità;

L'analisi della decisione del Consiglio di Stato offre lo spunto per ulteriori riflessioni relative alla natura dell'istituto ed alla sua applicabilità nell'ambito dei differenti riti, nonché, più ampiamente, al regime delle spese per soccombenza nel processo amministrativo.

Correttamente il Consiglio di Stato ha affermato che la normativa in esame non è incisa dal riparto di giurisdizione sancito dall'articolo 103 della Costituzione, in quanto non ha ad oggetto la materia dedotta in giudizio.

Nel caso di specie, infatti, non ci si trova in presenza di situazioni giuridiche collegate alla tutela di interessi legittimi o di diritti soggettivi sul procedimento in esame, riguarda esclusivamente la quantificazione degli onorari dell'avvocato, in un contesto nel quale non si discute neppure della sussistenza della prestazione professionale, ma esclusivamente dalla sua quantificazione dell'attività svolta. E' per questa ragione che la competenza a decidere, operando la mera quantificazione del dovuto, è assegnata al giudice innanzi al quale si è consumata la prestazione professionale, come sancisce l'articolo 28 della legge 794 del 1942.

E' interessante ricordare che al giudice competente, attraverso la comparizione degli interessati (il professionista che ha esperito l'azione ed il cliente), è data la possibilità di tentare la conciliazione della lite¹.

Nel caso in cui la conciliazione non dovesse sortire effetto positivo il giudice competente "provvede alla liquidazione" con ordinanza non impugnabile, provvedimento questo che costituisce titolo esecutivo e che determina anche la quantificazione delle spese stesse del procedimento attivato.

Si è autorevolmente discusso in dottrina² in merito alla conformità, alla costituzione di questo procedimento che viene emanato con ordinanza non impugnabile.

Sul punto è stato efficacemente³ rilevato che nel caso in esame non si è in presenza di un vero e proprio giudizio su diritti, ma ci si trova esclusivamente in presenza di una "liquidazione" di onorari operata con la emanazione di un provvedimento avente valore di titolo esecutivo. Pertanto, tale ordinanza non è neppure suscettibile di ricorso in Cassazione a norma del settimo comma dell'art. 111 della costituzione.

¹ Va ricordato che l'esperimento di un'ipotesi di conciliazione sullo stesso tema può essere attuato anche innanzi al Consiglio dell'Ordine a norma dell'articolo 22

del Codice deontologico. Vedi al riguardo R. DANOVÌ, *Commentario del Codice deontologico forense*, Milano 2004, p. 387.

In sostanza – afferma il Lanfranchi - non vi è alcuna contestazione né sullo svolgimento della prestazione professionale, né sul diritto al pagamento di essa in capo al professionista, ma si discute esclusivamente sulla misura di detto pagamento; tale attività non può, quindi, qualificarsi come un giudizio su diritti posti in contestazione, bensì come una mera quantificazione di un diritto incontestato quello al pagamento della prestazione svolta.

Applicando queste riflessioni alla fattispecie in esame se ne deduce che non ci si trova né in presenza di una estensione della competenza dei giudici amministrativi, né, tantomeno, dalla individuazione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva, l'estensione o meglio la lettura non squisitamente “nominalistica” della normativa in esame, fatta dal Consiglio di Stato non dà luogo ad una attività giurisdizionale legata alla tutela di un diritto controverso, ma essa implica una mera attività contabile preceduta da un tentativo di conciliazione della lite.

Alla luce delle considerazioni in precedenza svolte appare evidente che il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato non può essere limitato alle sole cause in materia civile, ma esso deve trovare applicazione per tutti i profili di contestazione che vengono sollevati in tema di mera quantificazione delle prestazioni professionali svolte, indipendentemente dalla tipologia del giudizio, per i soli onorari in esso maturati (incontrovertibilmente maturati) sui quali si discute.

Pertanto, poiché ci si trova in presenza di una mera ipotesi di determinazione (recitius: quantificazione) di onorari è logico che essa trovi applicazione per tutti i giudizi, non assegnando al giudice, innanzi al quale si è svolto il giudizio, che la legge n. 794/42 individua come competente, alcuna nuova attribuzione giurisdizionale, ma investendolo soltanto del potere di conciliazione della vertenza tra avvocato e parte sostanziale da lui difesa, potere al fa seguito, in caso di mancata conciliazione, un provvedimento di determinazione (quantificazione) degli onorari, lasciato al suo libero apprezzamento, e quindi non impugnabile, neppure a norma dell'articolo 111 della Costituzione.

3. La condanna alle spese.

Una ulteriore considerazione, suggerita dalla decisione numero 820 del 2005 del Consiglio di Stato, è relativa alle spese del giudizio amministrativo.

Un convegno organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma nel mese di ottobre del 2003⁴ ha posto in luce come raramente, in caso di soccombenza della amministrazione, alla condanna della P.A. venga applicato anche quanto disposto dell'articolo 91 c.p.c. che sancisce, nel suo primo comma, che le spese del giudizio seguono la soccombenza.

Si è notata una, spesso eccessiva, tendenza alla compensazione delle spese processuali, con la evidente conseguenza che il privato cittadino, al fine di esercitare un proprio interesse legittimo (di natura pretensiva o oppositiva) o anche un suo diritto soggettivo

(affidato, dalla legge, alla competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo), sia costretto a sopportare le spese del giudizio che ha dovuto intraprendere per ottenere il riconoscimento della propria situazione giuridica protetta, subendo, in tal modo, una evidente disparità di trattamento rispetto al processo civile ordinario, nel quale detta tendenza non è riscontrabile.

Invero, la circostanza che la controparte sia l'Amministrazione non appare sufficiente a mitigare la regola contenuta nell'articolo 91 del codice di rito civile, che – come è noto – trova applicazione anche per il processo amministrativo.

Invero, dopo le modifiche apportate, a partire dalla legge n. 241 del 1990; sino a giungere alla due recenti leggi del 2005 la numero 15⁵ dell'11 febbraio e la numero 80⁶ del 14 maggio è stata individuata una diversa posizione del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, costruita tanto su rapporti di partecipazione quanto su di una maggiore trasparenza dell'azione amministrativa. Sotto il profilo processuale tali modifiche hanno dato vita ad una più piena parificazione dei ruoli nel giudizio tra le parti, circostanza questa sancita anche dalla modifica normativa intervenuta in tema di giustizia amministrativa con l'emanazione della legge n. 205 del 2000⁷.

Alla luce delle su esposte considerazioni ed in base all'attuale stato della normativa non è più giustificato questo privilegio che la prassi nella giustizia amministrativa assegna alla P.A.⁸.

Ulteriore considerazione in tema di spese processuali deve essere fatta richiamando la attuazione dei giudici (amministrativi ed ordinari) sulla corretta individuazione nella condanna alle spese processuali degli onorari e delle competenze che le tabelle in vigore⁹ hanno stabilito; infatti così come è fatto divieto al professionista di non derogare ai minimi tariffari alla stessa stregua detti limiti dovranno essere applicati dai giudici nel sancire la condanna alle spese della parte soccombente.

In tale ambito di considerazioni è, però, necessario richiamare anche i difensori all'obbligo del deposito (ormai desueto) della “nota spese” all'atto della spedizione in decisione della causa¹⁰.

Non è, infatti, possibile che per tutelare le proprie situazioni giuridiche protette la parte sia costretta a pagare, in tutto o in parte, le spese di un giudizio, che si è trovato nella necessità di proporre. Invero, una corretta attuazione delle regole del “giusto processo” impone la necessità per lo Stato di fare attuare le regole secondo le quali le spese del processo non debbono gravare sulla parte che è uscita vittoriosa dal giudizio¹¹.

Avv. Prof. Piero SANDULLI

5 Vedila in *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 21 febbraio 2005. Sul punto vedi l'insero speciale contenuto nel fascicolo 11 di *Diritto e Giustizia* 2005.

6 In *Gazzetta Ufficiale* del 14 maggio 2005, n. 111. Sul punto vedi R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova 2005, p. 18.

7 Vedi sul punto F. CARINGELLA-M.PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2001, p. 15.

8 Sul punto vedi: F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova 2000, vol. II, p. 568.

9 Cfr. D.M. 8 aprile 2004, n. 127.

10 La nota è prevista per il processo civile dell'articolo 75 delle disposizioni di attuazione al Codice Civile, ma tale articolo si applica anche al processo amministrativo.

11 Vedi: F. CORDOPATRI, cit., vol. I, p. 41.

2 Sul punto, vedi: V. ANDRIOLI, *Sugli articoli 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro It.* 1942, I, c. 293.

3 Vedi, sul punto L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino 2004, p. 56.

4 Cfr. *Foro Romano*, fascicolo n. 3, del 2003

**T.A.R. VENETO – PRIMA SEZIONE
ORDINANZA 16 FEBBRAIO 2005 N.164
CONSIGLIO ORDINE AVVOCATI DI VENEZIA
C / COMUNE DI VENEZIA.**

Circolazione stradale - Limiti - Blocchi della circolazione - Avvocati - Esenzione - Sussistenza - Fattispecie

Anche durante i blocchi della circolazione (quale misura anti – smog o per particolari eventi celebrativi) gli avvocati possono circolare con la propria autovettura, a condizione che si qualificano mediante esibizione del tesserino e dimostrino le ragioni dell'urgenza (1).

L'ordinanza così motiva:

(Omissis)

Considerato

Che, a un primo esame, appare irragionevole, tenuto conto delle eccezioni stabilite nell'ordinanza impugnata – p. IV, nn. 13), 19) e 23), non avere escluso dai divieti di cui ai punti I e II dell'ordinanza i veicoli utilizzati da avvocati impegnati in difese d'ufficio o di fiducia attinenti a provvedimenti restrittivi della libertà personale e, più in generale, a provvedimenti urgenti e a procedimenti penali con imputati in stato di detenzione;

che a sommario esame il ricorso appare sorretto da sufficiente “fumus”;

che il pregiudizio grave e irreparabile pare sussistere e che l'accoglimento della domanda cautelare, nei sensi e limiti che saranno in seguito precisati, non sembra arrecare un pregiudizio particolarmente grave agli interessi della collettività tenuto conto, da una parte, del verosimilmente non elevato numero di veicoli da prevedere tra le eccezioni ai divieti previsti nell'ordinanza e, dall'altro, del fatto che l'ordinanza cesserà i propri effetti a partire dal 26 marzo 2005.

Visto l'art. 21, ult. Comma, della Legge 06.12.1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della Legge 21.07.2000, n. 205;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, in parziale accoglimento della domanda cautelare sospende l'esecuzione dell'ordinanza impugnata nella parte in cui non sono previsti, tra le eccezioni ai divieti di cui ai punti I e II dell'ordinanza su citata, i veicoli utilizzati da avvocati impegnati in difese d'ufficio o di fiducia attinenti a provvedimenti restrittivi della libertà personale e, più in generale, a provvedimenti urgenti e a procedimenti penali con imputati in stato di detenzione, a condizione che:

◆ i professionisti siano muniti di tesserino di appartenenza all'Ordine da esibire al personale incaricato di assicurare l'osservanza delle norme dell'ordinanze;

◆ risultino immediatamente comprovabili le ragioni di effettiva urgenza. (Omissis)

(1) Finalmente riconosciuta anche agli avvocati la facoltà di circolare con la propria vettura durante i blocchi della circolazione.

L'ordinanza collegiale del T.A.R. Veneto, che ha accolto la domanda di sospensiva proposta dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Venezia, ha finalmente riconosciuto anche agli avvocati il diritto di circolare con la propria autovettura (o col motorino) durante i blocchi alla circolazione stradale, per ragioni lavorative.

In effetti già l'art. 359 Cod. Pen. stabilisce che sono esercenti servizio di pubblica necessità i privati esercenti le professioni forense o sanitarie, di talchè già da tempo memorabile tutte le categorie di medici, potevano giustificare a Vigili Urbani e Polizia Stradale la circolazione con propri mezzi, con motivi inerenti la salute di pazienti ed assistiti.

Si resta perplessi però a leggere le modalità con cui il T.A.R. ha individuato l'esercizio di tale facoltà da parte degli Avvocati; perché si può essere d'accordo con l'obbligo di esibire il proprio tesserino professionale al personale di Pubblica Sicurezza in servizio di vigilanza, ma ci sono fondati dubbi in ordine all'obbligo di motivare “le ragioni dell'urgenza” al suddetto personale di polizia. Infatti l'unico modo sarebbe quello di violare il proprio segreto professionale esibendo al vigile o carabiniere o poliziotto il decreto o l'ordinanza o il biglietto di cancelleria con cui il Giudice ha fissato l'udienza: solo che su tale atto compare il nome del proprio cliente (e anche quello della controparte), sicchè vi sarebbe anche lesione del diritto alla privacy garantito dalla L. 31/12/96 n° 675. Senza contare il fatto che l'udienza de qua potrebbe provenire da un rinvio, sicchè che cosa dovrebbe esibire l'Avvocato? La pagina della propria agenda su cui ha scritto il rinvio? E se in quest'ultimo caso l'Agente non ci dovesse credere?

Pertanto tale limitazione è in contrasto con la prassi che da tempo immemorabile praticano i medici, i quali si limitano a dichiarare verbalmente alle Forze di Polizia di dover accorrere alla casa del paziente o alla sala operatoria del proprio ospedale, sicchè non resta che auspicare altre pronunzie più favorevoli e senza quest'ultimo obbligo.

Avv. Marco Valerio SANTONOCITO

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
SEZIONE SECONDA BIS – SENTENZA 4 GENNAIO 2005, N.53
PRES. GIULIA – EST. CONTI - MS E ALTRI CONTRO
COMUNE DI CIAMPINO**

Pubblico impiego – Contratti d’opera professionale simulati – Nullità accertata – Conseguenze – Diritto alla retribuzione – Sussistenza – Art.2126 cod. civ. – Applicazione – Conseguenze – Trattamento economico dei lavoratori a tempo indeterminato – Spettanza - Esclusione

Nell’ipotesi di prestazioni di fatto rese sulla base di un rapporto di lavoro nullo, l’applicazione dell’art.2126 cod. civ. non implica anche il riconoscimento del diritto ad un trattamento economico esattamente corrispondente a quello previsto nei contratti collettivi, atteso che la detta norma ha caratteri eccezionale, che deroga al regime ordinario delle nullità, con la conseguenza che l’adattamento di detto regime ordinario ad una ipotesi di rapporto nullo - perché posto in violazione di prescrizioni inderogabili sull’accesso al pubblico impiego - non può che avvenire entro i limiti strettamente necessari ad apprestare una tutela minima delle ragioni dell’interessato (1).

La sentenza così motiva:

(omissis)

FATTO

Con il ricorso in trattazione, notificato l’8 novembre 1997 e depositato il successivo 18 novembre, le ricorrenti indicate in epigrafe espongono:

□ che, con sentenza di questo TAR, sez. II bis, n. 1682/93, è stata riconosciuta la natura simulata dei contratti d’opera professionale e la sussistenza di rapporti di impiego con la Pubblica Amministrazione, seppure nulli; ed è stato pertanto riconosciuto il diritto delle ricorrenti ad ottenere, per il periodo di effettivo svolgimento dell’attività, il trattamento economico spettante all’impiegato di ruolo della qualifica nella quale vanno scritte le mansioni da ciascuna espletate, con interessi e rivalutazione monetaria, dedotto quanto dalle stesse già percepito, nonché il prescritto trattamento previdenziale;

□ che il Comune di Ciampino non ha ancora provveduto al pagamento di quanto spettante, nemmeno dopo la notificazione del formale atto di diffida, con il quale chiedevano il pagamento dello stipendio e delle competenze accessorie nella misura spettante al personale di ruolo a tempo pieno;

□ che, di contro, con la nota 18.3.1993, a firma del Segretario generale dell’Ente, si stabilisce che alle odierne ricorrenti deve essere corrisposta la retribuzione solo in misura proporzionale al numero delle ore prestate e non, quindi, in relazione al rapporto a tempo pieno.

Ritenendo detta nota lesivo dei propri diritti, hanno proposto le domande

indicate in epigrafe, deducendo al riguardo il seguente motivo di gravame, così dalle medesime ricorrenti paragrafato:

□ violazione decisione TAR Lazio, sez. II bis, n. 1682/93; D.P.C.M. 117/89, D P R. n. 3/57; D P R. n. 347/83; D.P.R. n. 268/88; D.P.R. n. 333/90; art. 97 Cost. e principi generali; eccesso di potere.

Si è costituito per resistere il Comune di Ciampino, il quale, con successiva memoria del 22.10.2004 ha contrastato le tesi delle ricorrenti ed ha concluso con la richiesta di reiezione del gravame.

La causa è stata quindi chiamata e posta in decisione all’udienza pubblica del 4 novembre 2004.

DIRITTO

Il ricorso è volto ad ottenere l’accertamento del diritto delle ricorrenti al trattamento economico stipendiale ed accessorio del personale di ruolo a tempo pieno della qualifica funzionale nella quale vanno ascritte le mansioni espletate da ciascuna delle ricorrenti dal 1984/85, sulla base di un rapporto di lavoro, definito dall’Amministrazione comunale come di lavoro autonomo e riconosciuto, invece, di pubblico impiego, seppure nullo, con sentenza di questa sezione n. 1682 del 17.12.1993.

Va preliminarmente precisato che oggetto del contenzioso non è la qualifica funzionale del personale di ruolo alla quale ascrivere le mansioni svolte dalle ricorrenti, ma unicamente se le stesse, sul presupposto della predetta sentenza, abbiano diritto al trattamento economico del personale di ruolo “a tempo pieno” come richiesto dalle ricorrenti. ovvero “commisurato alle ore di servizio prestato”, come ritenuto dall’Amministrazione comunale, che in tali termini si è espressa con nota prot. n. 8218 del 18.3.1997.

A sostegno delle proprie domande le ricorrenti deducono la violazione della richiamata sentenza, sull’assunto che una volta accertata l’esistenza di un rapporto di pubblico impiego, ancorché nullo, questo dovrebbe essere retribuito come se fosse stato espletato a tempo pieno e che sarebbe irrilevante l’eventuale effettuazione di un numero di ore inferiore a quello previsto per il tempo pieno, in quanto ciò sarebbe imputabile all’Amministrazione che, attraverso atti nulli (i contratti di lavoro autonomo), non ha consentito la prestazione di un numero di ore superiori.

Al riguardo si osserva che nella richiamata sentenza n. 1682/93 di cui sopra “il diritto delle ricorrenti ad ottenere... il trattamento economico spettante all’impiegato non di ruolo” è stato affermato ai “limitati effetti indicati nell’art. 1126 primo comma del Codice civile” e limitatamente al “periodo di svolgimento dell’attività”.

Alla stregua dei predetti limiti, nell’ambito dei quali il diritto di cui sopra è stato riconosciuto, la pretesa delle ricorrenti risulta destituita di fondamento.

Premesso, infatti, che nella citata sentenza non è rinvenibile alcun cenno ad un preteso diritto al trattamento economico del personale di ruolo “a tempo pieno,

si osserva, al contrario, che la stessa sentenza ha riconosciuto detto diritto limitatamente al “ periodo di effettivo svolgimento delle funzioni”. Effettivo svolgimento del servizio che, pertanto, esclude che tale diritto possa essere esteso anche in relazione ad una attività lavorativa non effettivamente prestata.

Ciò trova conferma nella considerazione che nella predetta sentenza il diritto delle ricorrenti è stato riconosciuto nei limiti di quanto affermato nelle decisioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29.2.1992 n. 2 e 9.9.1992 n.10) e cioè “ai limitati effetti indicati nell’art. 2126”.

Orbene, costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato (cfr. C.d.S., V, 16.10.2002 n. 5598; id.,24.8.2000 n. 4594; id., 21.10.1995 n. 1462) che l’applicazione dell’art. 2126, nell’ipotesi di prestazioni di fatto rese sulla base di un rapporto di lavoro nullo, non implica anche il riconoscimento del diritto ad un trattamento economico esattamente corrispondente a quello previsto nei contratti collettivi, atteso che l’art. 2126 costituisce norma eccezionale, che deroga al regime ordinario delle nullità, con la conseguenza che l’adattamento di detto regime ordinario ad una ipotesi di rapporto nullo - perché posto in violazione di prescrizioni inderogabili sull’accesso al pubblico impiego - non può che avvenire entro i limiti strettamente necessari ad apprestare una tutela minima delle ragioni dell’interessato. Ne consegue che il modello normativo previsto per il rapporto “ordinario” non può essere esteso in maniera integrale, ma soltanto nei limiti volti a salvaguardare in maniera sufficiente il nucleo di interessi assunto dal legislatore.

Alla stregua delle predette considerazioni risulta pertanto infondata la pretesa delle ricorrenti al trattamento economico del personale “a tempo pieno”, in quanto la stessa sarebbe in contrasto con quella tutela minima consentita dal citato art. 2126. L’accoglimento della stessa consentirebbe, infatti, alle ricorrenti - che non è in contestazione che abbiano prestato una attività lavorativa per un numero di ore inferiori a quello previsto per il personale di ruolo - addirittura di ottenere l’attribuzione di una retribuzione anche per una attività dalle stesse non prestata, determinando, altresì, un indebito arricchimento a favore delle ricorrenti in ulteriore contrasto con la ratio del predetto art. 2126 che è quello di tutelare il lavoratore di fatto per le prestazioni da questi rese e, parallelamente, dall’indebito arricchimento dell’Amministrazione (previsto in via generale e residuale dall’art. 2041 c.c.) e non già quello di consentire al predetto lavoratore un indebito arricchimento.

In conclusione e per quanto sopra argomentato il ricorso risulta infondato e va conseguentemente respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio, ivi compresi diritti ed onorari.

La sentenza del TAR del Lazio sopra riportata merita di essere segnalata perché presenta spunti di particolare rilevanza, sia dal punto di vista della importanza pratica, che da quello dei principi generali della dottrina amministrativistica in ordine alla applicabilità di una serie di istituti propri del diritto del lavoro ai rap-

porti di pubblico impiego “privatizzati” (rectius, contrattualizzati), ed, in particolare, della remunerazione delle prestazioni effettuate da un privato nei confronti della Pubblica Amministrazione, pur in carenza di valido ed efficace provvedimento di nomina e di immissione in ruolo, necessario (prima della trasformazione, operata a partire dal dlgs 29 del 1993, della disciplina dell’impiego con le Pubbliche Amministrazioni) a costituire un valido ed efficace rapporto di lavoro, ed ancor oggi richiesto per quelle categorie (Magistratura, Autorità indipendenti, carriere prefettizia, militare e diplomatica) sottratti al regime oggi disciplinato dal d.lgs 165 del 2001.

Nella fattispecie, l’attribuzione di compiti propri del pubblico dipendente era stata “mascherata” mediante il ricorso alla formale stipulazione di contratti d’opera, reiterati per un determinato periodo di tempo ma contraddetti dalla stabile inserzione dei soggetti nella struttura organizzativa del Comune. La sentenza in esame affronta in modo corretto tali problematiche, cogliendo lo spunto della giurisprudenza maggioritaria che ha, da tempo, risolto in senso positivo la questione della remunerabilità delle prestazioni “di fatto”. L’origine di tale, consolidato orientamento deve farsi risalire ad Ad. Plen., decisioni 29 febbraio 1992, n. 1 e 2 e 5 marzo 1992, n. 5¹ che, nel qualificare quali soggetti al regime della nullità (e non della mera annullabilità) della nomina e dei conseguenti rapporti lavorativi instaurati in violazione delle norme inderogabili che impongono lo svolgimento del concorso ai fini della instaurazione del rapporto o che limitino le assunzioni al numero di dipendenti imposti dalle piante organiche dell’Amministrazione.

Pur in carenza di un valido atto di nomina, tuttavia, l’esistenza di un rapporto di impiego discenderebbe dai medesimi “indici sintomatici” utilizzati dalla stessa giurisprudenza per l’individuazione di un rapporto di lavoro subordinato: il conferimento di incarichi rientranti nei compiti istituzionali dell’ente, l’erogazione continuativa della retribuzione, l’esistenza di un vincolo di subordinazione (discendente, ad esempio, dalla fissazione di un orario giornaliero di lavoro); tutti elementi che, in realtà, sono riconducibili a forme sintomatiche di inserzione nella struttura dell’impresa, elemento che costituisce il criterio discrezionale tra lavoro autonomo e subordinato.

Si trattò di decisione che determinò una significativa inversione di tendenza rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale, ribadito anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite² che riteneva imprescindibile, ai fini dell’instaurazione del rapporto lavorativo, in base all’art.3 del TU imp. civ. Stato (DPR 3 del 10 gennaio 1957), lo svolgimento del procedimento concorsuale richiesto dalla legge e la sua conclusione con l’emanazione di atto di nomina e di immissione in ruolo.

¹ Cfr in Foro Italiano, 1992, III, c. 435 ,e 1993, III,30 con nota di commento di CASSESE, “Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego”.

in Consiglio di Stato,1967,II,p. 155.

² Sentenza 10 ottobre 1966, n. 2423,

³ Cfr Cass., 5 marzo 1977 n. 906, in Consiglio di Stato, 1977,II,p. 415.

Successivamente³ la giurisprudenza, pur continuando a richiedere l'esistenza di un atto di nomina da parte dell'Amministrazione precedente, ritenne che lo stesso potesse essere individuato anche in via implicita, in base alla volontà dell'ente pubblico di utilizzare le prestazioni rese dal lavoratore.

L'orientamento favorevole al privato in esame venne, successivamente, ribadito da Ad. Plen. n.10 del 9 settembre 1992⁴. Con tale pronuncia il supremo organo di giustizia amministrativa ritenne ammissibile l'applicazione dell'art. 2126 del codice civile (che attribuisce rilevanza ai fini retributivi all'attività lavorativa prestata in base a contratto nullo) anche al rapporto di pubblico impiego.

Si trattava di orientamento che, pur con la meritevole intenzione di salvaguardare l'affidamento del lavoratore, determinava un insanabile contrasto con l'art. 97 della Costituzione, attribuendo una rilevanza giuridica ad un rapporto ab origine illegittimo, in quanto sorto senza il rispetto di quelle garanzie di par condicio che proprio l'art. 97 era deputato a consentire.

Inoltre, deve essere precisato che l'ammissibilità di un rapporto di pubblico impiego di fatto appariva in forte contrasto con le caratteristiche del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, contraddistinto, all'epoca, da una connotazione più autoritativa ed unilaterale che sinallagmatica (si pensi, in parallelo alla necessità dell'atto di nomina, alla circostanza che le dimissioni del pubblico dipendente, a differenza dell'esercizio di un diritto di recesso privatistico, dovevano essere approvate dalla Pubblica Amministrazione).

Apparentemente, la forma di tutela apprestata dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria mediante il riconoscimento del rapporto lavorativo fattuale sembrerebbe differire dal precedente, formalistico orientamento che ammetteva semplicemente la possibilità che lo stesso atto di nomina potesse essere ricavato da un comportamento concludente della Pubblica Amministrazione. In realtà, gli stessi rapporti contrattuali di fatto vengono dalla dottrina maggioritaria⁵ inquadrati più nell'ambito di rapporti obbligatori, nascenti da comportamenti socialmente significativi dei contraenti, idonei a manifestare la loro volontà di determinare l'insorgenza di rapporti giuridici, che tra le fonti dell'obbligazione diverse dal contratto.

Ne deriva che la discrasia tra i due orientamenti è più apparente che reale, in quanto ciò che rileva non è il dato fattuale dell'esercizio di una attività lavorativa a favore dell'ente pubblico.

Le suddette considerazioni continuano ad essere pienamente valide anche a seguito delle innovazioni che, a partire dal d.lgs 29/93 hanno sostituito, per la maggior parte dei rapporti di pubblico impiego, i provvedimenti di carattere autoritativo con atti di gestione paritetici e contrattuali. E' vero, in sostanza, che non è di

norma più richiesta l'emanazione di un provvedimento formale di nomina, ma lo svolgimento della procedura concorsuale e, più in generale, di una attività pubblicistica continua a condizionare la validità (non dell'atto di nomina ma dell') instaurazione dell'impiego con le amministrazioni pubbliche.

La materia è stata, però, innovata dall'art. 36, comma 2 del d.lgs 165 del 2001 che ha trasfuso in tale norma l'art. 22 del d.lgs 80 del 1998. Tale disposizione ha determinato un superamento del citato orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della applicabilità dell'art. 2126 cc, in quanto è espressamente disposto che "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione".

E' altresì previsto che il lavoratore abbia diritto, al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, e che le stesse amministrazioni abbiano "l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave".

Si tratta di disposizione speciale sia rispetto al citato art. 2126 cc, sia alle previsioni che consentono, nei rapporti privatistici, di fornire tutela al dipendente che abbia, in difformità di accordo contrattuale elusivo, prestato la propria attività lavorativa a favore del committente (si pensi alla conversione del rapporto a tempo determinato o al regime della somministrazione di manodopera).

L'applicazione di tale, peculiare forma di tutela presenta aspetti di particolare interesse alla luce della nuova disciplina dei rapporti di lavoro contenuta nel d.lgs 276 del 2003 (c.d. legge Biagi), e, soprattutto, della disciplina della tipologia contrattuale disciplinata dall'art. 61 (lavoro a progetto).

I rapporti di lavoro con le Amministrazioni pubbliche, in effetti, rientrano nelle fattispecie in cui la norma citata preclude la possibilità di conversione in contratto di lavoro subordinato delle collaborazioni coordinate e continuative, che non rispettino i requisiti di legge.

E' opinione maggioritaria⁶ che, in effetti, il lavoro a progetto non costituisca un *tertium genus* rispetto al lavoro subordinato ed a quello autonomo (cui sarebbero, in ogni caso, riconducibili le precedenti collaborazioni coordinate e continuative ove non costituiscano dei meri strumenti elusivi della disciplina legale, in quanto difetta l'elemento dell'inserzione nella struttura dell'impresa), ma un contratto d'opera professionale, reiterato nel tempo, che, però, dovrà essere accompagnato da una serie di cautele (tra cui l'utilizzo della forma scritta, l'indicazione di un progetto o di un programma di lavoro, l'indicazione del corrispettivo etc.), al fine di

4 Cfr in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, III, p. 786 con nota di TASSONE.

5 BIANCA, *Diritto Civile*, 1998, Milano, vol. III, p. 40 ss. Si osserva, ad esempio, proprio con riferimento ai rapporti contrattuali di fatto, che pur in mancanza di una

valido accordo contrattuale non può essere indifferente che vi sia stata una accettazione della prestazione da parte del datore di lavoro (nell'esempio di scuola, non potrebbe certo ipotizzarsi una rilevanza giuridica al lavoro prestato persino contro la volontà del datore di lavoro).

6 Cfr GRAMICCIA, Così parte la sfida del lavoro a progetto, in Guida al diritto-Dossier, 2003, p. 142.

evitare che, come avvenuto nel recente passato per le collaborazioni coordinate e continuative, l'utilizzo di queste forme contrattuali si risolva in un mezzo elusivo delle garanzie poste a tutela del lavoratore dipendente.

La conferma di quanto osservato è data dallo stesso art.62, d.lgs 276/2003, che prevede che la coordinazione nei confronti del committente non possa arrivare ad escludere un sia pur minimo grado di autonomia del collaboratore.

In altre parole, l'esistenza di un progetto o programma di lavoro non costituirebbe l'elemento essenziale del contratto, ma un requisito di carattere probatorio, in carenza del quale (art. 69) i rapporti in esame "si considerano di natura subordinata" con presunzione *iuris et de iure*, con l'eccezione delle fattispecie in cui determinati elementi, indicati dalla normativa (godimento di una pensione da parte del collaboratore, durata inferiore a trenta giorni, etc.), non precludano l'operatività della presunzione sopra esaminata, ovvero nelle fattispecie in cui (circolare 1/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali) il datore di lavoro riesca a fornire in giudizio la prova dell'autonomia del collaboratore.

Dall'ambito di applicazione della Legge Biagi sono escluse, in base all'art.1, le collaborazioni effettuate nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni (cfr. altresì la citata circolare 1 del 2004); l'esclusione, del resto, sarebbe stata ricavabile anche dalle citate disposizioni del d.lgs 165/01 che richiedono, ai fini dell'instaurazione di un rapporto di pubblico impiego, lo svolgimento di un pubblico concorso e un valido atto di nomina (nella maggior parte dei casi sostituito dalla sottoscrizione del contratto).

In effetti, le citate sentenze 5 e 10 del 1992 erano riferite, per l'appunto, ad ipotesi in cui il conferimento di un incarico professionale era stato "mascherato" da rapporto autonomo (in quanto le mansioni effettuate presso l'amministrazione erano retribuite a fattura, ma con incarico svolto presso la sede dell'ente, con utilizzo dei mezzi della stessa e predeterminazione di un orario di lavoro, e sulla base di incarico a tempo determinato ma più volte prorogato nel tempo).

La disciplina ratificata nel d.lgs 165/01, seppure meno favorevole al dipendente, intende evitare quei deprecabili fenomeni di assunzioni senza concorso sovente determinati dall'eccessivo ricorso, da parte delle Amministrazioni, allo strumento delle consulenze esterne ed al lavoro a tempo determinato⁷.

Appare assolutamente indispensabile, nel prossimo futuro, una attenta attività interpretativa da parte della giurisprudenza al fine di raggiungere sul tema un sufficiente grado di certezza del diritto.

Avv. Andrea LUBERTI

T.A.R. LAZIO, SEZ. I – 25 GIUGNO 2004 N.6329
PRES. CALABRÒ, EST. DI NEZZA – MARINI (AVV. REMEDIA)
C. MINISTERO GIUSTIZIA (AVV. ST. FERRANTE).

Magistrato - onorario - Collegamento C.E.D. Cassazione – Gratuito - Da omicidio – Non spetta – Fattispecie (Giudice di pace)

Magistrato - Porto d'armi - Senza autorizzazione di polizia - Estensione ai magistrati onorari - Non spetta

I Giudici di pace sono magistrati onorari ed in quanto tali non hanno diritto al collegamento gratuito al Centro Elaborazione Dati (C.E.D.) della Cassazione dal proprio domicilio privato come i magistrati effettivi (1).

I magistrati hanno diritto ad ottenere il porto d'armi senza preventiva autorizzazione di polizia, ma tale beneficio non spetta anche ai magistrati onorari (2).

L'ordinanza così motiva:

(Omissis)

3.1. - Con il primo motivo di gravame viene dedotto il contrasto dell'art. 1 comma 7 D.M. n. 224 del 1987 (nel testo sostitutivo dal D.M. n. 594 del 1995) con l'art. 15 comma 3 del D.P.R. n. 322 del 1981 (nel testo aggiuntivo dal D.P.R. n. 759 del 1985), che nell'ammettere alla fruizione gratuita del servizio i "magistrati" senza ulteriori specificazioni avrebbe inteso comprendere in tale categoria anche i magistrati onorari (ossia i giudici onorari aggregati, i vice procuratori onorari, gli ormai soppressi vice pretori onorari nonché i Giudici di pace).

La gravata disposizione contrasterebbe altresì, come sostenuto nel secondo profilo del mezzo, con i canoni costituzionali di uguaglianza (art. 3), di non distinzione dei magistrati se non per funzioni (art.107 comma 3), per predisposizione di un'adeguata organizzazione dei servizi relativi alla giustizia (art. 110), di buon andamento della Pubblica amministrazione (art. 97).

Il ricorrente assume poi la carenza, in capo al Ministro, del potere di escludere dall'accesso gratuito al c.e.d. determinate categorie di magistrati, in difetto della relativa norma di attribuzione (2° motivo).

Le censure appena richiamate, che possono essere trattate congiuntamente in ragione della sostanziale unitarietà di impostazione, sono infondate.

Rettamente intesa, la questione posta dal ricorrente concerne unicamente la possibilità di accesso gratuito al servizio c.e.d. dal proprio domicilio.

Come si è detto, l'art. 1 comma 9 del D.M. n. 224 del 1987 consente, infatti, la fruizione gratuita del servizio anche ai magistrati onorari ma solo "presso la sede del servizio" e limitatamente alla "durata e in occasione della funzione loro

⁷ CASSESE, *La nuova costituzione economica*, II ed., Bari, 2000, p. 218.

affidata". E' evidente come con tale disposizione l'autorità amministrativa non abbia minimamente inteso precludere ai magistrati onorari l'accesso gratuito al servizio, subordinandolo unicamente al rispetto di due condizioni: che il collegamento al c.e.d. avvenga dall'ufficio giudiziario e che sia limitato al solo periodo di effettivo esercizio della funzione giurisdizionale ed "in occasione" di detto esercizio.

Riguardata alla luce di tale precisazione, ritiene il Collegio che la disciplina dettata dal D.M. n. 224 del 1987 (nel testo vigente) sia conforme al disposto del D.P.R. n. 322 del 1981 (ambidue sono fonti di rango regolamentare, come si può desumere pianamente dalla procedura di emanazione, indicata nei rispettivi preamboli, e dalle rispettive forme; ne segue che i loro rapporti sono regolati in base al principio di gerarchia delle fonti, essendo in particolare il primo, avente natura di regolamento ministeriale, subordinato al secondo, che è invece un regolamento governativo; cfr. Cons. Stato, Ag., 11 aprile 1996 n. 70, in Cons. Stato 1997, I, 925).

Le condizioni introdotte risultano agevolmente spiegabili ove si ponga mente alla natura del rapporto che lega il magistrato onorario al suo ufficio. Non essendo precluso (in modo assoluto) al magistrato onorario lo svolgimento della professione di avvocato, la norma vuole evitare che egli possa accedere gratuitamente al servizio, eventualmente collegandosi dal proprio studio, e servirsene ai fini della propria attività libero-professionale, in tal modo avvantaggiandosi rispetto agli altri professionisti che, ove intendono collegarsi al c.e.d., sono invece tenuti al pagamento del previsto corrispettivo.

In quest'ottica, è agevole rilevare l'insussistenza della pretesa disparità di trattamento, dal momento che il principio di uguaglianza impone, com'è noto, di trattare situazioni diverse in modo diverso.

Nemmeno si coglie l'illegittimità della norma oggetto di controversia sotto il profilo della violazione delle altre norme costituzionali invocate dal ricorrente (artt. 110 e 97), dal momento che (in disparte la questione della natura programmatica o precettiva delle richiamate disposizioni costituzionali) non si vede come la previsione contestata possa incidere, siccome paventato dall'istante, addirittura sul "funzionamento della giustizia" ovvero sul buon andamento della P.A.

Con riferimento alla dedotta carenza di potere, il Collegio ribadisce che il D.M. n. 594 del 1995 non ha introdotto, con la norma censurata, una disciplina contrastante con le disposizioni del D.P.R. n. 322, essendosi invece limitato a individuare specifiche modalità attuative dei principi insiti nell'atto di rango superiore. Ma tale attribuzione non richiede, com'è noto, il conferimento di specifica delega ad opera della fonte sovraordinata.

Va infine precisato che il ricorrente, pur allegando l'avvenuta cancellazione del suo nominativo dall'albo degli avvocati, non ha tuttavia posto la specifica questione – pertanto non compresa nel thema decidendum – dell'illegittimità della disciplina in relazione all'ipotesi del magistrato onorario che non svolga altre attività lavorative.

3.2. - Con il terzo motivo di gravame l'istante assume la contraddittorietà dell'orientamento manifestato nel caso di specie in relazione all'interpretazione ispirata al principio esattamente opposto, della norma legislativa che consente ai magistrati di portare armi senza necessità di previa autorizzazione di polizia (il Ministero avrebbe riconosciuto la possibilità di applicare la norma anche in favore dei magistrati onorari).

E' sufficiente rilevare, al riguardo, che lo status dei magistrati onorari è determinato di volta in volta dalla legge, in relazione ai singoli profili di interesse ed in relazione ai settori dell'ordinamento in cui esso rileva.

Ogni ipotizzata comparazione con correlative posizioni del personale magistratuale di carriera deve essere, quindi, sottoposta ad accurata verifica, dovendosi accertare se nella normativa specificamente rilevante sia possibile operare l'equiparazione tra le categorie in disamina.

Tali differenziazioni normative, peraltro sottoposte, in alcuni casi, a scrutinio di costituzionalità, si rinvencono, ad esempio, nella disciplina della giurisdizione (non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rapporto di servizio del magistrato onorario, il quale dovrà, per consolidata giurisprudenza della Corte regolatrice, ricorrere innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria nel caso in cui faccia valere pretese economiche; cfr. Cass., Sez. un., 9 novembre 1998 n. 11272), ovvero nel settore del trattamento economico, che non deve necessariamente coincidere con quello spettante ai magistrati che svolgono professionalmente e in via esclusiva funzioni giurisdizionali (cfr. Corte cost. 8 novembre 2000 n. 479, in Cons. Stato 2000, II, 2134, sulla non spettanza ai magistrati onorari dell'indennità di funzione giudiziaria).

4.- Per quanto sin qui osservato il ricorso è infondato e va di conseguenza rigettato.

Sembra peraltro equo compensare integralmente le spese di lite.

(1-2) Come e perché i giudici di pace, G.O.T. e vice procuratori sono magistrati di serie "B" secondo il T.A.R. Lazio.

La decisione in oggetto viene a colpire assai incisivamente il vasto mondo della magistratura onoraria, perché – in sostanza – pur svolgendo le stesse funzioni dei magistrati di ruolo (c.d. togati) i giudici onorari non avrebbero gli stessi diritti e prerogative.

Per l'appunto, ictu oculi, sembrerebbe esservi violazione dell'art. 3 Cost. sul principio d'uguaglianza (e, aggiungiamo noi, anche dell'art. 36 Cost., sulla parità di trattamento, anche se la sentenza non tratta il problema); invece il T.A.R. rileva che dette disparità di trattamento sono giustificate dal fatto che i magistrati onorari non sono "di carriera" (precisazione, quest'ultima, ripresa testualmente dal punto 3 della sentenza sopra riportata).

E proprio tale precisazione giustifica il fatto che Giudici di Pace, Got., Goa,

Vice procuratori, non solo siano pagati di meno, ma non godano neanche delle stesse prerogative (nella fattispecie il diritto al porto d'armi "automatico" e il collegamento al CED anche dall'abitazione).

Entrambe le limitazioni sembrano censurabili, perché se la ratio della concessione del porto d'armi senza autorizzazione di polizia, è quella di garantire un minimo di sicurezza al magistrato minacciato, non si capisce perché quello onorario debba esser meno tutelato di quello di carriera.

Appare poi censurabilissima la motivazione addotta a giustificare il divieto del collegamento al CED della Cassazione anche dal proprio domicilio, limitandolo al caso in cui il giudice onorario si trovi dentro l'ufficio giudiziario: e cioè perché il giudice onorario potrebbe collegarsi fraudolentemente al CED per "servirsene ai fini della propria attività libero professionale" evitando così che egli "possa accedere gratuitamente al servizio rispetto agli altri professionisti che sono invece tenuti al pagamento del corrispettivo"! (il virgolettato è testuale nella sentenza).

Orbene, a parte il fatto che tanti magistrati onorari non fanno gli avvocati, a me sembra quanto meno irragionevole insinuare il sospetto che gli avvocati – giudici onorari possano essere così scorretti da utilizzare in maniera fraudolenta il proprio accesso al CED per fini di lucro personale (anche perché sarebbe un vero e proprio illecito). Ed inoltre (anche ammettendo che secondo il T.A.R. vi fosse un avvocato giudice onorario così scorretto da voler approfittare del collegamento al CED per le proprie cause personali) chi potrebbe controllare che – stando dentro l'ufficio giudiziario a cui è preposto – questi non ne approfitti lo stesso? Forse che i cancellieri ed i commessi debbano essere preposti a controllare che le sentenze cercate sul CED dal nostro collega giudice onorario corrispondano ai fascicoli gestiti da quest'ultimo? E come verrebbe effettuato detto controllo? Posizionando un cancelliere alle spalle del collega / giudice onorario, al fine di accertare la corrispondenza tra la sentenza che appare sullo schermo del terminale e il fascicolo che sta leggendo di fronte a sé il magistrato onorario anche avvocato, oppure anche in qualche altro modo?

In conclusione non è assolutamente condivisibile tale orientamento.

Avv. Marco Valerio SANTONOCITO

I

**TAR LAZIO - SEZIONE II BIS - PRESIDENTE F.F. SPERANZA
EST. DE MICHELE – SENT. 12 MARZO 2003 N.1874
C.M. (AVV. L. LAVITOLA) C/ COMUNE DI ROMA**

Edilizia ed Urbanistica - ottemperanza al giudicato - -concessione - diniego – annullato dal Tar – obbligo di rilascio – nonostante nuovo P.R.G – sussiste – limite.

Edilizia Urbanistica – ottemperanza al giudicato - -ius superveniens - effetti – anche ai fini del risarcimento – dopo L.21/7/2000 n.205.

In sede di ottemperanza, il Comune (già condannato avanti il Tar) non può limitarsi ad affermare che il nuovo P.R.G. rende non più possibile il rilascio della concessione edilizia, ma deve valutare il modo di rendere l'originario progetto conforme al nuovo strumento urbanistico (1).

Il Comune, soccombente al Tar, nell'eseguire la sentenza spontaneamente, deve tener conto dei mutati strumenti urbanistici; tuttavia, se questi ultimi rendono impossibile il rilascio dell'originaria concessione edilizia richiesta (ed il cui diniego fu dichiarato illegittimo dal Tar), il Comune dovrà risarcire il danno patrimoniale per lesioni irreversibile di interesse legittimo, rientrando il diritto patrimoniale al risarcimento nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva dopo la legge 21/7/2000 n.205 (2)

II

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
SEZIONE II BIS – SENT. 26 FEBBRAIO 2003, N.1552
PRES. GIULIA EST. SPERANZA**

Edilizia ed Urbanistica – ottemperanza al giudicato – commissario ad acta – poteri – limiti.

Il Commissario ad acta nominato nel corso di un giudizio di ottemperanza, relativo al rilascio coattivo di una concessione edilizia illegittimamente a suo tempo negata, non può travalicare i limiti assegnatigli dal Tar che l'ha nominato (nella specie il Commissario ad acta non si era limitato ad apportare alcune lievi modifiche, ma - per rendere il progetto originario conforme alle sopraggiunte norme urbanistiche – lo aveva significativamente stravolto) (3)

I

La sentenza così motiva:**DIRITTO**

La soluzione della complessa vicenda, sintetizzata nella parte in fatto della presente decisione, appare affidata alla valutazione del giudicato, formatosi sulle sentenze di questo Tribunale n. 391/97 e 1943/97, nonché alla applicabilità, nella fattispecie, delle nuova disciplina urbanistica, adottata dal Comune di Roma con delibera consiliare n. 92/97 e approvata dalla regione con delibera di G.R. n. 426/2002.

Quanto al giudicato, esso riguarda in primo luogo l'illegittima inerzia dell'Amministrazione, in ordine all'interesse pretensivo della ricorrente ad ottenere una pronuncia sulla propria istanza di concessione in sanatoria, presentata dopo l'intervenuta decadenza – per mancata approvazione nel quinquennio dalla data di adozione – della delibera consiliare n. 279/91.

L'altro principio, affermato per la vicenda stessa con forza di giudicato, è contenuto nella sentenza di questo Tribunale n. 1943/97, in base alla quale deve ritenersi che l'art. 13 della legge n. 47/85 – là dove ammette a sanatoria le opere abusive, purchè le stesse risultino conformi “agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati” e siano “non in contrasto con quelli adottati, sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda” – vada interpretato nel senso che il contrasto con disposizioni urbanistiche solo adottate “non possa più essere addotto a motivo di diniego, quante volte la normativa in itinere, per decorso del quinquennio dalla sua adozione, non acquisti definitiva vigenza, dovendosi altrimenti postulare, irragionevolmente, l'ultrattività di una norma ben oltre il termine di decadenza stabilito dalla legge e l'impossibilità di regolarizzare...un'opera conforme alla normativa vigente”.

Il Collegio condivide la predetta interpretazione, di modo che il primo diniego di sanatoria in questa sede impugnato – in quanto formalmente motivato con la vigenza del principio di salvaguardia, alla data di effettuazione dell'abuso – appare emesso in violazione del giudicato, già formatosi in data 15.10.1999 e comunque in erronea applicazione dell'art. 13 L n. 47/85, come prospettato nei primi due motivi di gravame del ricorso n. 4332, che appare pertanto da accogliere.

Per quanto riguarda, invece, l'ulteriore diniego n. 314/2001, oggetto dei motivi aggiunti di gravame, i principi da applicare sono quelli in materia di disposizioni urbanistiche sopravvenute, prima della emanazione dell'atto.

Detti principi implicano che l'annullamento di un atto amministrativo in sede giurisdizionale comporti – oltre alla caducazione dell'atto stesso – un effetto ripristinatorio della situazione soggettiva lesa, in termini tali da assicurare ogni possibile tutela dell'interesse perseguito – anche nella dimensione pretensiva del medesimo – come se la ricordata violazione dei parametri di legittimità non avesse avuto luogo.

Per quanto sopra, in materia di concessioni edilizie illegittimamente negate, la notifica della sentenza di accoglimento del ricorso, al riguardo presentato, ha valo-

re di diffida all'Amministrazione a non operare – nei confronti del diffidante – variazioni dello strumento urbanistico.

Ove tali variazioni siano apportate in via successiva, l'Amministrazione ha il potere-dovere di valutare l'istanza di concessione, coinvolta dalla pronuncia giudiziale notificata, in base alla normativa vigente alla data di detta notifica, fatte salve ipotesi di assoluta inconciliabilità della progettata edificazione con un superiore interesse pubblico, espresso nella nuova pianificazione: ipotesi, quest'ultima, da valutare discrezionalmente e da esporre con adeguata motivazione, peraltro con le conseguenze risarcitorie, che la più recente giurisprudenza ammette anche in materia di lesione di interessi legittimi (cfr. Cass. SS.UU. 22.7.1999, n. 500, nonché – per i principi enunciati in materia di “us superveniens” – Cons. St., Ad.Plen., 8.1.1986, n. 1; Cons. St., sez. V, 15.10.1986, n. 539 e 31.3.1992, n. 269; TAR Lazio, Roma, sez. II, 26.11.1988, n. 1504 e 16.5.1985, n. 2442; TAR Toscana, sez. III, 3.4.1996, n. 291; TAR Abruzzo, L'Aquila, 5.6.1997, n. 265).

Ad avviso del Collegio, non ci sono ragioni per ritenere non applicabili al cosiddetto silenzio rigetto i criteri – sopra ricordati – elaborati dalla giurisprudenza in materia di “ius superveniens”.

Al contrario, sembra innegabile che una delle ragioni, per cui prima la giurisprudenza stessa e poi anche il legislatore hanno individuato strumenti per rimuovere l'inerzia dell'Amministrazione – in quanto contraria alle regole del giusto procedimento, nonché all'obbligo di pronuncia motivata – sia quella di ancorare l'interesse pretensivo a parametri anche normativi certi, in un corretto bilanciamento – per quanto qui interessa – fra l'interesse protetto del privato a disporre della proprietà con l'edificazione, (nonché a sanare l'edificazione non autorizzata, nei termini previsti dalla legge) e la potestà di pianificazione d'uso del territorio dell'Amministrazione stessa.

Nel caso di specie, per un immobile abusivo realizzato nel 1995, era stata presentata una istanza di sanatoria in data 12.8.1996, nel momento in cui non risultavano più opponibili all'interessata le misure di salvaguardia, applicabili per carenza del lotto minimo, a seguito di variante adottata con delibera n. 279/91.

In mancanza di una sollecita pronuncia, è intervenuta declaratoria in sede giudiziale di silenzio-inadempimento dell'Amministrazione.

La notifica di tale sentenza, in data 13.3.1997, non poteva non operare nel senso sopra specificato, ovvero quale diffida a non operare modifiche ad una normativa urbanistica, che a tale data appariva compatibile con le costruzioni da sanare, sotto il profilo in precedenza contestato dall'Amministrazione.

Non avendo l'Amministrazione operato il bilanciamento sopra indicato, pertanto, il Collegio ritiene il diniego n. 314/01 sia illegittimo, per le ragioni prospettate nel primo e assorbente motivo aggiunto di gravame.

La circostanza, segnalata dall'Amministrazione resistente, della già avvenuta emanazione di diniego esplicito di sanatoria (n. 2112/96), già alla data di pubblicazione della sentenza in materia di silenzio rifiuto appare non rilevante, in quanto

detta emanazione – per la data in cui è intervenuta – avrebbe potuto tutt'al più escludere un futuro eventuale giudizio di ottemperanza al giudicato, se non fosse intervenuta la sentenza n. 1943/97, che ha annullato il diniego stesso, rimasto pertanto – ex tunc – “tamquam non esset” (in quanto retroattivamente rimosso dal mondo giuridico)

Non incide sulle predette conclusioni l'avvenuta notifica della citata sentenza n. 391/97 al Sindaco e non anche al difensore dell'Amministrazione, dovendosi ritenere che quest'ultima notifica – prescritta ai fini procedurali – non incida sulle diverse conseguenze, rapportabili alla notifica stessa in tema di ius superveniens, conseguenze – queste ultime – di elaborazione giurisprudenziale e sicuramente rapportabili ad una comunicazione, effettuata direttamente al Comune.

Le ulteriori ragioni di diniego, riferite nel provvedimento a carenze documentali, appaiono idonee a giustificare una richiesta di integrazione dei documenti mancanti, ma non anche un definitivo rigetto dell'istanza.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto, con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

Quanto alle spese giudiziali, esse seguono la soccombenza e sono liquidate in via equitativa nella misura di Euro 1000/00 (mille).

II

La sentenza così motiva:

(OMISSIS)

Il Collegio ha ritenuto di dilungarsi sul contenuto della sentenza n.2574/01, come pure sul contenuto della relazione commissariale, per evidenziare come – in relazione al contenuto della medesima – la sua esecuzione comportava, da parte del Commissario ad acta, la verifica dell'assentibilità, o meno, del solo progetto che aveva formato oggetto del diniego (n.5.8.96, n.1153) di concessione edilizia richiesta dalla ricorrente con domanda 18.6.90, diniego annullato dalla sentenza della cui esecuzione si tratta nei limiti suesposti, e quindi limitarsi a valutare l'eventuale assentibilità del progetto medesimo, senza tener conto delle ragioni giustificative, addotte dal Comune e censurate dal Tribunale, poste a giustificazione del diniego di concessione edilizia annullato con la stessa sentenza.

Essendo stato detto diniego annullato in sede giurisdizionale, sostanzialmente, per difetto di motivazione, i poteri del Commissario ad acta, ai fini della esecuzione della sentenza citata (n. 2574/01), dovevano essere circoscritti alla verifica anzidetta e non estendersi ad un non consentito esame di progetti e varianti ed aggiustamenti successivi al progetto originario, stimolati dallo stesso commissario ad acta.

Ciò può desumersi dalla giurisprudenza secondo cui, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia, il sindaco deve riesaminare “l'originaria istanza” (tenendo conto che la disciplina urbanistica applicabile in sede di riesame è quella vigente fino alla data di notificazione della sen-

tenza) (cfr.C.d:S., V, 17.5.2000, n.2874 e 14.11.1997, n.1308).

Pertanto, se la stessa A.ne, in sede di ottemperanza, deve riesaminare la “istanza originaria” di concessione edilizia, ovviamente senza incorrere nei vizi già censurati dal Tribunale, non diversi devono considerarsi i poteri esercitabili dal Commissario ad acta che deve procedere al medesimo riesame.

Nella specie non è dubbio che il Commissario ad acta è stato nominato al fine di eseguire una pronuncia puntuale e di per sé esaustiva, e cioè con il compito – in caso di ulteriore inerzia dell'Amministrazione – di “riesaminare il progetto di cui al diniego annullato da questa Sezione alla stregua delle indicazioni contenute nella motivazione della sentenza di cui viene chiesta l'esecuzione”.

Come si desume dalla relazione sopra ampiamente riportata, l'attività del Commissario (non ancora conclusa), nella parte in cui è stata volta a promuovere successive modifiche del progetto originario, alcune delle quali definite dallo stesso Commissario “non trascurabili”, tali da consentire il rilascio della concessione, ha travalicato i limiti dell'incarico conferitogli avendo in sostanza comportato l'assunzione di poteri istituzionali dell'A.ne in materia,, peraltro estranei al contenuto della sentenza da eseguirsi in luogo del Comune inadempiente.

In relazione a quanto sopra argomentato la sezione deve respingere l'istanza del Commissario rivolta ad ottenere l'autorizzazione a rilasciare la concessione edilizia sui nuovi progetti presentati dalla ricorrente.

(1-3) il giudizio di ottemperanza ed i poteri del commissario ad acta in materia edilizia

Le due decisioni giurisprudenziali sopra riportate vogliono esprimere la posizione esatta dei Giudici Amministrativi riguardo all'ottemperanza in materia edilizia, con conseguente problematica annessa sui poteri del commissario ad acta.

Possiamo dire, in breve, che l'attuale quadro giurisprudenziale è così riassumibile:

a) passaggio in giudicato della sentenza

La preventiva sentenza di annullamento del diniego di rilascio della concessione edilizia dev'essere passata in giudicato: solo dopo di ciò potrà essere incardinato il successivo giudizio d'ottemperanza volto ad ottenere la nomina del commissario ad acta (cfr.Sent.Tar Lazio Sez.II, 1874/03 sopra riportata).

b) poteri del commissario ad acta

Il commissario ad acta è mera “longa manus” del G.A., sicchè può solo attuare (se necessario “manu militari”) quanto deliberato dal magistrato amministrativo, ma senza travalicare i limiti dell'incarico (per es. se la concessione edilizia illegittimamente negata non può essere rilasciata senza significative modifiche al progetto originario, causa sopravvenuti vincoli urbanistici, il commissario ad acta non può rilasciare sic et simpliciter quest'ultima, ma deve tener presente queste nuove misure di salvaguardia (cfr.Sent.Tar Lazio II Sez., 1552/03 sopra riportata)

c) principio del rebus sic stantibus

Se la domanda di concessione edilizia è stata presentata prima dell'adozione di un nuovo strumento urbanistico, neanche entrato in vigore prima del deposito della sentenza di annullamento, il Comune – oltre a risarcire i danni per l'illegittimo diniego – non può neanche opporre al richiedente, vincitore al Tar, la sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici più restrittivi (cfr Tar Lazio Sez.I 11/12/02, n.12054).

Il principio del "rebus sic stantibus" suddetto, in particolare, ha il fine di non rendere inutiliter data la pronuncia del Tar, il quale (anche in base alla L.21/7/2000 n.205 che ha riscritto l'art. 34 del precedente D.lgs. 31/3/98 n.80) potrà anche disporre la condanna del Comune al versamento del danno (cfr Tar Campania-Napoli I Sez 18/11/02 n.7265)

d) principio del favor actoris

Anzi al Comune, che illegittimamente negò la concessione edilizia, il Tar può imporre, con lo stesso strumento dell'ottemperanza, di rivedere gli strumenti urbanistici vigenti al fine di tentare il recupero delle previsioni urbanistiche precedenti più favorevoli, in maniera da poter soddisfare concretamente la pretesa del ricorrente (cfr Tar Toscana Sez.II 27/10/03 n.5481).

e) principio della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato
Nell'ottica di un equo contemperamento degli opposti interessi, tuttavia il Tar prescrive costantemente ai commissari ad acta di tener sempre conto della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della pubblicazione della sentenza di passaggio in giudicato. Questo perché una legge statale (o anche una legge regionale) sopravvenuta ha il fine ovviamente di perseguire l'interesse pubblico della collettività e la pretesa del privato non può certamente ledere i diritti della collettività statale o regionale: cfr Tar Campania – Napoli Sez.II 21/2/03 n. 1045. Questa diatriba sorse alla fine degli anni ottanta, allorché i commissari ad acta dovettero dare esecuzione alle sentenze d'ottemperanza volte ad ottenere il rilascio coattivo delle concessioni edilizie in comuni marittimi. E i predetti commissari si accorsero di non poter rilasciare le concessioni frontemare, perché medio-tempore era sopravvenuta la L.8/8/85 n.431 (c.d.legge Galasso) che istituì la fascia di rispetto fino a 300 mt dal bagnasciuga.

A dire il vero, anche uno strumento urbanistico comunale può istituire particolari misure di salvaguardia ed anche di ciò, il commissario ad acta nominato a seguito di ottemperanza dovrà tener conto (sempre per i superiori fini di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato); e proprio ciò costituisce il discrimine con le norme ordinarie di PRG sopravvenute inopponibili al ricorrente vittorioso al Tar (cfr Tar Veneto Sez.I 18/7/03 n.3811).

Avv. Marco Valerio SANTONOCITO

**COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI ROMA
SEZIONE CINQUANTATREESIMA
SENTENZA 11 GENNAIO 2005 N° 492
PRES. SANTARONI – REL. BREGLIA.**

Imposte e tasse – Marche per atti giudiziari – Marche scambio – Obbligo di apporre marche scambio per quante sono le parti e i procuratori costituiti - Art. 31 della tariffa allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 - Nuova formulazione dell'art. 20 della tariffa allegata al D.M. 28 agosto 1992 - Abrogazione per incompatibilità - Obbligo di apposizione solo nei confronti delle parti con cui il difensore dichiara di voler scambiare - Sussiste.

A seguito della nuova formulazione dell'art. 20 della tariffa allegata al D.M. 28 agosto 1992 in materia di imposta di bollo, deve ritenersi abrogato per incompatibilità l'art. 31 della tariffa allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 nel quale era previsto l'obbligo di apporre sugli atti giudiziari che vengono depositati nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali civili e ministeriali marche scambio per quante sono le parti costituite in giudizio.

Consequentemente sussiste l'obbligo di apporre le marche scambio solo nei confronti delle controparti con cui il difensore dichiara di voler scambiare (1).

La sentenza così motiva:**FATTO**

L'Avv. Antonio Lo Reto, in data 13/01/03, ha depositato ricorso avverso l'atto notificato dal Dipartimento delle Entrate di Roma in data 18/12/02, concernente le violazioni elevate a seguito dell'esame del verbale di contestazione elevato dal Tribunale di Roma 3, sezione stralcio, avente ad oggetto la regolarizzazione fiscale - imposta di bollo - su atto giudiziario con invito al pagamento della somma complessiva di € 170,42.

Con il ricorso in menzione il contribuente ha eccepito la genericità dell'atto impositivo nonché l'illegittimità dello stesso, atteso che in esso non viene richiamata alcuna norma sanzionatoria, né a quali atti deve farsi riferimento per valutare la pretesa omissione fiscale. In effetti l'Ufficio ha chiesto di vedere assolto in bollo il deposito delle comparse non solo nei confronti della parte con la quale esiste il diretto contraddittorio, ma anche nei confronti di tutte le parti che concorrono nel processo; le cosiddette marche di "scambio".

L'Ufficio non si è costituito.

Il Collegio, all'udienza del 10 febbraio 2004, sentito il difensore, si è riservato il giudizio ai sensi dell'art. 35 del DPR 546/92.

La Commissione, in data 16 marzo 2004, con ordinanza n. 53/53/04 indirizzata all'Agenzia delle Entrate di Roma 5 ed alle Corti di Appello di Milano, Napoli, Venezia e Torino, ha invitato, ex art. 210 c.p.c., l'Ufficio delle Entrate a produrre l'atto cui si

riferirebbe la violazione contestata, mentre ha disposto, ex art. 213 c.p.c. che la segreteria della Commissione Tributaria acquisisca informazioni presso le sopra citate cancellerie di Corte d'Appello circa l'esecuzione della Legge sul bollo in ordine agli atti che le Parti depositano e scambiano con le altre appartenenti al processo e le modalità di applicazione delle marche, precisando se viene richiesta l'applicazione di una sola marca scambio, oppure di tante marche scambio quanti sono i procuratori costituiti in giudizio.

Alla scadenza del termine imposto dalla Commissione non hanno risposto all'ordinanza l'Ufficio delle Entrate di Roma 5 e la Corte di Appello di Napoli. Le altre Corti di Appello interessate hanno tutte conformemente precisato che viene richiesta l'apposizione di una marca scambio per quante sono le controparti con cui il difensore dichiara di voler scambiare.

DIRITTO

Il Collegio, esaminata la documentazione prodotta, sentito il difensore ed a scioglimento della riserva, ritiene il ricorso meritevole di accoglimento.

Al riguardo, rileva che a seguito della nuova formulazione dell'art. 20 della tariffa allegata al D.M. 28/08/92, l'art. 31 della tariffa allegata al DPR 26/10/72, n. 642 deve ritenersi abrogata per incompatibilità fra le due previsioni.

La nuova formulazione del citato art. 20 non prevede più, al contrario del citato art. 31, l'obbligo di apporre marche scambio per quante sono le parti e per esse i procuratori costituiti in giudizio.

I principi di gratuità della giustizia e la riforma delle norme processuali contenute nella Legge 353/90 e successive integrazioni con la conseguente modifica degli artt. 166 e 190 del codice civile confortano quanto precisato poiché non prevedono, al contrario del precedente testo, alcun obbligo né di deposito di copie per le controparti né di comunicazione mediante deposito di copie, delle comparse anche conclusionali e delle memorie difensive. L'art. 170 c.p.c. contempla espressamente che la comunicazione degli atti avviene, salvo diversa disposizione del Giudice, mediante deposito degli stessi in Cancelleria presso la quale sono a disposizione delle parti costituite che ne possono ottenere copia per il combinato disposto dell'art. 168, II comma, del codice di procedura civile nn. 73 e 76 delle disposizioni di attuazione al predetto codice.

Nel caso in esame, l'omessa produzione da parte dell'Ufficio delle Entrate di Roma 5 dell'atto che ha originato la violazione di legge, comporta il permanere del motivo pregiudiziale di assoluta genericità dell'accertamento che lo rende nullo.

La mancata produzione dell'atto da parte dell'Ufficio non ha consentito di verificare se il difensore, che ha prodotto in causa l'atto stesso, intendeva scambiarlo con una o più parti costituite nel giudizio. Tutte le Corti di Appello interpellate hanno precisato che viene richiesta l'apposizione di una marca scambio per quante sono le controparti con cui il difensore dichiara di voler scambiare; ciò conferma che non esiste alcun obbligo di apporre tante marche scambio quante sono le altre parti in causa e che spetta al legale che deposita l'atto difensivo la scelta della o delle parti con le quali

intende scambiare le proprie difese. Tale tesi è conforme a quanto previsto nei testi novellati dagli artt. 166 e 190 c.p.c..

Sussistono le condizioni per compensare le spese.

1) L'obbligo di apposizione delle cd. "marche scambio" alla luce delle modifiche intervenute nella disciplina della tariffa dell'imposta di bollo sugli atti e i provvedimenti giurisdizionali.

La sentenza in rassegna affronta la questione dell'obbligo di apposizione delle cd. marche scambio sugli atti giudiziari soggetti ad imposta di bollo – ante istituzione del contributo unificato di cui all'art. 9 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 – ed, in particolare, sull'individuazione delle parti nei confronti delle quali sussiste l'obbligo di "scambio".

Nel caso di specie il Dipartimento delle Entrate di Roma aveva notificato ad un avvocato un atto di contestazione per la pretesa regolarizzazione dell'imposta di bollo a seguito della mancata apposizione delle marche scambio sulle comparse depositate nei confronti di tutte le parti costituite nel giudizio. L'avvocato, infatti, aveva provveduto ad assolvere l'imposta di bollo solo per lo scambio degli atti con la parte con la quale esisteva il diretto contraddittorio.

Nel proporre ricorso avverso il predetto atto, l'avvocato contestava, in via preliminare, la nullità dell'atto impositivo per assoluta genericità conseguente al mancato richiamo della norma sanzionatoria invocata e alla mancata individuazione dell'atto cui si riferiva la contestazione ed, in via principale, l'insussistenza dell'obbligo di apporre marche scambio sugli atti giudiziari depositati per quante sono le parti e per esse i procuratori costituiti in giudizio, sostenendo che detto obbligo sussiste solo nei confronti delle parti con le quali esiste il contraddittorio diretto.

La Commissione Tributaria Provinciale con la sentenza in commento ha accolto le doglianze dell'avvocato ricorrente e, pur dichiarando in via pregiudiziale la nullità dell'atto di accertamento per assoluta genericità dello stesso – rimasta insanata in conseguenza della mancata produzione da parte dell'Ufficio dell'atto che ha originato la violazione - ha statuito, nel merito, che l'apposizione della marca scambio deve ritenersi obbligatoria solo nei confronti delle controparti con le quali il difensore dichiara di voler scambiare.

I Giudici tributari addivengono a questa conclusione considerando che a fronte della nuova formulazione dell'art. 20 della Tariffa allegata al D.M. 28 (recte 20) agosto 1992 avente ad oggetto gli atti ed i provvedimenti giurisdizionali soggetti all'imposta di bollo e le modalità di assolvimento della stessa, deve ritenersi abrogato per incompatibilità il precedente speculare art. 31 della Tariffa I allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642.

La nuova formulazione del citato art. 20 non prevede più, al contrario del citato art. 31, l'obbligo di apporre marche scambio secondo il numero delle parti costituite in giudizio bensì solo nei confronti di quelle con le quali il difensore al momento del

deposito dichiara di voler scambiare. Ciò in conformità al principio di gratuità della giustizia e alle previsioni di cui agli artt. 166 (costituzione del convenuto) e 190 (comparse conclusionali e memorie) c.p.c., come novellati dalla legge n. 353 del 1990.

L'art. 166 c.p.c., infatti, nel testo novellato nel 1990, non contiene più la previsione del deposito di "copie necessarie per le altre parti" e l'art. 190 c.p.c., anch'esso novellato nel 1990, non contiene più il preesistente obbligo per le parti di "comunicarsi" le comparse contenenti le sole conclusioni fissate, nonché le ragioni di fatto e di diritto su cui esse si fondano mediante il deposito ex art. 170 c.p.c. degli atti in cancelleria, presso la quale sono a disposizione delle parti costituite, che ne possono estrarre copia ai sensi del combinato disposto degli artt. 168, comma 2 c.p.c. e degli artt. 73 e 76 delle disposizioni di attuazione dello stesso codice di procedura civile.

La ratio che ha condotto i giudici tributari di primo grado a circoscrivere l'obbligo di apposizione delle marche scambio nei confronti delle sole parti con le quali il difensore dichiara di voler scambiare, poggia, quindi, su un'interpretazione letterale delle norme richiamate, che muove dalla considerazione dell'intervenuta abrogazione dell'art. 31 della tariffa allegata al d.P.R. 642 del 1992 - che prevedeva l'obbligo di apposizione delle marche scambio nei confronti di tutte le parti in causa - ad opera dell'art. 20 della tariffa allegata al D.M. 20 agosto 1992 e si consolida alla luce del tenore delle norme relative al deposito degli atti di parte contenute nel codice del processo civile.

Il tutto corroborato anche dalle risposte rese in giudizio da diverse Corti d'Appello (Milano, Napoli, Venezia e Torino), che, interpellate ex art. 213 c.p.c. sulla questione, hanno precisato univocamente che l'apposizione della marca scambio viene richiesta per quante sono le parti con le quali il difensore dichiara di voler scambiare.

D'altro canto difficilmente si sarebbe potuti pervenire alla diversa conclusione della sussistenza dell'obbligo di scambio delle difese anche nei confronti di coloro che non sono contraddittori e, quindi, che non sono diretti destinatari delle domande e delle eccezioni spiegate.

Riconoscere la sussistenza del predetto obbligo fiscale nei confronti di tutte le parti costituite equivarrebbe, infatti, a sostenere l'esistenza di un obbligo della parte a "dialogare" in causa con tutte le altre parti costituite, in palese violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., nell'ambito del quale rientra quello di operare scelte difensive, come quella di "ignorare" alcune parti costituite.

Si assisterebbe così all'assurda ed ingiustificata prevalenza della "ragion fiscale" sul diritto alla difesa, con conseguente esposizione della parte all'obbligo di "scambiare" difese con tutti e all'eventuale pagamento delle spese legali in favore di tutte le parti in caso di soccombenza e condanna alle spese.

Ma v'è di più.

La pretesa applicazione delle marche scambio per quante sono le parti costituite realizzerebbe un'imposizione in contrasto anche con l'art. 53 Cost, in quanto le parti sarebbero tenute ad assolvere l'imposta di bollo in modo diverso ed, in particolare, più o meno gravoso, solo in ragione del numero delle parti costituite in giudizio e non delle

scelte difensive, con conseguente ingiustificata sperequazione dei carichi fiscali.

Ciò vale tanto più se si considera che la scelta del contraddittore in un giudizio nel quale vi siano più parti oltre ad essere in taluni casi obbligata - come in alcune ipotesi di litisconsorzio necessario o di intervento volontario principale, nel quale l'interveniente afferma un diritto proprio in contrasto sia con l'attore che con il convenuto - può essere in molti casi frutto di una libera scelta. Si ha riguardo alle ipotesi della chiamata del terzo in garanzia, dell'intervento volontario adesivo autonomo - nel quale l'interveniente fa valere un diritto autonomo ma assume una posizione parallela o uguale a quella di una delle parti - ovvero dell'intervento volontario adesivo dipendente (cd. *ad adiuvandum*) - nel quale l'interveniente partecipa al giudizio per sostenere le ragioni di una parte contro l'altra. In tali ultimi casi sia che la parte venga ad essere chiamata in giudizio, sia che intervenga spontaneamente si pone comunque in contraddittorio nei confronti di alcune specifiche parti e non di tutte (si veda ad esempio Cass., sez. III, del 22.03.1991, n. 3064 e Cass. sez. III, del 16.07.1992, nelle quali la Corte in tema di RC auto precisa che solo l'assicuratore è contraddittore diretto e primario del terzo danneggiato).

A ciò aggiungasi che l'interpretazione offerta dai giudici tributari, oltre ad essere conforme ai principi che ispirano il processo civile è conforme agli scopi espressi nella legge delega per la riforma tributaria del 9 ottobre 1971, n. 825, che all'art. 7, nell'ambito della revisione delle imposte e tasse afferenti i procedimenti civili, penali ed amministrativi prevede espressamente "*la possibilità di eliminare le imposte di bollo su atti e documenti e di sostituirle con una imposta una tantum; eliminare ogni impedimento fiscale al diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*".

Dal tenore di tale disposizione si evince chiaramente che lo scopo del legislatore nell'ambito dell'applicazione dell'imposta di bollo sugli atti giudiziari era già all'epoca della riforma del 1972 quello di semplificare l'imposizione soprattutto quello di evitare "impedimenti fiscali" all'esercizio del diritto fondamentale alla difesa dei propri diritti ed interessi in giudizio. Scopo che è stato perseguito e raggiunto con l'introduzione del contributo unificato e la soppressione dell'imposta di bollo sugli atti e provvedimenti relativi ai procedimenti civili, penali e amministrativi.

In conclusione, alla luce dell'interpretazione letterale delle norme speciali che regolano l'applicazione dell'imposta di bollo - lette in conformità alle norme generali che regolano la costituzione, il deposito e la comunicazione degli atti - dei principi ispiratori della riforma tributaria del 1972 e soprattutto alla luce dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 53 Cost, non vi possono essere dubbi sulla correttezza dell'interpretazione secondo la quale l'imposta di bollo sugli atti di causa deve essere assolta a mezzo delle c.d. marche scambio con riguardo alle sole parti nei confronti delle quali il difensore ha un diretto contraddittorio.

Avv. Alice COGLIATI DEZZA