

Diritto & Giustizi@


Quotidiano di informazione giuridica

Martedì 01/08/2006

Esami di avvocato: i giudizi sugli scritti devono essere motivati, solo il voto non basta

Amministrativo / Giurisdizioni Di Merito

Articoli - Quotidiano del: 28/09/2005

 **AVVOCATO E PROCURATORE** Albo iscrizione

Documenti Correlati:

 (Tar Calabria, Sezione prima, ordinanza n.539/05; depositata l'8 settembre)

Esami di avvocato: la commissione deve motivare i giudizi delle prove scritte. Del resto, la sola attribuzione del voto non rende possibile risalire al modo in cui i criteri di valutazione sono stati applicati al punteggio. Così il Tar Calabria con l'ordinanza 539/05 (depositata lo scorso 8 settembre e qui leggibile nei documenti correlati), ha accolto l'istanza di sospensione proposta da un aspirante avvocato, il cui parere di diritto civile era stato valutato negativamente dalla Sottocommissione presso la Corte di appello di Firenze. Ma non solo. I giudici calabresi ritenendo non sufficiente la mera attribuzione di un voto hanno stabilito che le prove della candidata vengano nuovamente corrette. Questa volta, però, dalla Commissione. Pubblichiamo di seguito il commento di Antonella Mascaro.

di

Antonella Mascaro*

All'udienza dell'8 settembre si è discusso un ricorso attinente alla mancata ammissione alle prove orali di una candidata all'*esame* per avvocato. Al vaglio dell'on.le Tar Calabria vi erano diversi ricorsi di aspiranti *avvocati* i quali avevano impugnato i criteri di valutazione effettuati dalla sottocommissione della Corte d'appello di Firenze. Il Tar Calabria, sezione prima (Presidente Cesare Mastrocola; relatore Giovanni Rui; terzo componente Marco Morgantini) ha accolto la richiesta di sospensione presentata con ricorso nell'interesse della dott.ssa A.C. (candidata alle prove scritte per *esame* di avvocato sessione appena trascorsa). Il ministero della Giustizia si era costituito a mezzo l'avvocatura distrettuale ed aveva chiesto il rigetto della sospensione invocata con il ricorso principale nonché la *competenza* del Tar Lazio in luogo del Tar Calabria. La scrivente difesa nell'interesse della ricorrente, in camera di consiglio ha comunicato di non aderire al regolamento di *competenza* insistendo nell'accoglimento della sospensione.

Il Tar Calabria, dopo una lunga camera di consiglio, ha così statuito con ordinanza: «[...] ad un sommario *esame*, il ricorso appare assistito dal necessario *fumus*. Il Collegio ritiene quindi necessaria una nuova correzione e valutazione delle prove ritenute insufficienti. Tale incombenza verrà eseguito dalla Commissione per l'*esame* di avvocato presso la Corte d'appello di Firenze, sessione per l'anno 2004, in diversa composizione rispetto alla sottocommissione che ha effettuato la correzione e valutazione che ha portato alla non ammissione della ricorrente alle prove orali. *Pqm* Accoglie l'istanza di sospensione e, per l'effetto, ordina il *riesame* delle prove come in motivazione. La presente ordinanza sarà eseguita dalla amministrazione».

L'accoglimento del ricorso proposto si appalesa indicativo, oltre per il fatto che la candidata merita un ulteriore *riesame* e valutazione della prova di diritto civile (l'unica ad essere stata giudicata insufficiente), per la circostanza della innovativa visione dell'efficacia del provvedimento di sospensione sostenuta dalla difesa!

Si è sostenuto nel ricorso, oltre ad altri motivi che evidenziavano l'assoluta carenza e/o insufficienza motivazione – assenza e/o insufficienza di criteri di valutazione adottati nonché irragionevolezza – incongruenza ed illogicità delle valutazioni effettuate sugli elaborati, la

necessità di superare i limiti della ristrettezza della previsione normativa che limita l'istanza di sospensione alla presenza del *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Tale richiesta, rivolta dalla difesa al Tar Calabria, per come formulata in ricorso è conforme agli innovativi principi delle ordinanze propulsive o di *remand*, con le quali il giudice amministrativo sollecita l'amministrazione affinché faccia luogo alla rinnovazione del procedimento ed al riesame del provvedimento impugnato. Il tutto attraverso un'interpretazione evolutiva dei principi costituzionali.

Giacchè, com'è noto, non è possibile, a seguito del rilascio del verbale di correzione delle prove scritte, comprendere le recondite motivazioni che hanno portato la sottocommissione di Firenze a ritenere insufficiente il parere di civile della candidata, la scrivente difesa, in adesione con quanto affermato nella più recente giurisprudenza di merito, ritiene che l'assenza di motivazione risulti motivo per ritenere non sufficientemente motivato l'*iter* logico che ha portato alla valutazione negativa del parere di diritto civile.

La mera attribuzione di un voto, ritenuta sufficiente fino a qualche tempo fa dalla giurisprudenza, non rende possibile risalire al modo in cui detti criteri siano stati applicati al caso concreto.

In altri termini, soprattutto quando si fa luogo al raffronto tra posizioni di diversi candidati, deve essere assicurata, quanto meno in forma sintetica, l'esternazione delle ragioni sottese alle valutazioni della commissione, rendendo così percepibile l'*iter* logico seguito nell'attribuzione del punteggio.

Ciò oltre ad essere conforme alle linee guida della novella del decreto legge 112/, risponde anche all'articolo 3 comma 1 della legge 241/90 secondo cui «ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti [...] lo svolgimento dei pubblici concorsi [...] deve essere motivato».

Il mancato rispetto dei doveri di imparzialità e trasparenza risultano in violazione degli articoli 97 e 98 della Costituzione.

Diversamente opinando, per come in giurisprudenza sottolineato, si viola l'articolo 3 della Costituzione per disparità di trattamento rispetto alle procedure valutative identiche nei pubblici concorsi. Infatti in caso di concorso pubblico è previsto il vaglio motivazionale delle scelte tra i più meritevoli e dunque lo stesso principio dovrebbe valere nell'ambito del concorso per *avvocati*, in cui anche è evidente l'importanza che vengano selezionati i più meritevoli attraverso una procedura trasparente.

Nel caso di specie, ed entrando nel "merito" del ricorso, la candidata non ammessa alle prove orali per l'*esame* di avvocato aveva superato due prove scritte su tre e quella ritenuta insufficiente era quella di diritto civile. Eppure l'elaborato, a parere della difesa, era conforme all'indirizzo espresso dalla commissione centrale di Roma con circolare del 21 dicembre 2004. In particolare la candidata aveva dato dimostrazione di saper redigere un elaborato chiaro, logico con concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici seppur difforme, in parte, dall'indirizzo giurisprudenziale prevalente e preso a parametro di riferimento dalla sottocommissione (VII) di *esame* presso la Corte d'appello di Firenze.

In altre parole, la difesa, ha posto l'accento sulla funzione dell'avvocato e sulla preparazione che lo stesso deve avere all'inizio della delicata professione impostata non solo su preparazione tecnica ma soprattutto su base deontologica.

Sebbene prima della riforma, com'è noto, si propendesse da parte del Consiglio di Stato a non considerare un onere la motivazione nei giudizi inerenti la celerità dell'azione amministrativa in procedure selettive caratterizzato da un elevato numero di candidati, tuttavia ciò non deve andare a discarico di un corretto *iter* motivazionale.

Da questo momento in poi tutte le commissioni sono invitate, seppur sinteticamente, ad esternare le ragioni sottese alla loro valutazione e ciò al fine di consentire, ancor prima che al ricorrente soprattutto ai giudici amministrativi, la ricostruzione del loro *iter* motivazionale.

*Avvocato

Indietro

Diritto & Giustizi@


Quotidiano di informazione giuridica

Martedì 01/08/2006


Esami di avvocato: il contenzioso va tutto al Tar Lazio. Nonostante la devolution

Amministrativo / Consiglio Di Stato

Articoli - Quotidiano del: 12/01/2006

 **AVVOCATO E PROCURATORE** Albo

Documenti Correlati:

 [\(Sezione quarta, decisione n.7556/05; depositata il 29 dicembre\)](#)

di

Antonella Mascaro*

Esami di Avvocato: la *competenza* nazionale è del Tar Lazio. A stabilirlo è stata la quarta sezione del Consiglio di Stato con la decisione 7556/05 (depositata lo scorso 29 dicembre e qui leggibile nei documenti correlati) nel giudizio per regolamento preventivo di *competenza* in materia di esami per avvocato indicando quale giudice competente il Tar del Lazio, sede di Roma.

In merito alla lettura della sentenza la scrivente difesa ritiene che la decisione sia frutto di una valutazione che privilegia una visione accentratrice e non decentrata della Giustizia Amministrativa.

Il Consiglio di Stato, in buona sostanza, ritiene che l'impugnazione di un atto applicativo e di un provvedimento presupposto di un organo centrale dello Stato ha efficacia su tutto il territorio nazionale rifacendosi, in questo senso, a precedenti decisioni che, a mio parere, non tengono conto della *devolution*.

Non è prevedibile, allo stato, quanto ciò potrà essere di giovamento all'economia del diritto, ma certamente avrebbe una diversa ragione d'essere in un quadro normativo nuovo rispetto all'*esame per avvocati*.

Malgrado il decentramento dell'*esame per avvocato* nelle sedi di provenienza, viene dunque considerato unico Organo la Commissione Centrale di Roma e dunque unico Tar competente il Tar Lazio, sede di Roma.

A questo punto è lecito prevedere, alla luce della decisione del Consiglio di Stato nonché degli indirizzi interpretativi adottati, un *esame per avvocati* unico e nazionale da svolgersi in Roma sia come prove scritte che orali.

Bisogna ritenere, a voler mutuare dal noto costituzionalista calabrese Mortati, che la Commissione Centrale di Roma è l'Organo mentre tutte le Sottocommissioni – dislocate sul territorio – sono soggetti rivestiti dell'Organo.

La decisione in commento, se pur sollecitata, non ha affrontato il tema della inammissibilità del regolamento di *competenza* per violazione dell'articolo 31 della legge 1034/71 per l'omessa notifica a tutte le parti in causa in quanto la ricorrente Avvocatura di Stato non aveva ottemperato alla notifica del ricorso per regolamento di *competenza* a tutte le parti evocate in giudizio, anche se non costituite.

È di tutta evidenza, in considerazione del "volo alto" sul punto, l'intenzione di voler confermare l'interpretazione che l'atto presupposto di un Organo centrale dello Stato ha efficacia generale ed illimitata su tutto il territorio nazionale.

Eppure la ricorrente non aveva contestato l'attività normativa della Commissione Centrale bensì l'erronea applicazione data dalla Sottocommissione interessata alla correzione degli elaborati.

Il Consiglio di Stato, in buona sostanza, adotta una interpretazione formale dell'impugnazione di un atto in luogo di quella sostanziale.

La difesa pur non disconoscendo le numerose pronunce del Consiglio di Stato circa l'attrazione

dell'atto generale su quello applicativo, tuttavia ricordava a se stessa come lo stesso Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (Ap 5/1977) aveva sottolineato che, a radicare una simile *competenza*, per connessione non è sufficiente che il provvedimento presupposto sia semplicemente indicato nel gravame (come nel caso di specie), ma è necessario che sia investito di specifiche censure (interpretazione sostanziale).

Eppure nel 2004, i precedenti nel 2001 e 1999, il Consiglio di Stato, Sezione quarta, (sentenze 7868/04; 2941/01 e 430/99) aveva rilevato che era necessario radicare la *competenza* presso il Tribunale Amministrativo ove deve svolgersi la fase concorsuale dalla quale parte ricorrente è stata esclusa.

Per onestà intellettuale le precitate decisioni attenevano al concorso per esami di *avvocati* prima delle note vicende che hanno portato alla sua riformulazione, ciò non toglie che i principi espressi in quelle sentenze risultavano più aderenti alla cosiddetta *devolution* in materia amministrativa.

A questo punto il quadro giurisprudenziale è completo, a fronte di Tar Regionali più vicini all'obbligo di motivazione sugli elaborati si contrappone un Consiglio di Stato contrario e tendente ad una interpretazione formale dell'impugnazione di un atto centrale, seppur non investito di apposite censure, con radicamento della *competenza* nel Tar Lazio, sede di Roma.

Com'è noto, in virtù del principio della continuità della Giurisdizione Amministrativa, i candidati esclusi potranno continuare ad impugnare gli atti pregiudizievoli – in sede cautelare – innanzi i Tar Regionali ove si sono svolte le prove di *esame* (secondo una prassi non condivisibile : innanzi i Tar con gli orientamenti più vicini alle tesi di diritto dei ricorrenti) per poi discutere il merito del ricorso innanzi il Tar Lazio nella speranza di dover eccepire una “cessata materia del contendere” per il fatto che una positiva rivalutazione degli elaborati (effetto della ottenuta sospensiva) e il superamento delle prove orali (non vertendosi in tema di “ammissione con riserva”) porta l'aspirante avvocato al conseguimento della abilitazione professionale o del titolo in quanto l'ammissione o la ripetizione della valutazione da parte della Commissione è stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali (*ex* articolo 04, comma 2*bis*, DI 115/05 convertito, com'è noto, nella legge 168/05).

Anche nell'ipotesi di appello in sede cautelare il Consiglio di Stato non può che “prendere atto” della precitata normativa in quanto la misura cautelare impugnata ha in fatto esaurito i suoi effetti (in questo senso, da ultimo, esplicitamente Consiglio di Stato, Sezione quarta, 6212/05).

**Avvocato*

Indietro

Diritto & Giustizi@


Quotidiano di informazione giuridica

Martedì 01/08/2006


Esami avvocato: i giudizi sugli scritti devono essere motivati, solo il voto non basta

Amministrativo / Consiglio Di Stato

Articoli - Quotidiano del: 13/01/2006

 **AVVOCATO E PROCURATORE** Albo iscrizione

Documenti Correlati:

 **(Sezione quarta, ordinanza n.6212/06; depositata il 20 dicembre)**

Esami di avvocato: la commissione deve motivare i giudizi delle prove scritte. Del resto, la sola attribuzione del voto non rende possibile risalire al modo in cui i criteri di valutazione sono stati applicati al punteggio. Così il Consiglio di Stato con l'ordinanza 6212/05 (qui leggibile nei documenti correlati) ha confermato la decisione del Tar Calabria (ordinanza 539/05 pubblicata sul quotidiano dello scorso 28 settembre). Pubblichiamo di seguito il commento di Antonella Mascaro.

di

Antonella Mascaro*

All'udienza del 20 dicembre 2005 il Consiglio di Stato – Sezione quarta in sede giurisdizionale ha confermato l'ordinanza cautelare emessa dal Tar Calabria – Sezione prima – dell'8 settembre 2005 (539/2005 pubblicata sul quotidiano del 28 settembre scorso) con cui si ordinava una rivalutazione degli elaborati scritti di una ricorrente aspirante avvocato. L'Avvocatura generale dello Stato in Roma avverso tale Ordinanza aveva interposto appello adducendo diversi motivi di censura (tra cui la sufficienza della motivazione espressa in termini numerici) ed in data 9 dicembre 2005 – *inaudita altera parte* –, lamentando il *periculum in mora*, aveva ottenuto in via provvisoria un decreto cautelare di sospensione della decisione del Tar Calabrese. Il Consiglio di Stato nel concedere il decreto provvisorio aveva fissato l'udienza del 20 dicembre per la discussione. Avverso tale provvisoria decisione la scrivente difesa aveva depositato memoria di costituzione, con note aggiuntive del 15 dicembre, con cui si eccepiva l'improcedibilità e/o inammissibilità dell'atto di appello dell'Avvocatura Generale dello Stato ai sensi dell'articolo 4, comma 2bis, Dl 115/05 convertito in legge 168/05 a norma del quale: “conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove di *esame* scritte e orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della Commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”.

Già in Dottrina, tra gli altri, Vincenzo Caianiello “Manuale di Diritto processuale Amministrativo, Utet 2003” e Sanino Mario, Cintoli F. circa l'ambito applicativo della norma del decreto *inaudita altera parte* si sono avanzate diverse riserve.

È stato correttamente osservato che la concessione del decreto cautelare provvisorio potrebbe avere una qualche utilità solo nel periodo feriale, in cui le Camere di Consiglio sono limitate.

Sarebbe auspicabile, a parere della scrivente difesa, l'esercizio a cura del Sig. Presidente del Consiglio di Stato (così come dei Tar Regionali) della facoltà di convocare le parti dinanzi a sé e, quindi, sentire i contraddittori in Camera di Consiglio (analoga norma, com'è noto, è prevista nel processo civile *ex* articolo 669sexies, comma 2) in luogo della prassi del decreto prestampato ed emesso *de plano*.

Ciò sarebbe più rispondente al principio del contraddittorio (costituzionalmente garantito *ex* articolo 111 Costituzione).

In particolare con l'emissione del decreto in assenza di qualsivoglia contraddittorio si configurerebbe una lesione del diritto di difesa, che, se sentita, avrebbe potuto contribuire ad orientare le determinazioni del giudicante. È innegabile che la fase processuale, conseguente alla richiesta dell'Avvocatura Generale dello Stato, di emissione del decreto di sospensione, si svolga, innanzi all'Ecc. mo Consiglio di Stato, nell'attuale assetto normativo ovvero di prassi, in assenza di ogni forma di contraddittorio e senza possibilità alcuna, per la difesa, di interloquire sulla richiesta.

Tale situazione processuale, sorta com'è nota, da alcuni tentativi da parte dei Tar di disporre misure cautelari attraverso provvedimenti monocratici anche *ante causam* – in particolare Tar Lombardia Sezione terza con decreto 758/97 con successiva dichiarazione di inammissibilità a cura del Consiglio di Stato, Sezione quinta, 781/98 e 784 – è stata consacrata nell'intervenuta novella del 2000, sempre la Sezione terza del Tar della Lombardia, con ordinanza 1/2001 sospettava di incostituzionalità la nuova norma (la questione di costituzionalità era stata già proposta negli stessi termini dallo stesso Tar con ordinanza, sezione terza 19 luglio 1998, ma la Corte costituzionale, con l'entrata in vigore della legge 205/00 restituiva, com'è noto, gli atti al Giudice *a quo* invitandolo a valutare la perdurante rilevanza della situazione).

La scrivente difesa ritiene che il decreto inaudita altera parte possa essere emesso a sol fine di mantenere una situazione preesistente e non, certamente, di modificarla come sarebbe potuto succedere nel caso in *esame*.

È in dubbio che tutte le recenti riforme legislative (giusto processo, difesa d'ufficio, patrocinio a spese dello Stato, indagini difensive ecc.) siano orientate nel senso di garantire l'effettività del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento sia esso civile, penale o amministrativo, mirando ad assicurarsi il pieno contraddittorio e la posizione di parità delle parti sin dalla fase preliminare all'incidente cautelare e non solo nella fase processuale vera e propria.

Ciò si desume chiaramente dall'articolo 111 della Costituzione, il quale, benché parli espressamente di "processo", ha senz'altro inteso garantire i principi appena accennati in ogni fase del procedimento.

In ogni caso, anche se si volesse dissentire da tale interpretazione, non c'è dubbio che la richiesta dell'Avvocatura generale dello Stato di emissione del decreto di sospensione, determini il sorgere della fase processuale in senso proprio con assunzione, da parte della ricorrente, della qualità di resistente nella fase incidentale.

In altri termini, le garanzie del contraddittorio e dell'imparzialità non sono affatto assicurate in quanto, in base alla prassi attuale, la sola richiesta dell'Avvocatura genera il decreto, senza alcuna possibilità, da parte della difesa, di esporre le proprie ragioni, sia pure a livello meramente cartolare ovvero, per come già scritto in precedenza, con convocazione delle parti in Camera di Consiglio innanzi al Sig. Presidente.

Nel caso in *esame* la richiesta dell'Avvocatura, con deposito avvenuto in data 9 dicembre 2005, poteva essere respinta se si fosse concesso un contraddittorio cartolare "preliminare" ovvero la convocazione delle parti innanzi al Sig. Presidente. In entrambe le ipotesi, la scrivente difesa avrebbe potuto rilevare l'improcedibilità dell'atto di gravame per l'intervenuto superamento della prova scritta e delle prove orali (avvenute già in precedenza in data 17 novembre 2005 e 30 novembre 2005 e quindi quasi venti giorni prima dell'emanato decreto che è quindi diventato *inutiliter data*).

La prevalenza del diritto sostanziale della ricorrente, ha posto una riflessione sulla piena utilizzabilità di un articolo, sul quale si arresta l'interrogativo di coloro i quali ne

abitano l'intensità crepuscolare, che può consentire di sorprendersi per ogni nuovo inizio che muta senso ed immagine.

Contraddittorio da *contra* – *dire* e quindi soltanto dire contro?

Perché, invece, con una improvvisa trasposizione etimologica non proviamo a pensare al *con* – *tra* – *dire* nel senso di dire con, oltre (tra) !

Contraddittorio può anche significare interagire costruttivamente tra i diversi operatori del diritto, come ha auspicato S.E. il Sig. Presidente del Consiglio di Stato il Dr. Alberto De Roberto che di recente nel Convegno Giuridico Nazionale su "*La giurisdizione del Giudice Amministrativo: realtà e prospettive*" (tenutosi a Catanzaro il 19 Novembre 2005) ha parlato di "*Nuova Primavera*" per gli studiosi ed operatori del Diritto Amministrativo.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha rigettato l'appello dell'Avvocatura Generale dello Stato, revocando il proprio decreto cautelare provvisorio del 09 dicembre e confermando, quindi, pienamente la decisione del Tar Calabria di Catanzaro (Pres. Mastrocola, rel. Ruiu) dell'08 settembre 2005.

Tale decisione, unitamente a quella di prossima pubblicazione circa il regolamento di *competenza* (ricorso discusso in data 29 novembre per stabilire la *competenza* unica del Tar Lazio ovvero quello regionale del Tar. Calabria nella materia di *Esame* per aspiranti *avvocati*), costituisce – a parere della scrivente difesa – un significativo tassello ad un mosaico che si sta sempre più delineando nella materia di Esami per aspiranti *Avvocati*.

La decisione in commento è una speranza per coloro i quali, nella valutazione dei loro esami scritti ed orali, ritengono di dover tutelare i loro diritti che si assumono violati da comportamenti non rispondenti al principio del buon andamento della Pa.

**Avvocato*

Indietro

Diritto & Giustizi@

Quotidiano di informazione giuridica

Venerdì 02/06/2006

Opere pubbliche e appaltatore infedele, quando il manager della Pa può recedere

Amministrativo / Pubblica
Amministrazione

Articoli - Quotidiano del: 02/06/2006

di

Antonella Mascaro

Lo spunto per lo svolgimento delle presenti considerazioni trae origine da uno studio professionale, fatto in relazione alla necessità paventata dai managers della Pa, di realizzare un'opera pubblica (comportante una spesa di milioni e milioni di Euro) nonostante nel procedimento s'innesti una situazione patologica, tale da bloccare l'iter.

La realizzazione di una nuova opera (scuola, ospedale, strada ecc.) a cura della Pa porta noi difensori, incaricati di redigere dei pareri, ad evidenziare le conseguenze, in caso di utilizzo del potere di recesso potestativo, in punto di responsabilità contabile innanzi la Corte dei conti, nonché la possibilità, in funzione di scelte politiche, di realizzare l'Opera.

Nel caso che ci vede occupati, cioè in quella particolare ipotesi di pendenza di un procedimento penale direttamente collegato al procedimento amministrativo per l'esecuzione di opere pubbliche, debbono essere adottate dai competenti organi amministrativi idonee iniziative intese a porre le premesse per l'applicazione dell'articolo 340, legge 2248/1865 all. F.

Tale norma, ponendo l'amministrazione contraente in una posizione di privilegio, in quanto portatrice di interessi meritevoli di una tutela più incisiva e immediata rispetto a quella fornita dalle comuni norme civilistiche, prevede la possibilità di rescindere (ossia di risolvere unilateralmente in via amministrativa) il contratto di appalto, nell'ipotesi di coinvolgimento dell'appaltatore in un procedimento penale con addebiti di reati incidenti sul regolare andamento del procedimento amministrativo (ad esempio vicinanza o connivenza ad ambienti controllati dalla criminalità organizzata).

In questo senso, esplicitamente, si è più volte espressa la Corte dei conti, sezione controllo, sin dall'anno 1988 e a tutt'oggi.

Posta la precitata, nonché doverosa, premessa passiamo a verificare l'applicabilità del recesso potestativo – sempre non perdendo di vista

la responsabilità contabile di colui che deve, di fatto, prendere la decisione – esaminando due ipotesi.

Prima ipotesi (ex articolo 345, legge 2248/1865);

Seconda ipotesi (ex articolo 340, legge 2248/1865).

Anticipando, subito, la conclusione di questo lavoro riteniamo consigliabile per i managers della Pa percorrere la seconda ipotesi (ex articolo 340), in quanto più rispondente a tutela, coerenza e trasparenza amministrativa, in luogo della prima che si presta a probabili censure del giudice contabile e, per alcuni aspetti, anche a censure del giudice penale, stante la possibilità di una ricostruzione da parte di quest'ultimo di scenari di "collusione, reale o presunta, con l'appaltatore".

La seconda ipotesi (ex articolo 340) oltre ad essere rispondente alla volontà del giudice contabile, consente, in una ottica anche di scelte politiche, di poter realizzare l'Opera.

Passiamo sinteticamente ad illustrare la prima ipotesi (ex articolo 345 legge cit.).

Com'è noto così recita l'articolo 345, della legge 2248/1865: «È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il

contratto mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite».

In altri termini, ciò che più serve della precitata norma, è la previsione, in buona sostanza, del

10% sull'importo dei lavori non eseguiti.

Tale importo, com'è noto, deve intendersi come il valore risultante dall'applicazione della percentuale di ribasso offerta dalla ditta, in altri termini, nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'impresa danneggiata.

Nel momento in cui la Pa decide di adottare il suddetto recesso, il 10% precitato costituisce un appropriato indice per la liquidazione, in via equitativa, del lucro cessante dell'appaltatore anche nelle ipotesi di responsabilità risarcitoria derivante dall'adozione di un atto illegittimo.

Ora, nel caso in esame, aderire all'ipotesi di applicabilità dell'articolo 345 leg. cit. ci porta a violare i canoni di responsabilità voluti dal Giudice contabile, senza prendere poi in considerazione le possibili conseguenze penali.

Di fatto i managers riconoscerebbero alla Ditta appaltatrice, che ha generato delle patologie nel procedimento amministrativo nell'esecuzione dell'opera, il 10% su un importo di svariati milioni di Euro senza, in pratica, aver nemmeno "aperto il cantiere".

Interessante, sul punto, sarebbe accertare la reale struttura di mezzi e uomini dell'impresa appaltatrice, spesso non sottoposta a reale verifica.

Nell'ipotesi di condanna dei responsabili in sede penale, come si concilierebbe la scelta *ex* articolo 345 leg. cit., operata dal manager di turno, con la responsabilità contabile e, anche, penale?

La circostanza è palmare e non abbisogna di ulteriore specificazione!

Nella ipotesi inversa, di assoluta estraneità della ditta appaltatrice, e dunque di assoluzione, l'applicazione della norma *ex* articolo 345 altro non rappresenterebbe se non la concessione, anticipata, del ristoro economico che – più appropriatamente – deve essere riconosciuto a fronte di una assoluzione passata in cosa giudicata. Allora e soltanto allora la ditta appaltatrice potrebbe ottenere il 10% su svariati milioni di Euro (sul punto, in questo senso, la Giurisprudenza di legittimità e amministrativa).

Spesso, in sede politica e non solo quella, si paventa l'ipotesi di dover aderire alla scelta *ex* articolo 345 leg. cit. al fine di non incorrere in impugnative dell'appaltatore innanzi il Giudice amministrativo, soddisfacendo la politica legislativa di non vedere bloccata la possibilità di costruire la nuova Opera (scuola, ospedale, strada ecc.).

Tale ipotesi è destituita di ogni fondamento giuridico!

Com'è noto, nessuna impugnativa innanzi il Giudice amministrativo (Tar e/o Consiglio di Stato) è consentita alla ditta appaltatrice dalle norme vigenti, per come interpretate.

Infatti, di recente, lo stesso Consiglio di Stato, Sezione quinta, sentenza 950/05 ha stabilito che «... sussiste il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo quando viene in rilievo una controversia sulla risoluzione di un contratto d'appalto di lavori pubblici. Disposta unilateralmente dalla Pa, poiché la questione involge posizioni di diritto soggettivo».

È quanto ha precisato la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza precitata, evidenziando inoltre che bisogna guardare, al fine di considerare competente il Giudice Ordinario, la fase meramente esecutiva del contratto di appalto.

L'atto di recesso autoritativo che la Pa dovrebbe porre in essere può essere, sottoposto al sindacato dell'Autorità giudiziaria, ma in ogni caso, l'appaltatore non potrà mai ottenerne l'annullamento, né la sospensione, perché non potrà impugnarlo davanti al competente Tar Regionale (il quale soltanto – quale Giudice amministrativo – può annullare un atto della Pa) ma solo rivolgersi al Giudice ordinario per chiedere esclusivamente la tutela risarcitoria (il 10% per l'appunto!).

Tale superiore impostazione, di recente affermata, risulta più volte ribadita da una costante Giurisprudenza (ben 20 anni!), sia di legittimità che amministrativa, risalente indietro nel tempo sino al 1985 (fra tante, vedasi Tar Sardegna 494/04; Cassazione civile, Su, 10160/03; Cassazione civile, Su, 1760/02; CdS, Sezione quinta, 2435/00; Cassazione, Su, 1217/00; 12523/95; 9409/94; e sino a 4341/85).

In altri termini non è necessario ricorrere all'ipotesi *ex* articolo 345 leg. cit. al fine di evitare possibili impugnative dell'appaltatore e conseguente disapplicazione dell'atto amministrativo.

Passando, ora, all'ipotesi *ex* articolo 340 leg. cit., consigliato dalla scrivente difesa nei casi in discussione (appaltatore infedele), com'è noto, la norma così recita: «L'Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate. In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio».

Non v'è chi non veda come la norma precitata tuteli maggiormente la Pa, in quanto la stessa può rescindere il contratto (e quindi procedere alla stipula di un nuovo contratto con ditta idonea, previo, dissequestro del cantiere, supportato dalla nuova circostanza di aver rescisso ogni legame con gli imputati!) e avviare causa per danni!

Anche in questo caso l'eventuale impugnativa della rescissione unilaterale (ex articolo 340 leg.cit.) può essere fatta dalla ditta esclusivamente innanzi il Giudice Ordinario, in quanto, com'è noto, l'atto di rescissione unilaterale per inadempimento dell'appalto di opere pubbliche (il sequestro, il procedimento penale pendente, la richiesta di rinvio a giudizio sono tutti elementi di inadempimento dell'appalto così come la necessità di ripristinare la legalità violata) è atto che conserva la sua connotazione pubblicistica ed autoritativa e si configura quale esercizio di autotutela della Pa.

Da ultimo il Consiglio di Stato, Sezione quinta, decisione 1525/06, così si è espresso ineccepibilmente: «Inoltre, nessuna particolare motivazione sull'interesse pubblico deve ritenersi necessaria per l'adozione del provvedimento di revoca, che è giustificabile con la necessità di operare il ripristino della legalità illegittimamente violata, con la immediatezza della adozione del provvedimento di autotutela».

Il caso esaminato dai Giudici di Palazzo Spada attiene ad una revoca di aggiudicazione provvisoria (per tale motivo si è pronunciato il Giudice amministrativo) che può essere, anche, utilizzato nell'economia del presente lavoro.

Ne consegue l'impossibilità per il Giudice ordinario adito, stante il limite interno delle proprie attribuzioni giurisdizionali, di emettere una pronuncia di caducazione della delibera di rescissione (da adottare dalla Pa), pena l'elisione degli effetti dell'azione amministrativa. Ciò è in contrasto con il divieto di cui all'articolo 4 legge 2248/1865, all. E.

In altri termini, l'appaltatore deve proporre ogni azione innanzi al Giudice ordinario il quale non può caducare l'atto amministrativo (ogni domanda in tal senso, tendente a bloccare la nuova procedura di costruzione dell'Opera, dovrà essere dichiarata inammissibile!), bensì decidere esclusivamente sui danni, che devono essere provati dalla ditta e che nella migliore delle ipotesi di fatto non superano il 10% dell'importo dei lavori per come in precedenza specificati.

Passando alle modalità di attuazione dell'ipotesi consigliata (ex articolo 340 leg. cit.) alla stregua del combinato disposto degli articoli 340 legge 2248/1865, all. E, e 27, 28 e 29 Rd 350/1895, per l'avviso del procedimento (e del conseguente provvedimento) di rescissione del contratto di appalto di opera pubblica, occorre una formale dichiarazione in tal senso effettuata dalla Pa.

Tuttavia – per costante Giurisprudenza – tale dichiarazione non deve essere necessariamente comunicata all'appaltatore nelle forme e con la modalità della notificazione degli atti giudiziari (seppur consigliabile) ed è sufficiente che essa sia portata a conoscenza dell'interessato con qualunque mezzo idoneo (anche lettera raccomandata), in quanto l'articolo 27 del citato Rd non prevede alcuna forma di comunicazione del provvedimento rescissorio e l'articolo 23 dello stesso, concernente le contestazioni tra le parti, contiene indifferentemente i termini "comunicazione" e "notificazione", con chiara indicazione di equipollenza. In ogni caso, risulterebbe più opportuno, nell'ipotesi di procedimento penale collegato, richiamare la richiesta di rinvio a giudizio.

Siamo innanzi dunque ad una procedura snella, rapida ed efficace per rescindere ogni legame con l'appaltatore infedele il quale, se vuole tutelare sue eventuali pretese, deve rivolgersi al Giudice ordinario e al solo fine del risarcimento dei danni.

Inoltre per costante Giurisprudenza, basta scorrere le massime e le sentenze per esteso, il risarcimento riconosciuto, dopo compiuta istruttoria, non supera mai il noto 10% che viene preso a parametro e a riferimento.

Perché riconoscere oggi all'appaltatore infedele, da parte della Pa di turno (ex articolo 345) il 10%, in via preventiva ed esporsi a responsabilità contabile e penale?

È noto a tutti, ed in particolare a chi opera nel settore giustizia, che la durata media di un processo civile di primo grado è di otto – dieci anni, durante i quali l'appaltatore dovrà provare: a) la sua estraneità ai fatti contestati dalla Procura della Repubblica; b) i danni realmente sofferti dalla mancata esecuzione del contratto di appalto (e che i Giudici, lo si ribadisce, non liquidano con somme superiori al 10%).

Pagare anticipatamente quel 10% all'appaltatore significa per i managers ovvero chi deve prendere la decisione, esporsi a responsabilità contabile e penale non facilmente superabile.

Nell'ipotesi di condanna al 10%, dopo regolare giudizio, nessun manager potrebbe essere portato innanzi il Giudice contabile e/o penale, in quanto la decisione di pagare l'ingente somma verrebbe presa da un Giudice civile all'esito di un regolare contraddittorio che deve, sempre,

essere coperto dal giudicato.

La precitata soluzione si concilia, anche, con la volontà politica di costruire una opera pubblica per il bene della collettività.

In conclusione chi è posto al vertice della Pa, con consequenziali scelte gestionali ed economiche, deve – nella materia in esame – guardare all'interesse della collettività, circa la realizzazione dell'Opera, ma conciliandolo con gli aspetti di ripristino della legalità violata e della responsabilità penale nonché contabile.

I precitati problemi, per i manager della Pa, presentano un intreccio di radici che non è facile da districare!

** Avvocato*

Indietro

Diritto & Giustizi@

Quotidiano di informazione giuridica

Martedì 19/09/2006

L'elezione del presidente della Comunità montana senza convalidare i neo-eletti: trucchi politici e volontà popolare

Amministrativo / Enti Locali

Articoli - Quotidiano del: 16/09/2006

di

Antonella Mascaro*

Il caso

in data 15 luglio 2006 il Consiglio di una *Comunità Montana* della Calabria, a mezzo trasmissione via fax, informava in modo del tutto irrituale il Sindaco di un Comune ricadente nel comprensorio montano della convocazione per il 15 luglio 2006 del Consiglio comunitario per la *convalida* dei nuovi rappresentanti del Comune in questione, indicandola al punto due dell'Ordine del giorno. Il Sindaco con nota del 12 luglio 2006 prontamente contestava la regolarità formale di tale avviso di convocazione.

A tali precise contestazioni il Presidente uscente del Consiglio della *Comunità Montana* (in luogo del Consigliere anziano per come, invece, previsto dallo Statuto della *comunità*), rispondeva con nota del 14 luglio 2006 paventando la non necessità di comunicazione della convocazione ai nuovi rappresentanti per i quali si doveva procedere a *convalida*. Di conseguenza il Consiglio della *Comunità Montana* si riuniva alla data fissata, durante la quale però non si ottemperava alla *convalida* dei nuovi rappresentanti.

I neo consiglieri *eletti* si sono rivolti alla scrivente difesa al fine di redigere parere, con contestuale ricorso, per sciogliere un intreccio di radici che non è facile da districare in punto legittimazione attiva.

IL PARERE

il caso appena enunciato ha determinato una serie di violazioni ai danni dei suddetti neo rappresentanti alla *Comunità Montana*, regolarmente *eletti*, giusta delibera del Consiglio Comunale del 10 giugno 2006.

In particolare: Violazione dell'articolo 27 D.Lgs 297/00 e falsa applicazione degli articoli 8, 9 (commi 3 e 7) e 10 dello Statuto della *Comunità Montana*. Eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, difetto di istruttoria, illegittimità.

Appare utile sottolineare come i precedenti rappresentanti indicati dal Comune in questione siano ormai decaduti dall'incarico a seguito delle nuove elezioni comunali, avvenute il 28 e il 29 maggio 2006 e dunque dovevano essere prontamente sostituiti dai nuovi rappresentanti, nominati dal Consiglio comunale di nuova formazione e maggioranza. Tale indicazione, fra l'altro, è rispondente al principio che la *comunità montana* è un ente caratterizzato dalla rappresentanza di secondo grado o indiretta, i cui consiglieri traggono la legittimazione dagli organi *elettivi* comunali che li hanno nominati (in questo senso, esplicitamente, Tar Abruzzo, Sezione L'Aquila,

214/95).

La nomina dei nuovi rappresentanti, per altro, è pervenuta in tempo utile all'attenzione del Consiglio della *Comunità Montana*, nelle forme e nei modi previsti dalla legge e dallo Statuto vigente. Prova della tempestiva comunicazione la fornisce lo stesso fax del Consiglio della *Comunità Montana* dell'11 luglio 2006 con cui si "comunicava" la convocazione consiliare per la *convalida* dei nuovi rappresentanti, in cui si fa esplicito riferimento alla suddetta delibera n. 28 del 10 giugno 2006. Com'è noto il Consiglio della *Comunità Montana* è un organismo in continua evoluzione e può funzionare anche in assenza di taluno dei suoi componenti ma, nel caso di specie, la nomina dei rappresentanti del Comune in questione era stata già decisa e comunicata, e ciò nonostante non ancora oggetto di *convalida*.

Come non considerare la mancata *convalida* se non come un "escamotage" per estromettere, allo stato, i consiglieri *eletti* dal Consiglio comunale dalle dinamiche decisionali della *Comunità Montana*!

Il Consiglio di Stato, chiamato a decidere in materia, con decisione del 6 settembre 1999, si è espresso nel senso che «...il Presidente e la Giunta della *Comunità* non potranno che essere espressione di una maggioranza che in seno al Consiglio Comunitario sia effettivamente rispondente alla volontà manifestata dai cittadini che ha dato luogo alle maggioranze presenti e prevalenti nell'ambito dei Consigli Comunali tra cui è costituita la *Comunità Montana*». È di tutta evidenza che la mancata *convalida* degli *eletti* del Comune in parola, con l'utilizzo strumentale dei Consiglieri ormai decaduti e non più rappresentativi, configura l'ipotesi dell'eccesso di potere e di falsa applicazione delle norme dello Statuto della *Comunità Montana*, nonché di violazione dell'articolo 27 del D.Lgs 297/00, in cui si stabilisce che i rappresentanti traggono la loro ragion d'essere dalla nomina diretta dei Consigli Comunali. Che i vecchi Consiglieri fossero sprovveduti di potere deliberativo, lo si evince dall'applicazione analogica della disciplina che regola l'ordine di proclamazione nelle elezioni del Consiglio Comunale (cfr. Tar Calabria Catanzaro, Sezione prima, 1817/04). Inoltre, e non meno rilevante, si appalesa assenza assoluta di rappresentatività dei vecchi consiglieri in seno alla *Comunità Montana*, essendo cessato il rapporto con la parte consiliare che li aveva nominati (cfr. Consiglio Stato, Sezione quinta, 5864/04; Guerino Fares su nota a Tar Sardegna, 1123/02).

Anche sotto tale profilo la seduta del 15.07.06, con tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, è affetta da nullità assoluta ed insanabile.

Inoltre, com'è noto, il Consiglio della *Comunità Montana*, «ai fini della verifica della sua regolare composizione, e prima di deliberare su altri argomenti, esamina gli atti relativi alla elezione dei rappresentanti da parte dei Comuni associati risolvendone in via preliminare la validità degli stessi per la procedura di *convalida*» (articolo 10 Statuto della *Comunità Montana*). Il Consiglio avrebbe dunque dovuto prevedere la *convalida* al numero uno dell'Ordine del giorno, e non al punto due, in quanto preliminare ad ogni qualsivoglia attività consiliare. Solo per eccesso di zelo stante il "silenzio procedimentale" del Consiglio della *Comunità Montana*, il Consiglio Comunale dei neo *eletti* specificava ulteriormente le modalità di elezione dei nuovi rappresentanti con delibera n. 37 del 21 luglio 2006, con cui si chiariva specificatamente l'andamento delle votazioni e si allegava l'attestazione del Segretario comunale a chiarimento dell'esito numerico della votazione dei singoli rappresentanti, peraltro già inviata, nell'immediatezza, al Consiglio della *Comunità Montana*.

La deliberazione del Consiglio della *Comunità Montana*, antecedente alla *convalida* dell'elezione dei propri componenti è, inoltre, in contrasto con quanto previsto all'articolo 8 dello Statuto della *Comunità Montana*, che prevede esplicitamente che nella prima seduta di insediamento «il Consiglio della *Comunità Montana* procede alla *convalida* dell'elezione dei propri componenti prima di deliberare su qualsiasi altro argomento». Si è violato inoltre il dettato dell'articolo 9 dello Statuto, commi 3 e 7, per il quale "i rappresentanti durano in carica per il periodo corrispondente alla durata del Consiglio Comunale dal quale sono stati *eletti*" e "...esercitano le proprie funzioni fino all'insediamento dei successori". In particolare, quest'ultimo comma, che ha lo scopo di tutelare il buon andamento della *Comunità Montana*, al fine di non

paralizzarne il funzionamento per il tempo necessario per il passaggio da un rappresentante decaduto al nuovo neo eletto, non può tuttavia diventare strumento per far proseguire l'attività dei Consiglieri, ormai cessati dalle loro funzioni, ben oltre il tempo strettamente necessario per la verifica dei neo *eletti*. Per tale ragione dunque la verifica sull'elezione dei nuovi rappresentanti si appalesa prioritaria rispetto a qualsivoglia attività del Consiglio della *Comunità Montana*. Di fatto qualsiasi decisione presa prima della *convalida* dei nuovi rappresentanti è da considerarsi illegittima e dunque nulla, nonché priva dei criteri di rappresentatività necessari per il corretto funzionamento di un organo quale la *Comunità Montana* che, seppure manifesta caratteri di autonomia rispetto ai comuni associati, deve tuttavia presentare una composizione che risulti aderente alla volontà espressa dagli elettori nella formazione dei Consigli Comunali.

Tale impostazione, tra l'altro, risulta coerente con la Legislazione Regionale della Calabria (Legge 19 marzo 1999 n. 04).

Com'è noto le *Comunità montane*, in quanto configurate quali Enti locali, sullo stesso piano dei Comuni, traggono la loro origine costitutiva proprio dalle leggi regionali.

In materia di contenzioso elettorale amministrativo, compreso quello relativo ai consigli delle *comunità montane*, sono devolute al giudice amministrativo le controversie in tema di operazioni elettorali, mentre spetta - com'è noto - al giudice ordinario la cognizione delle controversie concernenti l'ineleggibilità, le decadenze e le incompatibilità.

In altri termini la giurisdizione del giudice ordinario sussiste ogni qual volta la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo (in questo senso, esplicitamente, Cassazione civile, Su, 8469/04).

Nel caso in analisi i neo *eletti* non sono stati ancora *convalidati* e quindi sussiste, per loro, il problema non solo di quale contenzioso (giudice ordinario ovvero amministrativo) ma soprattutto dell'esistenza della legittimazione ad agire.

Circa il contenzioso la mancata *convalida* dovrà essere giudicata dal Tar Regionale Calabrese in applicazione analogica dell'articolo 71 comma 09 Dl 267/00 che disciplina l'ordine di proclamazione nelle elezioni al Consiglio comunale (Tar Calabria, Sezione prima, 1817/04).

Il nodo più spinoso da sciogliere è rappresentato dalla legittimazione ad agire e quindi ad impugnare la mancata *convalida* dei neo *eletti*.

Com'è noto i consiglieri di una *comunità montana* non sono legittimati ad impugnare la delibera con la quale sono stati nominati il presidente e gli assessori della stessa *comunità* e ciò in quanto, non essendo di regola il giudizio amministrativo aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di un medesimo ente ma essendo diretto a risolvere controversie intersoggettive, il ricorso dei singoli consiglieri è ipotizzabile solo allorché vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul loro ufficio e quindi su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere.

Nel caso in esame la nomina comunale dei neo *eletti* in seno alla *comunità montana* non è stata *convalidata* in quanto volutamente omessa nella deliberazione in questione.

È di tutta evidenza l'escamotage politico per minare in radice l'impugnazione della nomina del Presidente e di tutte le deliberazioni assunte.

Tenendo presente il principio consolidato, espresso dal Consiglio di Stato e già in precedenza evidenziato, che il Presidente e la Giunta della *comunità montana* non potranno che essere espressione di una maggioranza che in seno al Consiglio comunitario si sarà in qualche modo sicuramente formata, per cui è essenziale che «...il Consiglio comunitario sia effettivamente rispondente alla volontà manifestata dai cittadini che ha dato luogo alle maggioranze presenti e prevalenti nell'ambito dei Consigli comunali, tra cui è costituita la *Comunità*

montana» (Decisione del 6 settembre 1017/99 della Quinta Sezione) i neo *eletti* del Comune calabrese potranno impugnare la delibera in questione (nomina del Presidente) appena si procederà alla *convalida* della loro elezione perché è da quel momento che vengono in rilievo atti incidenti in via diretta sul loro ufficio.

In altri termini sino alla *convalida* dei neo *eletti* in seno comunitario il diritto preesistente (nascente dai risultati elettorali) non è suscettibile di esercizio.

L'escamotage politico, affetto da situazioni c.d. meta giuridiche, deve cedere il passo di fronte al diritto preesistente dei neo *eletti* a poter validamente partecipare alla elezione del nuovo Presidente (sia esso del Consiglio comunitario ovvero della Giunta) proprio in ottemperanza a quel principio che esige il rispetto della volontà popolare dei singoli Comuni facenti parte del territorio della *Comunità montana* e delle maggioranze formatesi.

Una volta tanto l' escamotage politico, da cui è affetta purtroppo non di rado la Pa, deve chinare il capo innanzi la volontà popolare!

**Avvocato*

Indietro