

**SICILIA – Giunta Regionale
Assessorato del bilancio e delle finanze
Ufficio di Gabinetto dell'Assessore**

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

Roma, 5-6 febbraio 2009

**Giurisprudenza non costituzionale
di interesse regionale**

A cura di: *Simone Montalto*

Tribunale Amministrativo Regionale

Pescara - Sez. I – Sent. 1 dicembre 2008, n. 1272

(Revoca dall'incarico di presidente di Agenzia Territoriale per l'Edilizia)

E' illegittimo il provvedimento con il quale la Regione ha disposto la revoca dell'incarico di presidente di un'agenzia territoriale per l'edilizia, motivato sul fatto che il titolare della detta carica è stato condannato per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale a seguito di patteggiamento (ex art. 444 c.p.p.), senza alcun esame dei dettagli di fatto che hanno determinato tale condanna, e senza alcuna spiegazione circa i presunti riflessi della condanna sull'espletamento della funzione pubblica attribuita (e più in generale sulla sfera di moralità della persona condannata). E ciò, in violazione dell'art. 6 della legge regionale Abruzzo n. 41 del 1977, che subordina la revoca sanzionatoria di natura decadenziale ad un provvedimento motivato che dia conto delle gravi ragioni che l'hanno determinata.

La questione verte sostanzialmente su un'ipotesi di carenza di motivazione del provvedimento impugnato; carenza resa evidente nel caso concreto (fino a configurare il vizio di violazione di legge) in quanto la legge regionale stessa ha fissato, circoscrivendone il numero, i motivi per cui una nomina possa essere revocata. L'art. 6 della l.r. 11 agosto 1977, n. 41 (Disciplina per le nomine di competenza della Regione e per il conferimento di incarichi) dispone infatti che "si può procedere con provvedimento motivato alla revoca del nominato o designato per gravi ragioni o per ripetuta inosservanza da parte del medesimo delle disposizioni vigenti".

Posto che all'interessato non è stata contestata alcuna ipotesi di inosservanza di disposizioni vigenti, sarebbe rimasta in teoria la possibilità di rilevare l'avvenuto realizzarsi di *gravi ragioni*; ragioni che avrebbero potuto rinvenirsi o in un sopraggiunto conflitto di interessi ovvero nel venir meno delle condizioni che la legge regionale stessa (art. 1) ha posto a fondamento della nominabilità: qualità morali, capacità, competenza ed esperienza. Condizioni tutte da considerarsi in concreto ed in funzione dell'incarico da espletare.

Ora, non rientrando l'oltraggio a pubblico ufficiale tra i reati che di per sè impediscono la nomina ad incarichi pubblici nè realizzando un oltraggio a pubblico ufficiale l'ipotesi del venir meno di qualità morali, sarebbe restato da esaminare (e porre a motivazione) dati di fatto, circostanze, elementi concreti ecc. tali da concretizzare, secondo convincenti argomenti, le gravi ragioni di rilevata immoralità nella persona interessata e da rendere quindi la stessa non più coerente con le condizioni che la legge, all'art. 1, pone come qualità essenziali per potere ricoprire l'incarico.

Tribunale Amministrativo Regionale

Lazio - Roma - Sez. I – Sent. 15 gennaio 2009, n. 236

(Nuova disciplina del trattamento economico dei periodi di assenza per malattia dei dipendenti della pubblica amministrazione)

E' inammissibile il ricorso proposto da alcuni dipendenti pubblici avverso le circolari del Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione n. 7 e n. 8 del 2008 esplicative della portata precettiva delle modalità applicative dell'art. 71 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133, recante una nuova disciplina del trattamento economico relativo ai periodi di assenza per malattia, delle connesse certificazioni sanitarie e delle fasce di reperibilità per le visite di controllo; tali circolari, infatti, costituiscono atti privi di diretta e autonoma idoneità ed efficacia lesiva, con connessa insussistenza di interesse legittimo effettivo, attuale e tutelabile al loro annullamento, salva la loro eventuale disapplicazione in relazione a controversie riguardanti precisi atti di gestione del rapporto, applicativi della disposizione normativa da instaurare innanzi la competente Autorità giudiziaria ordinaria, posto che i ricorrenti appartengono a categorie contrattualizzate.

La sentenza che si commenta trae origine sia dall'art. 71 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con la legge 6 agosto 2008, n. 133, che dalle due circolari del Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, 17 luglio 2008, n. 7 la prima, e 8 settembre 2008, la seconda.

L'art. 71, appena accennato, rubricato "Assenze per malattie e permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", dispone una serie di adempimenti da parte della pubblica amministrazione nelle ipotesi, appunto, di assenze dall'ufficio dei propri dipendenti.

In particolare è previsto, fra l'altro, al comma 1 dell'art. 71, che "Per i periodo di assenza per malattia di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni... "nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio"...

Il successivo comma 2 dispone che "nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante presentazione di certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica".

La norma procede stabilendo che "l'Amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo sono dalle ore 8,00 alle ore 13,00 e dalle ore 14,00 alle ore 20,00 di tutti i giorni compresi i non lavorativi e i festivi".

Infine l'ultimo comma (il sesto) prescrive che "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi".

Posto ciò, e probabilmente a causa dei quesiti posti dalle amministrazioni interessate per conoscere l'interpretazione delle disposizioni dell'art. 71, il Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione ha emanato le due circolari sopra indicate

fornendo delle indicazioni alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165.

Una delle principali novità esplicitate nelle circolari è quella che le pubbliche amministrazioni dovranno inoltrare obbligatoriamente la richiesta di visita fiscale anche nel caso di assenza del dipendente di un solo giorno ed è anche previsto un regime orario più ampio per la reperibilità al fine di agevolare i controlli.

Infatti la norma specifica che la richiesta per l'attivazione della visita fiscale dovrà essere presentata "tenuto conto delle esigenze funzionali ed organizzative". Ciò significa che la richiesta di visita fiscale è sempre obbligatoria anche nell'ipotesi di prognosi di un solo giorno, salvo particolari impedimenti del servizio del personale derivanti da un eccezionale carico di lavoro o urgenze della giornata.

In particolare le circolari chiariscono anche che il nuovo regime delle assenze per malattia vale sia per la retribuzione spettante sia per le modalità di certificazione; che la decurtazione della retribuzione si applica ad ogni evento di malattia, a prescindere dalla durata, e che le assenze superiori a dieci giorni debbano essere giustificate con la presentazione all'amministrazione di un certificato medico rilasciato dalle strutture sanitarie pubbliche o dai medici convenzionati.

Pertanto le amministrazioni non potranno considerare come assenze giustificate per malattia quelle per le quali il dipendente produca un certificato di un medico libero professionista non convenzionato.

Viene fra l'altro ricordata la necessità di valutare l'apporto individuale ai fini di attribuire premi di produttività, di risultato e incentivi.

Ora, di queste indicazioni, in materia di trattamento economico relativo ai periodo di assenza dei dipendenti per malattia, delle connesse certificazioni sanitarie e delle fasce di reperibilità per le visite di controllo, un gruppo di 22 dipendenti pubblici di varie amministrazioni pubbliche ha impugnato le predette circolari, relative all'applicazione dell'art 71 del decreto legge 25 giugno 2008, n.112 convertito con modificazione nella legge 6 agosto 2008, n. 133 deducendo l'illegittimità costituzionale della citata disposizione normativa, nella parte relativa al nuovo trattamento economico, per le assenze per malattia dei dipendenti pubblici, in relazione all'enunciato contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 della Costituzione, nonché l'eccesso di potere quanto alla nuova disciplina delle c.d. fasce di reperibilità.

L'Amministrazione ha dedotto l'inammissibilità del ricorso perché rivolto avverso circolari interpretative, prive di per sé di efficacia e di idoneità lesiva diretta e autonoma, in assenza di atti di gestione del rapporto, nonché la manifesta infondatezza dell'evocata questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 del decreto legge n. 112/2008, in quanto finalizzato, nell'ambito di ragionevole discrezionalità legislativa, ad assicurare, con la riduzione dell'assenteismo nel settore pubblico, risparmi di spesa e maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, con ricadute favorevoli anche sulle dinamiche socio-economiche e produttive.

Una delle funzioni che ad essa può essere assegnata è quella interpretativa, con cui l'Autorità di vertice dell'Amministrazione, chiarendo il significato di leggi o regolamenti destinati ad essere applicati dagli uffici subordinati, vuole garantirne l'uniforme applicazione da parte dell'apparato amministrativo.

Trattandosi di atto endogeno alla PA, l'incidenza nei confronti di rapporti esterni ad essa è, dunque, solo indiretta e successiva, con la conseguente possibilità di impugnare dinanzi al giudice amministrativo non la circolare, ma solo gli atti che ne costituiscono diretta applicazione, in quanto solo questi ultimi sono dotati di efficacia lesiva.

L'impugnazione della sola circolare interpretativa non è solo possibile per carenza di interesse concreto da parte del ricorrente ma anche per difetto assoluto di giurisdizione, non potendo il giudice intervenire su un atto interno all'amministrazione senza che ciò comporti anche una violazione della riserva di Amministrazione".

Inoltre la Suprema Corte di Cassazione a sezione unite, in un recente sentenza del 9 ottobre – 2 novembre 2007, n.23031, mantenendo fermo un orientamento già presente in giurisprudenza, ha chiarito che, contenendo la circolare un'interpretazione, questa potrà non essere osservata dagli uffici sottoposti dando una sufficiente motivazione del proprio distacco.

Infine, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez IV – 29 -1-1998, n.112) "Le circolari amministrative sono atti diretti agli organi e uffici periferici, ovvero subordinati, e non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale o comunque vincolante per i soggetti estranei all'Amministrazione, ma sono vincolanti per gli organi e per gli uffici destinatari solo ove legittimi; di tal che è doveroso disapplicarle quando siano *contra legem*".

In conclusione, si può affermare che la sentenza in commento è conforme alla dottrina e alla giurisprudenza posto che il T.A.R. del Lazio ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto, proprio nella motivazione che le circolari costituiscono atti privi di diretta e di autonoma idoneità e di efficacia lesiva, con connessa insussistenza di interesse legittimo effettivo, attuale e tutelabile al loro annullamento.

A margine va ricordato che è stata dichiarata inammissibile, per difetto del requisito della rilevanza, a prescindere da ogni delibazione sulla non manifesta infondatezza, la questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art.71 del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, invocata in relazione agli atti 3, 36 e 38 Cost. ed è stata ritenuta inammissibile la censura di eccesso di potere rivolta avverso la nuova disciplina delle fasce orarie di reperibilità.

Corte di Cassazione

Sezioni Unite civili Sent. 25 novembre 2008, n. 28049

(Requisiti per l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati degli uffici legali degli enti pubblici)

L'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati, di cui all'art.3, ultimo comma, lett. b del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, essendo prevista per gli avvocati degli uffici legali degli enti indicati nel precedente comma 2, richiede necessariamente il concorso di due presupposti: a) deve esistere nell'ambito dell'ente pubblico un ufficio legale che costituisca una unità organica autonoma; b) chi chiede l'iscrizione, in qualità di dipendente dell'ente ed in possesso del titolo di avvocato, deve fare parte dell'ufficio legale e deve essere incaricato di svolgere tale attività professionale, limitatamente alle cause ed agli affari propri dell'ente.

Questa massima che, nell'ambito dei lavori dell'Osservatorio, bene completa la giurisprudenza che si è esaminata circa la rappresentanza in giudizio e la difesa delle regioni da parte dell'Avvocatura dello Stato, di avvocati del libero foro o di propri uffici legali interni, si basa sulla logica che vuole che, fondamentalmente, la professione di avvocato sia una libera professione con le sole eccezioni delle ipotesi in cui a base del rapporto tra assistito e suo patrocinatore non vi sia una libera scelta *intuitu personae* di affidamento di incarico professionale ma un permanente rapporto di impiego. Solo quando un ente pubblico abbia costituito per sé un ufficio legale "interno", in cui è tutta una struttura ad essere preordinata alla rappresentanza ed alla difesa in giudizio, si realizza, con forme burocratiche, qualcosa di analogo all'incarico professionale, sostituendosi alla fiducia nell'avvocato-professionista la fiducia in tutta una propria struttura: la norma consente in sostanza che in sostanza che all'avvocato-individuo si sostituisca l'avvocatura-struttura. Il modello è quello dell'Avvocatura dello Stato che, come si è visto nella giurisprudenza già esaminata, non ha bisogno di essere incaricata volta per volta della difesa perchè l'incarico è permanente ed istituzionalizzato.

D'altra parte, la logica della necessità che alle attività forensi siano addetti solo iscritti all'albo professionale è anche quella che una tale attività, pari in certi casi a quella svolta da pubblici ministeri, sia svolta da persone nelle quali, per avvenuto superamento di certi esami e prosecuzione costante dell'attività e delle esperienze nei tribunali e nelle corti, si possa presumere esistente la conoscenza delle tecniche processuali necessarie a poter dialogare nelle forme consuete con giudici ed altri avvocati del libero foro. Il che è da presumere che avvenga quando l'avvocato sia incardinato in una struttura dove, solo e con continuità, venga svolta attività di patrocinio, consulenza ed assistenza legale.

Il realizzarsi concretamente di una tale condizione non può che aversi quando la regione (o altro ente pubblico) ha istituito, con legge o altra determinazione idonea a creare un ufficio, una struttura che nelle sue linee fondamentali risponda ai caratteri dell'Avvocatura dello Stato e abbia addetto alle relative attività professionisti avvocati, sebbene impiegati.

Ad approfondire tali concetti possono servire le seguenti altre decisioni della Corte di cassazione, civ., 6 luglio 2005, n. 14213; 18 aprile 2002, n. 5559; 14 marzo 2002, n. 3733; SS:UU. 3 maggio 2005, n. 9096.