

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ALBERTO TRABUCCHI DEL 13 DICEMBRE 1973

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

Di fronte a una pronuncia che ha dichiarato un principio di carattere generale, quale è quello dell'assoluta parità fra uomo e donna nell'applicazione dell'indennità di dislocazione, prevista dall'articolo 4 dell'allegato VII allo statuto del personale, non fa meraviglia se, nella pratica attuazione, si pongono nuovi problemi. Se la questione di fondo venne risolta nelle cause 20-71, Sabbatini, e n. 32-71, Bauduin, non restava definita la portata concreta del principio riguardo alle diverse situazioni che possono rientrare nel suo campo d'applicazione o esservi comunque connesse. Questo ha inteso fare il Consiglio apportando varie modifiche allo statuto mediante il regolamento n. 558 del 26 febbraio 1973 (GU n. L 55/1); ma ciò non esclude naturalmente che la giurisprudenza possa essere chiamata a portare ulteriori precisazioni che siano conformi allo spirito della vostra sentenza.

La presente causa riguarda peraltro non tanto il contenuto concreto del principio affermato in generale, quanto piuttosto la determinazione della portata soggettiva e temporale dell'innovazione giuridica che la vostra decisione ha costituito.

Le ricorrenti, alle quali in epoche diverse risalenti in certi casi a una ventina di anni addietro, era stata applicata la disposizione dell'allegato VII che le privava dell'indennità di dislocazione in seguito a matrimonio, chiedono ora una *restitutio in integrum*. Esse sostengono il diritto di beneficiare retroattivamente del principio di parità affermato da questa Corte in relazione all'indennità di cui si tratta.

All'eccezione preliminare d'irricevibilità sollevata dalle istituzioni convenute, per

decorrenza del termine di ricorso, si oppongono da parte delle ricorrenti diversi argomenti, alcuni di carattere formale, altri che sono strettamente connessi con il merito della controversia. Per la necessità di considerare anche questi ultimi, non potremo sempre evitare di toccare dei punti relativi alla fondatezza dei ricorsi.

Vediamo anzitutto la tesi per cui le domande volte al pagamento di arretrati costituirebbero una via di ricorso autonoma, e non dovrebbero pertanto considerarsi sottoposte al termine d'impugnativa previsto dall'articolo 91 dello statuto.

In nessuna parte dell'istanza introduttiva del ricorso si configura tuttavia questo richiesto pagamento come una condanna a risarcimento danni; mai si invoca l'esistenza di una colpa dell'amministrazione suscettibile di giustificare una domanda di risarcimento. Per la prima volta nel corso della seconda tornata della procedura orale, l'avvocato delle ricorrenti ha parlato di azioni di risarcimento invocando al riguardo il precedente della sentenza 79-71, (Heinemann), Raccolta 1972, pag. 588. Gli atti scritti, ivi comprese le memorie di osservazioni sull'eccezione d'irricevibilità, tendono invece chiaramente a mostrare non già l'esistenza di una «faute de service» dell'amministrazione, ma l'illegittimità sia della decisione iniziale originaria con cui fu rifiutata o tolta l'indennità, sia dell'attuale rifiuto al reclamo amministrativo avente lo stesso oggetto dei presenti ricorsi, in quanto tale rifiuto avrebbe carattere discriminatorio rispetto al trattamento fatto alle signore Sabbatini e Bauduin, ricorrenti nelle cause che dettero occasione alla constatazione incidentale d'illegittimità della vecchia disposizione dell'articolo 4, paragrafo 3, allegato VII dello statuto, e che portarono quindi all'annullamento delle decisioni individuali impuginate.

Qui basta constatare che il ricorso è stato concepito sulla base dell'articolo 91 dello statuto, e che una modifica sostanziale della *causa petendi* avvenuta durante la fase orale, relativa all'eccezione d'irricevibilità sollevata dalle convenute, è sicuramente inammissibile nell'ambito della presente procedura.

In secondo luogo, una parte delle ricorrenti sostengono che le decisioni originarie di soppressione o di rifiuto dell'indennità di dislocazione che le concernevano non sarebbero state loro regolarmente notificate in conformità all'articolo 25 dello statuto, ciò che avrebbe impedito la decorrenza del termine di ricorso.

Non vi è però dubbio che anche queste ricorrenti hanno avuto conoscenza della soppressione o della mancata concessione dell'indennità di dislocazione a loro riguardo più di tre mesi (si tratta spesso di molti anni) prima della presentazione del reclamo amministrativo, effettuata da ciascuna di esse in date diverse fra il 25 luglio 1972 e il 14 novembre 1972. L'articolo 90, paragrafo 2, dello statuto del personale dispone che il funzionario può presentare un reclamo contro un atto che gli rechi pregiudizio entro un termine di tre mesi a decorrere, quando si tratti di una decisione individuale, dal giorno della notifica della stessa al destinatario, o comunque dal giorno in cui questi ne prende conoscenza. A norma dell'articolo 91, paragrafo 2, un ricorso del funzionario davanti a questa Corte è ricevibile soltanto se all'autorità amministrativa competente un reclamo secondo l'articolo 90, paragrafo 2, viene presentato nel termine ivi previsto.

Ne consegue che i ricorsi degli interessati non soddisfano la condizione relativa al termine del reclamo preliminare al ricorso giurisdizionale. L'eventuale assenza di una decisione formale esplicita, relativa alla soppressione dell'indennità o alla mancata concessione della stessa, non può aver rilievo per quanto riguarda la decorrenza del termine per il ricorso previsto nell'ambito del regime statutario anteriore al 1° luglio 1972, oppure, nella

prospettiva del nuovo statuto del personale, per il reclamo preliminare al ricorso, dal momento che tutte le interessate hanno potuto rendersi conto del modo in cui era stata regolata la loro situazione relativamente all'indennità di dislocazione, quantomeno mediante le schede mensili relative alla remunerazione, le quali contengono chiaramente in apposita colonna — rimasta priva di segni positivi — la voce dell'indennità di cui si tratta. Oltre a ciò, la soppressione dell'indennità in caso di matrimonio della funzionaria, o la non concessione alla donna già coniugata al momento dell'entrata in servizio, corrispondeva a una pratica generale delle istituzioni comunitarie basata su un preciso disposto dello statuto, per cui non può esservi dubbio che in questo contesto la trasmissione della scheda relativa alla remunerazione abbia potuto costituire una valida comunicazione suscettibile di far decorrere i termini di ricorso. Le sentenze nelle cause 33-72, (Gunnella), e 36-72, (Meganck), hanno già accolto un criterio del genere. Trattandosi poi dell'applicazione corrente di una ben precisa e chiara norma dello statuto, una motivazione espressa e specifica poteva non essere considerata indispensabile. Comunque, sotto tale profilo, una volta conosciuta la decisione concreta, poteva semmai essere questione di conoscenza dei suoi motivi, e il difetto di motivazione può essere eventualmente costitutivo di un vizio suscettibile di condurre all'annullamento della decisione se fatto valere nei termini, mentre non potrebbe evidentemente impedire in alcun caso il decorso dei termini d'impugnativa.

Tuttavia le ricorrenti invocano la sopravvenienza di fatti nuovi capaci di riaprire *ex nunc* i termini del ricorso. Essi sarebbero costituiti, dall'una parte, dalle sentenze della Corte nelle cause Sabbatini e Bauduin e, dall'altra, dalle conseguenze tratte dalle istituzioni convenute, le quali, prima ancora dell'entrata in vigore del nuovo testo della disposizione relativa all'indennità di dislocazione, che abolisce la discriminazione denunciata dalla Corte, hanno ristabilito, a partire dal

mese di luglio 1972, l'indennità stessa a favore di tutte le interessate.

Le due sentenze di cui si parla hanno annullato due decisioni individuali di soppressione delle indennità di dislocazione in seguito a matrimonio, in ragione dell'illegittimità dell'articolo 4, paragrafo 3, dell'allegato VII dello statuto su cui le dette decisioni erano basate. Le ricorrenti fanno leva anzitutto su questa constatata illegittimità di una norma dello statuto che era pure stata applicata a loro danno per sostenere la remissione in termini a proprio favore.

È chiaro che le richiamate sentenze nelle cause 20-71 e 32-71 hanno avuto il solo effetto giuridico di annullare le decisioni individuali impugnate dalle ricorrenti in quelle cause. La constatazione dell'illegittimità della norma dello statuto che era a base delle decisioni annullate è stata effettuata in via puramente incidentale, e quindi con effetto limitato alla disapplicazione della stessa rispetto alle sole ricorrenti in quelle due cause. Una constatazione di tal sorta certamente non potrebbe avere una portata equivalente all'annullamento.

Se le sentenze invocate avessero annullato la norma dello statuto riconosciuta illegittima, potrebbe porsi seriamente la questione dell'effetto retroattivo anche nei confronti dei terzi. Ma se la natura, l'oggetto e gli effetti di un ricorso debbono avere un proprio significato, e se la distinzione fra constatazione incidentale d'illegittimità di una norma e annullamento della stessa deve essere mantenuta, allora deve anche conseguire una diversità di effetti e quindi l'impossibilità di trarre da una constatazione incidentale d'illegittimità di un regolamento un effetto generale che finirebbe per condurre a risultati analoghi a quelli dell'annullamento *ex tunc* dello stesso atto. Diversamente, ne risulterebbe compromesso il limite di ordine pubblico costituito in generale dai termini processuali perentori e posto, nel nostro caso, dall'articolo 91 dello statuto, con pregiudizio del principio della sicurezza dei rapporti giuridici. Quindi la conoscenza del «fatto

nuovo» non sarebbe eventualmente conoscenza di una dichiarazione di nullità, ma di un'affermazione incidentale, la quale può avere il suo proprio effetto nei limiti del relativo procedimento e non oltre. Nessun fatto nuovo viene a toccare anche minimamente il passato, che avrebbe potuto essere coinvolto soltanto da una dichiarazione oggettiva di annullamento. Queste nostre sono affermazioni tanto fondamentali quanto elementari, ripetutamente e costantemente ribadite dalla nostra Corte, sulle quali non occorre quindi insistere.

Per quanto riguarda poi il comportamento delle istituzioni convenute che, in seguito alle due note sentenze Sabbatini e Bauduin, hanno concesso o ristabilito *ex nunc* l'indennità di dislocazione nei confronti di tutte le funzionarie che ne erano rimaste prive, esso costituisce anzitutto un omaggio all'autorità del principio affermato dalla Corte.

Questo comportamento, che ha avvantaggiato tante funzionarie, è stato lealmente tenuto dalle istituzioni anche per considerazioni di equità e di opportunità amministrativa.

In termini più giuridici, la disapplicazione concorde da parte di tutte le istituzioni di una norma ancora in vigore può essere considerata come un'applicazione anticipata dell'emendamento (lo si poteva ragionevolmente aspettare e anzi era già stato preannunciato) che il Consiglio, in seguito alle sentenze, avrebbe introdotto e che ha in effetti apportato pochi mesi dopo, alla nota disposizione. D'altronde, non può esservi questione di mutamento di concezioni giuridiche da parte delle amministrazioni, dal momento che la questione di diritto era già stata decisa dalla Corte.

Come già è stato affermato dalla Corte in risposta all'argomento di un ricorrente, il quale sosteneva che la modifica nei confronti di numerosi dipendenti delle tesi giuridiche già sostenute dagli esecutivi in seguito a certe sentenze in materia di statuto del personale avrebbe costituito un fatto nuovo che imponeva alla Commissione di modificare le sue prece-

denti decisioni, quando le amministrazioni si ispirano a una sentenza della Corte di giustizia, il fatto nuovo sarebbe semmai da ravvisarsi nella sentenza stessa, anziché nel provvedimento dell'amministrazione, escludendone poi peraltro la rilevanza anche sotto questo aspetto ai fini della remissione in termini (sentenza 34-65, Mosthaf, Raccolta 1966, p. 719).

Il fatto nuovo, che potrebbe costituire un mutamento di pratiche amministrative in seguito a una mutata interpretazione di certe norme statutarie da parte dell'amministrazione, potrebbe essere rilevante nei confronti dei funzionari al fine di consentire un'azione che altrimenti sarebbe stata loro preclusa per decorrenza dei termini. Ma quest'azione sarebbe concepibile solo in quanto essa fosse volta a ottenere un mutamento della loro situazione per il futuro, e non già a rimettere in questione il modo in cui era stata regolata la situazione anteriormente al mutamento della pratica amministrativa costitutivo del fatto nuovo. Questo fatto nuovo non ha dunque l'effetto di riaprire i termini per impugnare una decisione ma, in ragione del mutamento che esso comporta a partire dal momento in cui si verifica, costituisce la base per una nuova richiesta del funzionario volta a modificare la situazione attuale, anche se questa è la conseguenza di una decisione lontana nel tempo e non più impugnabile. Appunto sulla situazione attuale l'interessato avrebbe potuto essere legittimato a chiedere nei suoi confronti una presa di posizione dell'amministrazione conforme alla nuova pratica seguita. Ma, a questo riguardo, le ricorrenti hanno già avuto piena soddisfazione prima ancora di introdurre i presenti ricorsi.

Vi è infine l'altro argomento, invocato dalla ricorrente nella causa 137-73, secondo cui la disposizione dell'articolo 4, paragrafo 3, dell'allegato VII dello statuto, ne testo anteriore alla modifica apportata dal già menzionato regolamento del Consiglio n. 558/73, stabilendo una discriminazione che presenta un grado d'illiceità e d'iniquità particolarmente rilevante, deve considerarsi non già semplicemente invalido, ma addirittura inesistente.

Questo mezzo è stato fatto valere non soltanto nei confronti delle decisioni individuali d'applicazione, ma addirittura contro la norma di base.

Nelle pur varie citazioni di giurisprudenza, la ricorrente non ha potuto addurre un solo precedente di diritto interno che applicasse realmente una nozione d'inesistenza così ampia quale essa oggi ci propone; e se non l'ha fatto, non è stato certo per negligenza, ma semplicemente perché l'inesistenza di un atto pubblico, soprattutto se si tratta di un atto normativo (anche quando la categoria fosse ammissibile in relazione a tali atti, ciò che non pare verificarsi sempre nei diritti interni) sarebbe concepibile solo in limiti assai ristretti, per casi veramente estremi, specialmente per difetti molto gravi ed evidenti di forma (es., mancanza di sottoscrizione), di procedura (es., mancanza di delibera) o di competenza (es., decisione amministrativa in materia di riserva di legge e, in genere, usurpazione manifesta di potere).

Le conseguenze di una constatazione d'inesistenza di un atto avente valore di legge sono talmente gravi, e spesso non del tutto prevedibili, da consigliare un'estrema prudenza nell'impiego di questa categoria in relazione ad atti normativi, tanto più se questi siano rimasti lungo tempo in vigore. Ciò è anche conforme alla salvaguardia della certezza del diritto. Invero, nel caso di constatata inesistenza di una norma di portata generale, si dovrebbe ragionevolmente farne scaturire l'obbligo per l'amministrazione di eliminare tutte le conseguenze che ne siano derivate *ab initio*.

In un sistema come il nostro del diritto comunitario, non si vede alcuna ragione per allontanarsi dal criterio seguito nei vari diritti nazionali, secondo il quale un atto normativo idoneo ad essere applicato, e che risponda agli essenziali requisiti di procedura, di forma e di competenza per quanto riguarda la sua formazione e la sua pubblicazione, è un atto che per un'eventuale incompatibilità di contenuto con norme o principi superiori, può essere inficiato nella sua validità, ma non

può mai essere disconosciuto come inesistente.

D'altronde, se il vizio inficiante il vecchio testo dell'articolo 4, paragrafo 3, fosse stato così enorme come ora si pretende, non si potrebbe giustificare come il patente contrasto con il sistema avrebbe potuto restare per tanto tempo in ombra nonostante le centinaia di applicazioni che ne sono state fatte e i molti interessi in giuoco. E, last but not least, certamente può sembrare arduo affermare l'esistenza di un contrasto radicale e macroscopico rispetto ai principi elementari della moderna convivenza civile se addirittura la sua validità e la sua sopravvivenza sono state sostenute in queste stesse nostre aule dall'avvocato generale di allora nelle cause Sabbatini e Bauduin.

La realtà è un'altra. L'affermazione, fatta dalle sentenze che hanno originato tutto questo seguito di processi, dell'incompatibilità di tale norma con un principio generale, non ha rivelato una scandalosa opposizione dello statuto con un eterno principio di uguaglianza e di giustizia, ma ha costituito un ulteriore passo nel processo di avvicinamento della posizione giuridica della donna a quella dell'uomo nella società. Uno sviluppo giurisprudenziale di questo genere, seguendo nella storia l'evolversi del costume, va situato nel tempo, e solo così si comprende e se ne giustifica la progressiva affermazione.

L'illegittimità constatata incidentalmente dalle sentenze Sabbatini e Bauduin è quindi un'illegittimità che si è rilevata e si è valutata nel tempo in cui essa è venuta all'esame, frutto della recente evoluzione delle concezioni dominanti sulla posizione della donna nella famiglia e nella società, evoluzione che si è tradotta in modifiche anche nel diritto degli Stati membri, e a cui la Corte, mediante un'opera di sensibile rilevazione di ciò che vive nel diritto, ha dato applicazione nell'ordinamento comunitario.

È dunque assolutamente fuori luogo parlare qui d'inesistenza.

Ciò che costituisce il punto d'arrivo attuale di una lunga evoluzione sociale

non può manifestamente venire trasposto nel passato. Oltre a essere antistorica, la retroattività comporterebbe una ingiustificata, per non dire grossolana, *fictio iuris*.

Per tutto questo, veramente non si comprende il sentimento di offesa alla giustizia che le ricorrenti affermano di provare nei confronti del rifiuto loro opposto al pagamento degli arretrati a titolo di indennità di dislocazione. Esse dovrebbero rendersi conto che è stato grazie all'iniziativa di due loro colleghe, che hanno preso i rischi di promuovere un processo, che si è potuta tradurre in atto l'evoluzione a vantaggio della categoria. Le ricorrenti si sono mosse in gran moltitudine soltanto per beneficiare a titolo retroattivo di questa recente conquista. Il sentimento d'ingiustizia che esse affermano ora di provare vedendosi trattate, per il passato, diversamente da quelle loro due colleghe, che, avendo impugnato nei termini la decisione individuale di rifiuto dell'indennità, hanno potuto ottenere l'annullamento, non trova giustificazione.

In questa prospettiva, troverei addirittura aberrante pensare che, rifiutandosi alle ricorrenti la possibilità di contestare la legittimità di decisioni adottate nei loro confronti nel passato, e che esse non hanno impugnato nei termini, esse sarebbero discriminate nei confronti di quelle loro colleghe che hanno avuto l'iniziativa di tutelare i loro legittimi interessi valendosi nei termini delle vie a questo riguardo offerte dallo statuto. Questa diversità di trattamento non è discriminazione, ma è solo l'applicazione coerente del principio antico e sempre valido: *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt*.

Riassumendo, si deve constatare che per ammettere la ricevibilità dei presenti ricorsi occorrerebbe derogare a regole basilari di procedura che sono in funzione di un principio generale di certezza del diritto e dei rapporti giuridici. Occorrerebbero ragioni estremamente gravi, tali da avere un peso maggiore della salvaguardia di queste che sono regole,

principi ed esigenze fondamentali dell'ordinamento giuridico. Tale non è certamente il caso nella specie. Il principio della parità fra uomo e donna, anche riguardo al beneficio dell'indennità di dislocazione, è stato affermato ormai; il progresso è stato compiuto. È quindi fuori luogo ora, per la difesa delle ricorrenti, di appellarsi a ideali d'uguaglianza da realizzare, quando invece ciò di cui trattasi in concreto non è più una questione di principio, ma una semplice questione di retroattività nella percezione di un'indennità.

È troppo comodo e vago invocare il ciceroniano *summum ius summa iniuria* in

tutti i casi nei quali il diritto, per le sue esigenze di certezza, impone dei termini da rispettare; e solo l'osservanza di questi termini è oggi qui in questione. Una lunga esperienza nei vari rami della vita giuridica mi ha insegnato che l'adagio ciceroniano va preso entro giusti limiti; ma la stessa esperienza di vita mi esorta a concludere, sempre con le parole dell'oratore romano, che quando non sono di mezzo direttamente grandi principi, i fondamentali principi che si impongono alla coscienza umana, è necessario che chi ha il compito di dire la giustizia abbia l'umiltà di giudicare non *de legibus*, ma *secundum leges*.

Concludo pertanto proponendo di accogliere l'eccezione d'irricevibilità sollevata dalle convenute e di decidere sulle spese di giustizia secondo le norme che reggono la materia delle cause del personale.