

# PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

## I/2021

ANNO XXXII – N. 1 – GIUGNO 2021

# P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE  
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

Condirettori: GIULIO CERCEO, PIERLUIGI DE NARDIS, VINCENZO DI GIROLAMO

Redattori: MARCO ALESSANDRINI, CLAUDIO ANGELONE, MARCO AZZARITI,  
MASSIMO CIRULLI, LUCIO STENIO DE BENEDICTIS, FEDERICA DE ROBERTIS,  
LORENZO DEL FEDERICO, FEDERICA DI BENEDETTO, GUGLIELMO FLACCO,  
GIUSEPPE MALCANGI, SALVATORE MEZZANOTTE, MICHELE PEZONE, ALESSIO  
RITUCCI, MARIA CARLA SERAFINI, MARCO RIARIO SFORZA, GOFFREDO  
TATOZZI, GABRIELLA ZUCCARINI

Coordinatori della Redazione: FRANCO SABATINI, LUIGI SALCIARINI

Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Direttore Editoriale: ROBERTO DE ROSA

Segretario di Redazione: MARIA DI TILLIO

Corrispondenti:

AVEZZANO: SALVATORE BRAGHINI

CHIETI: ENRICO RAIMONDI, GIUSEPPE GIALLORETO

LANCIANO: ALDO LA MORGIA

L'AQUILA: GIULIO DE CAROLIS, GREGORIO EQUIZI, PIERA FARINA, FABIANA GUBITOSO,  
CARLA LETTERE, FABRIZIO FOGLIETTI, FRANCESCA RAMICONE, STEFANO ROSSI

SULMONA: DORA DI LORETO

TERAMO: FRANCO DI TEODORO, GENNARO LETTIERI, PIETRO REFERZA

VASTO: GIAMPAOLO DI MARCO, MARIA SICHETTI

Hanno collaborato a questo numero:

GLORIA ALFONSI - GIUSEPPE DI MAIRA - GUGLIELMO FLACCO MARIA CHIARA  
MANFREDI - GIANNANGELO MARCHEGGIANI FABRIZIO MARINELLI - FABIO  
MASCI - MARCO RIARIO SFORZA MARIACARLA SERAFINI

Patrocinio del C.O.F.A.

Contributo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara

Editore: FONDAZIONE FORUM ATERNI - PESCARA *Iscr. R.O.C. n. 21214*

Registrazione del Tribunale di Pescara n. 20/88 del 14/10/1988 - ISSN: 1591-5565

Direzione - Redazione ed Amministrazione di "P.Q.M." sono presso la sede della  
Fondazione Forum Aterni - Palazzo di Giustizia - Pescara (Tel. 085/61966)

*La collaborazione a P.Q.M. è aperta a tutti gli operatori del diritto che vogliono spontaneamente inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e articoli riguardanti la vita forense. I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica e devono uniformarsi ai criteri redazionali della rivista (che possono essere forniti a richiesta). La pubblicazione è subordinata all'approvazione da parte della redazione. I testi non pubblicati non saranno restituiti.*

La rivista P.Q.M. è aderente all'A.STA.F. - Associazione Nazionale Stampa Forense

Fotocomposizione e Stampa: Poligrafica Mancini srl., via Tevere, 24, S. Giovanni T. (CH)

## S O M M A R I O

*Fabrizio Marinelli*  
Lionello Lopardi pag. 9

### Parte I - SAGGI

*Guglielmo Flacco*  
L'Arbitrato societario: alcune questioni risolte e altre ancora aperte pag. 13

*Marco Riario Sforza*  
Principio dell'affidamento: la delega di funzione in materia di sicurezza del lavoro e l'attribuzione di potere ex art. 2381 c.c. Un percorso alternativo attraverso gli strumenti del diritto penale pag. 27

### Parte II - GIURISPRUDENZA

*Abuso d'ufficio*  
Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) - Elemento materiale - Modifiche introdotte dal D.L. n. 76/2020 (*Tribunale di Pescara - sent. 26/11/2020*) pag. 105

*Atto e procedimento amministrativo*  
Procedimento amministrativo – Commissari – Atti assunti nell'esercizio delle funzioni delegate – Imputazione degli atti amministrativi – Presidenza del Consiglio dei ministri – Annullamento del provvedimento – Art. 21-nonies della legge n. 241/1990 – Termine di 18 mesi – Decorrenza – Adozione del provvedimento – Irrilevanza della fase integrativa dell'efficacia – Annullamento dell'aggiudicazione – Atto sospensivamente condizionato (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 3/12/2020 n. 347 con nota di F. Masci*) pag. 158

*Competenza civile*

Obbligazioni e contratti – Pagamento somme – Crediti per prestazioni sanitarie in regime di accreditamento – Clausola compromissoria – Difetto di autorizzazione della Regione – Inefficacia – Giurisdizione ago – Eccezione di incompetenza territoriale – Foro convenzionale non esclusivo – Specifica contestazione di tutti i criteri concorrenti – Necessità - Carenza di legittimazione passiva – Eccezione sollevata in comparsa conclusionale – Tempestività (*Trib. Chieti sent. 5/5/2020 n. 240*)

pag. 82

*Demanio*

Concessioni demaniali marittime ad uso turistico – Proroga delle concessioni – Estensione della durata, ex lege n. 145 del 30 dicembre 2018 ed ex lege n. 77 del 17 luglio 2020 – Normativa nazionale e diritto comunitario – Prevalenza di quest’ultimo – Direttiva 2006/123/CE “c.d. Bolkestein” – Concessioni demaniali marittime ad uso turistico – Prologhe della durata – Contrasto con il diritto comunitario – Onere di impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto europeo (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 3/2/2021 n. 40 con nota di G. Marcheggiani*)

pag. 140

*Fallimento*

Dichiarazione di fallimento – Impugnazione – Reclamo fallimentare – Art. 18 L. Fall. – Divieto produzione nuovi mezzi di prova – Esclusione - Effetto devolutivo integrale – Sussiste – Requisiti di fallibilità. Prova dei limiti dimensionali – Esame limitato ai bilanci depositati – Esclusione – Ammissibilità di strumenti alternativi probatori – Sussiste (*App. L’Aquila sent. 20/2/2020 n. 318 con nota di G. Alfonsi*)

pag. 51

*Giurisdizione in genere*

Procedura di valutazione comparativa per il conferimento di incarico lavorativo apicale – Giurisdizione del Giudice Amministrativo – Sussistenza – Conoscenza “aliunde” del provvedimento oggetto di impugnazione – Inizio del termine di decadenza dell’impugnazione (*T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – sent. 28/1/2021 n. 26*)

pag. 123

*Ingiuria e diffamazione*

Diffamazione (art. 595 c.p.) - Causa di giustificazione dell’esercizio di un diritto (art. 51 c.p.) - Diritto di critica – Limiti (*Trib. Pescara sent. 6/10/2020*)

pag. 119

*Istruzione pubblica*

Accesso alla facoltà di Medicina – Istanze di trasferimento - Sistema universitario - Fabbisogno di professionalità sanitarie – Offerta potenziale - Flessibilità – Adeguamento – Pubblicazione di nuovo bando – Nuovo avviso – Atto generale – Commissario ad Acta – Inadempimento – Iscrizione in sovrannumero – Diritto allo studio – Prevalenza (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 24/5/2021 n. 269*)

pag. 130

*Lavoro (rapporto di)*

Apprendistato – Revocabilità dimissioni nel corso del periodo di prova – Sussiste (*Trib. Pescara sent. 25/11/2020*)

pag. 101

Lavoro subordinato (rapporto di) – Discriminazione fondata sulla gravidanza – Mancato rinnovo contratto a termine – Sussiste (*Trib. Avezzano decr. 25/4/2021 con nota redazionale*)

pag. 74

*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*

Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.) - Elemento soggettivo - Emergenza pandemica (*Trib. Pescara ord. 19/11/2020*)

pag. 121

*Misure cautelari personali*

Misure cautelari personali - Appello - Giudicato cautelare (Tribunale di Pescara - ord. 21.1.2020 e Trib. L'Aquila ord. 24/12/2020 con nota redazionale) pag. 117

*Potestà dei genitori*

Tribunale per i minorenni – Provvedimenti in materia di figli minori ablativi della potestà genitoriale - Nomina curatore speciale minore – Necessità – Nomina difensore d'ufficio del minore – Insufficienza – Nullità procedimento (App. L'Aquila decr. 15/9/2020 con nota redazionale) pag. 65

*Previdenza Sociale*

Cassa Edile – Inefficacia liberatoria dei pagamenti effettuati direttamente ai dipendenti – Possibilità del datore di lavoro di chiedere ai lavoratori la restituzione di quanto loro indebitamente corrisposto – Fondatezza della pretesa di pagamento della Cassa delle somme versate dall'Impresa ai dipendenti – Natura previdenziale degli accantonamenti (App. L'Aquila – Sez. Lav. – sent 26/11/2020 n. 718 con nota di G. Di Maira) pag. 59

*Processo penale*

Archiviazione - Poteri del G.I.P. – Limiti. Reati ambientali - Persona offesa - Opposizione alla richiesta di archiviazione (inammissibilità). Rifiuto di atti d'ufficio (art. 328, co. 1, c.p.) - Persona offesa - Opposizione alla richiesta di archiviazione (inammissibilità). Reati colposi di evento - Causalità della colpa. Colpa specifica - Norme in materia di pianificazione urbanistica ed edilizia (Tribunale di Teramo - ord. 30/3/2021) pag. 108

Processo penale - Diversità del fatto - Nullità (Tribunale L'Aquila - sent. 28/10/2020) pag. 113

*Regione*

Servizi pubblici – Affidamento dei servizi ferroviari di interesse regionale – Approvazione schema di Regolamento da parte della Regione Abruzzo – Omessa previsione di un sistema di monitoraggio del servizio ferroviario che verifichi il rispetto di tutti i parametri previsti nella convenzione con il concessionario – Illegittimità (*T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – sent. 26/3/2021 n. 163*)

pag. 126

*Sindacati*

Contributi sindacali - Ritiro delega - Conferimento nuova delega a favore di altro sindacato – Effetto immediato - Nullità della clausola del contratto collettivo di differimento dell’effetto - Conseguenze (*App. L’Aquila sent. 6/2/2021 n. 302 con nota redazionale*)

pag. 70

Condotta antisindacale – Assemblea - Esclusione assemblea dirigente esterno di sindacato non firmatario del C.C.N.L. applicabile in azienda – Non sussiste (*Trib. Teramo decr. 12/2/2021*)

pag. 90

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

*Maria Chiara Manfredi*

Successione di leggi penali nel tempo, *locus commissi delicti* nei reati di durata e ad evento differito

pag. 197

Parte IV- VITA FORENSE

*Mariacarla Serafini*

Lo Sportello contro la violenza sulle donne presso il Tribunale di Pescara

pag. 207

*ERRATA CORRIGE:*

► nel numero I/2020, nel sommario iniziale della Rivista la corrispondente indicazione va integrata come segue:

Fallimento - Domanda di insinuazione al passivo - Provvedimento di ammissione - Decreto esecutività - Rinuncia - Effetti procedurali - Riproponibilità della domanda - Ammissibilità (*Trib. Pescara decr. 12/12/2019 n. 4 con nota di Alessio Ritucci*)

► nel numero II/2020 della Rivista, la nota sentenza Trib. Pescara 19.7.2019 “*Comparazione ed esclusione del giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p. e la recidiva ex art. 99 comma 4 c.p.p.: questione di legittimità costituzionale*” è stata redatta dall’avv. Goffredo Tatzzi e dall’avv. Italo Colaneri

► nel numero II/2020 della Rivista, l’elenco dei collaboratori va integrato come segue:

Hanno collaborato a questo numero:

MARCO AZZARITI — ROBERTO DE ROSA — MARIA DI TILLIO — GIUSEPPE MALCANGI — FRANCESCA MICONI — DOMENICOMARIA REFERZA — PIETRO REFERZA — ALESSIO RITUCCI — MARCO RIARIO SFORZA — ERIBERTO ROSSO — GOFFREDO TATTOZZI — CRISTIANA VALENTINI — SILVANA VASSALLI

*In copertina:*

***Lionello Lopardi***



Quando Lionello Lopardi nasce, il 30 novembre del 1918, la prima guerra mondiale si era conclusa da meno di un mese. La parabola dello Stato liberale si andava esaurendo tragicamente, proprio quello Stato di cui il padre, l'avv. Emidio Lopardi (1877 – 1960), era stato autorevole esponente nelle file del partito socialista. Deputato sin dal 1919 nel collegio dell'Aquila, poi dichiarato decaduto dal fascismo, quindi di nuovo deputato alla Costituente ed infine senatore, Emidio ebbe quattro figli: Lionello, appunto, quindi il maggiore, Ubaldo detto Baldino (1913 - 1980), che fu deputato, senatore e sindaco dell'Aquila, Antonello (1923 - 2005) e Lidia (detta Fifiella), che sposerà un ufficiale, Mario Lolli, noto anche come arguto letterato in dialetto aquilano, e che morirà tragicamente sotto le macerie del terremoto del 2009.

Dopo il liceo classico (Nello Mariani, anch'egli avvocato e socialista, ricorda che Lionello completava la versione di greco in mezzora, e poi ne distribuiva svariate copie ai compagni di classe) l'avv. Lopardi si era iscritto nell'Università di Bari dove si laureò il 25 ottobre 1941. Nella città pugliese si era iscritto per amore della fidanzata Lidia Natellis (1921 – 2016), di famiglia dalle lontane origini spagnole insediatasi a Montella, in Irpinia, che si trovava a Bari a seguito del padre, alto funzionario dello Stato. Divenne procuratore il 30 agosto 1945, avvocato il 5 settembre 1946 e cassazionista nel 1951, bruciando le tappe anche grazie ad una legislazione eccezionale dettata dai tempi difficili. Consigliere dell'ordine degli avvocati dal 1948, fu sempre il più votato, anche se non volle mai fare il presidente.

Un mese dopo la Sua morte (Il Tempo, 27 aprile 1990) ebbi a scrivere: "A Don Lionello, come si chiamano quegli avvocati di una certa età cui non si riesce a dare del tu, dobbiamo tutti qualcosa. Egli era considerato maestro da parte dei colleghi, giovani e meno giovani, non soltanto per la sua profonda conoscenza del diritto, ma in special modo per la sua immensa disponibilità a dare consigli meditati e profondi, con un'intelligenza acuta mai disgiunta da una rassicurante tranquillità che si manifestava in pause e silenzi densi di pensosa riflessione.

Ne sono prova i moltissimi avvocati formatisi alla sua scuola ed i tanti giovani che ancora frequentavano il suo studio, uno dei pochi veramente

aperto a tutti i praticanti di buona volontà. Nell'ambito del diritto civile egli era senza dubbio l'avvocato aquilano non solo di maggior prestigio, ma anche di più profonda preparazione, e forse non soltanto del Foro dell'Aquila. Ne restano testimonianza pubblica le sue comparse, asciutte e severe, intrise di riferimenti alla giurisprudenza ed alla dottrina, di stampo antico, anche se scritte con un moderno computer, di cui Don Lionello vantava una perfetta conoscenza. Nei suoi atti si coglieva sempre un approccio nuovo, mai scontato o semplicemente banale, si individuava costantemente uno sforzo di argomentazione creativa che si proponeva al giudice come autentica dottrina, offrendo quel contributo che un tempo si coglieva (oggi un po' appannato, invero) nelle aule di giustizia, rendendo il Foro, insieme alla giurisprudenza ed alla dottrina accademica, parte integrante delle costruzioni giuridiche.

Egli possedeva tutte quelle doti che Italo Calvino, nelle sue "Lezioni americane", attribuisce ad uno scrittore di talento: la leggerezza, la rapidità, l'esattezza, la visibilità, la molteplicità; le sue comparse (che altro resta di un avvocato se non le sue difese, i suoi scritti, attraverso i quali sottopone al giudice il proprio pensiero) sono leggere, cioè scorrevoli nella lettura e semplici nell'argomentazione; rapide, cioè scritte con immediatezza, senza quei rifacimenti che ne diminuiscono la spontaneità e la vivacità; esatte, cioè rigorose nella descrizione dei fatti e nell'applicazione della norma; visibili, cioè chiare nell'individuazione del problema fondamentale ed efficaci nel risolverlo; molteplici, cioè capaci di cogliere ogni sfumatura, sia del problema giuridico sottoposto al suo esame, sia della vicenda umana che ne è sempre presupposto. Ed ancora, ne restano testimonianza personale i dialoghi che si intrattenevano con lui su alcuni ancora dibattuti ed irrisolti problemi del diritto civile, ricavandone sempre una pacata riflessione ed un affettuoso incoraggiamento, dato con la grande timidezza che lo ha sempre contraddistinto. Lo ricordo così, insieme al codice civile, della cui architettura era profondo conoscitore, ed all'immancabile sigaretta. E poi, negli ultimi anni, la richiesta di essere accompagnato a casa, da quando le sue non buone condizioni di salute gli impedivano di guidare.

È scomparso con Lionello Lopardi il rappresentante di una generazione di avvocati che ha fatto grande questa città e questa regione, richiamandosi ad antiche tradizioni ed a severi costumi ormai dimenticati. Ma soprattutto è scomparso con lui il giurista e il maestro, il collega e l'amico, lasciando un vuoto incolmabile nell'angolo destro dell'aula della Corte d'appello civile, ove soleva sistemarsi il martedì, giorno d'udienza, e dove chi lo ha conosciuto continuerà a ricordarlo".

Trent'anni dopo, in un ambiente giudiziario molto diverso, non trovo parole migliori per esprimere la mia gratitudine nei suoi confronti e per additarlo come maestro alle nuove generazioni di avvocati.

*Fabrizio Marinelli*

I  
SAGGI



## **L'Arbitrato societario: alcune questioni risolte e altre ancora aperte**

*SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La clausola compromissoria. Casi di nullità. - 3. Nullità della clausola: translatio iudicii? - 4. Applicabilità della normativa speciale anche all'arbitrato irrituale? 5. Arbitrabilità delle impugnative delle delibere assembleari. Limiti? 6. Conclusioni.*

### **1. Premessa**

A distanza di anni dall'introduzione dell'arbitrato societario, nell'ambito della più ampia norma che ha introdotto il processo societario con il D.lgs n. 5/2003 poi oggetto di abrogazione, sono diverse ancora le questioni aperte e non risolte. La prima tra tutte è quella inerente i diritti che possono essere oggetto di arbitrato foriera di opinioni diverse. Invero un primo orientamento sembrerebbe consentire l'arbitrabilità anche delle controversie non transigibili salvo quelle che obbligano l'intervento del pubblico ministero, altro delle controversie che hanno ad oggetto gli organi sociali anche se presenti diritti indisponibili, altro ancora delle sole controversie con diritti disponibili ed, infine, altro a tutte le controversie inerenti le delibere assembleari anche se nulle purchè non con oggetto illecito. A fronte dell'incertezza interpretativa con riguardo alla tipologia dei diritti arbitrabili, la giurisprudenza ha risolto altre questioni dibattute e tra queste ha sancito definitivamente la nullità delle clausole che non prevedono la nomina dell'arbitro ad opera del terzo così come ha effettuato una netta scelta di campo a favore dell'arbitrato societario rispetto all'arbitrato comune per le controversie che hanno ad oggetto ogni genere di rapporto societario. Indubbiamente, invece, una questione irrisolta riguarda l'applicabilità alle cause societarie dell'arbitrato irrituale posto che alcune norme dell'arbitrato societario fanno riferimento a tale tipologia di arbitrato (si veda tra tutte l'art. 35 D.lgs n. 5/2003 che consente il ricorso alla tutela cautelare ex art. 669 quinquies c.p.c.) mentre altre disposizioni mal si conciliano con tale tipologia di arbitrato tanto che alcuni autori sono pervenuti a ritenere applicabili solo le norme di cui all'art. 808 ter c.p.c. tralasciando quelle del rito societario. La materia, dunque, è ancora lungi dal trovare una risoluzione a tutte le problematiche insorte dall'entrata in vigore.

### **2. La clausola compromissoria. Casi di nullità.**

L'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 disciplina il contenuto della clau-

sola compromissoria da inserire negli atti costitutivi delle società prevedendo il numero e le modalità di nomina degli arbitri, nomina che, a pena di nullità, spetta ad un soggetto estraneo alla società che può già ivi essere designato ovvero, in mancanza, tale potere spetta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Tale meccanismo di nomina, dunque, si differenzia radicalmente da quello previsto nelle clausole dell'arbitrato comune non consentendo alle parti la scelta di un proprio arbitro in tal modo favorendo la funzione di terzietà, trasparenza ed imparzialità che è, *rectius*, deve essere propria dell'arbitro<sup>1</sup>. In effetti tale scelta di modalità di nomina degli arbitri, che se violata comporta la nullità della clausola, è certamente stata ispirata dalla volontà del legislatore di tutelare gli interessi di tutti i membri del gruppo organizzato ma anche dell'ente stesso che, investiti dalla controversia, devono essere garantiti che la causa venga decisa da un arbitro indipendente il quale non sia espressione o portatore di interessi dei singoli<sup>2</sup>. A ciò aggiungasi come la scelta dell'arbitro, da parte di un terzo soggetto, certamente aiuta a superare tutte le criticità procedurali legate alla potenziale pluralità di parti della controversia (si pensi alla facoltà di intervento o di chiamata in causa a quel tempo non consentita dall'arbitrato disciplinato dal codice di rito) garantendo loro una partecipazione paritaria alla controversia<sup>3</sup>. E' comunque il caso di rammentare come la formulazione della norma, con riguardo alla nomina degli arbitri, ha avuto differenti interpretazioni che hanno dato origine alla c.d. teoria del "doppio binario",<sup>4</sup> favorendo un acceso dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale, oggi tuttavia risolto a seguito anche delle varie pronunce del giudice di legittimità succedutesi nel tempo.

Il contrasto di orientamenti è originato da una duplice interpretazione della norma.

Secondo una prima interpretazione, sia dottrina che giurisprudenza, il legislatore non avrebbe avuto l'intenzione di creare un istituto esclusivo che sostituisse l'arbitrato di diritto comune ma avrebbe voluto fornire una alternativa a quest'ultimo in modo che si potesse scegliere tra i due procedimenti,

---

1. E' pur vero che, al pari di quanto previsto dall'art. 810, comma 2, c.p.c., si facoltizza la parte che sia rimasta inerte all'invito dell'altra parte a provvedere alla nomina dei propri arbitri, a ricorrere al Presidente del Tribunale nel cui circondario ha la sede l'arbitrato affinché provveda alla nomina degli arbitri non designati.

2. In questo senso anche BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2003, 31; E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 523.

3. Così SOLDATI, *Arbitrato societario: cassata la tesi del "doppio binario"*, in *Le Società*, 2012, 215.

4. S. RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. Arb.*, 2004, 771.

volendosi creare l'arbitrato societario solamente quale istituto più giurisdizionalizzato<sup>5</sup>. Tale tesi, peraltro, poteva trovare fondamento anche nella lettura dei lavori preparatori al decreto legislativo laddove si legge che "la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una nuova *species* arbitrale che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)"<sup>6</sup>; in effetti quanto riportato sembrava avvalorare proprio la coesistenza dell'arbitrato societario con quello di diritto comune le cui norme apparivano dover fungere da complemento e corredo a quelle dell'arbitrato speciale nella parte in cui emergessero delle lacune nella nuova normativa<sup>7</sup>.

Pertanto i sostenitori di tale interpretazione affermavano che il legislatore non avesse voluto escludere l'arbitrato di diritto comune ma si sarebbe limitato a indicare norme specifiche solo con riguardo alla clausola compromissoria,

---

5. Con riguardo all'affermazione della tesi del c.d. doppio binario in dottrina v. ARIETA -DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 606; DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, 849; NELA, sub art. 34, in *Il nuovo processo societario* a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 933 e seg.; Id., *Cenni sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato endosocietario*, in *Giur. It.*, 2005, 118; RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. Arb.*, 2004, 777; SALAFIA, *Alcune questioni interpretative del nuovo rito societario*, in *Società*, 2004, 1458; ZOPPINI, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Società*, 2004, 1183 e seg.; GALGANO - GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubbl. Ecom.* a cura di Galgano, XXIX, 2, Padova, 2006, 927 e 932 nota 714; DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum, Gian Franco Campobasso* a cura di Abbadessa, Portale, Assago, 2006, I, 251 e seg.; DE SANTIS, Sub art. 41, in *I procedimenti in materia commerciale* a cura di Costantino, Padova, 2005, 878 e segg.; Majorano, Sub art. 34, *ibid.*, 761; CERRATO, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 497, 523. In giurisprudenza v. App. Torino, 4 settembre 2007, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, con nota di TABELLINI; App. Torino, 23 ottobre 2009, in *Giur. It.*, 2010, 2096; Id. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca Borsa*, 2010, 335, con nota di CERRATO; Trib. Bologna, 17 giugno 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1028, con nota di GUIDOTTI; Id. Torino, 8 marzo 2007, *ibid.*, 906, con nota di CERRATO; Trib. Bari, 2 novembre 2006, *ibid.*, 2237, con nota di CERRATO; Id. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 502, con nota di CERRATO, e in *Giur. It.*, 2006, 1640, con nota di RESTANO; Id. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 500, con nota di CERRATO; Id. Biella, 28 febbraio 2005, in *Giur. It.*, 2006, I, 99, e in *Giur. Comm.*, 2006, II, 500, con nota di CERRATO.

6. Si veda la Relazione illustrativa al D.Lgs.n. 5/2003 in *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori, testi e materiali* a cura di VIETTI, AULETTA, LO CASCIO, TOMBARI E ZOPPINI, Milano, 2006, 96.

7. A tal proposito è opportuno ricordare anche il dettato dell'art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003 secondo cui il codice di rito avrebbe potuto integrare, in caso di lacune, le regole speciali previste per le controversie societarie.

al procedimento ed al lodo<sup>8</sup>

Avverso tale tesi si è creato un altro orientamento, oggi avvalorato graniticamente dalla giurisprudenza di legittimità<sup>9</sup>, secondo cui la disciplina dell'arbitrato societario di cui al D.Lgs. n. 5/2003 è l'unica applicabile alle controversie societarie in caso di arbitrato. Militano in tal senso la disposizione dell'art. 34, comma 2, D.Lgs. secondo cui la clausola statutaria deve, a pena di nullità, deferire ad un soggetto terzo la nomina degli arbitri onde scongiurare il pericolo di un arbitro o di un collegio arbitrale parziale e non di garanzia per il gruppo sociale; la previsione di cui all'art. 35 D.Lgs. di inderogabilità del procedimento arbitrale; quanto statuito dall'art. 41, comma 2 D.Lgs. secondo cui per adeguare le clausole statutarie, preesistenti alla nuova disciplina arbitrale, non era necessaria la maggioranza qualificata dei due terzi del capitale sociale ma una maggioranza semplice a palese dimostrazione del *favor*, o meglio di un obbligo del legislatore ad adeguare le clausole all'unica disciplina arbitrale applicabile alle liti societarie; e non ultimo deve considerarsi che, alla luce della riforma dell'arbitrato intervenuta con D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che ha attenuato notevolmente le differenze tra arbitrato comune ed arbitrato societario, il legislatore, se avesse ritenuto applicabile anche l'arbitrato di diritto comune alle liti societarie, avrebbe avuto l'occasione di abrogare il rito speciale in occasione dell'abrogazione del rito societario, cosa che evidentemente non ha fatto. La mancanza di tale scelta legislativa non può che avvalorare la tesi che il legislatore abbia scelto l'arbitrato societario come unico arbitrato per le società.

### 3. Nullità della clausola: *translatio iudicii*?

Uno dei problemi che meritano attenzione e che, ad oggi, non ha trovato ancora una soluzione unitaria è, invece, quello che riguarda la possibilità di una *translatio iudicii* laddove, pur notificata la domanda di arbitrato con indicazione degli arbitri di parte in spregio alle norme sull'arbitrato societario, il collegio arbitrale ritenga di non poter esercitare le proprie funzioni, in quanto privo di legittimazione per il mancato rispetto della norma imperativa che obbliga la nomina da parte di un terzo soggetto, e quindi si astenga dall'emettere un qualsiasi provvedimento se non quello di non accettazione della nomina.

Innanzitutto ad una tale evenienza è lecito, innanzitutto, chiedersi se l'atto di nomina di un arbitro di parte possa sortire l'effetto di conservare gli effetti processuali e sostanziali della domanda arbitrale sì da potersi consentire la

8. V. CERRATO, in *Arbitrato* di Alpa e Vigoriti, 2013, p. 1021.

9. Sul punto è nota la ormai famosa pronuncia emessa da Cass. Civ., sez. III, 9 dicembre 2010, n. 24867; da ultimo Cass. Civ. 31 luglio 2020, n. 16556; id. 9 ottobre 2017, n. 23485.

*translatio iudicii* innanzi al giudice ordinario.

A tale peculiare fattispecie ha fornito risposta la giurisprudenza di merito<sup>10</sup> che, in un caso simile, ha affermato l'inidoneità della notifica alla controparte di un atto di nomina del proprio arbitro a salvaguardare gli effetti processuali e sostanziali della domanda, laddove gli arbitri, nominati in spregio all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, non si siano costituiti in collegio arbitrale affermando la contrarietà a norme imperative della propria siffatta nomina.

A fondamento di tale decisione viene interposto il dettato dell'art. 50 c.p.c. che consente la *translatio iudicii* solo laddove sia stata emessa una ordinanza di incompetenza da parte del giudice *a quo*: in mancanza di un tale provvedimento deve ritenersi non estensibile il meccanismo di valida riassunzione del processo innanzi al giudice *ad quem* con buona pace della salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda di arbitrato<sup>11</sup>.

In merito deve, comunque, evidenziarsi la posizione di chi, rilevando la possibile violazione dell'art. 24 Cost. dubita della necessità di una ordinanza di incompetenza per trasferire il giudizio dagli arbitri al giudice statale<sup>12</sup>.

A sostegno di tale tesi si afferma come l'art. 24 del dettato costituzionale imponga all'ordinamento di predisporre le misure più idonee ad evitare che errori nell'individuazione del giudice competente possano incidere negativamente sulla situazione giuridica da tutelare alla stregua di quanto avvie-

---

10. La controversia ha ad oggetto una causa societaria in cui i soci, in ossequio alla clausola statutaria non adeguata al disposto dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003, ebbero a nominare ciascuno un arbitro di parte rimettendo al Presidente del Tribunale la nomina del terzo arbitro il quale rifiutò sostanzialmente di accettare l'incarico rilevando la violazione dell'art. 34 citato così come fecero tutti gli arbitri di parte con la conseguenza che non si costituì il collegio arbitrale. Di fronte ad una tale evenienza, il socio, che aveva impugnato la delibera di esclusione dalla società con domanda di arbitrato, notificava atto di citazione innanzi al tribunale competente chiedendo la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda arbitrale in modo che fosse impedita la decadenza dall'azione di impugnazione ex art. 2532 c.c. Il tribunale, rilevata la mancata costituzione del collegio e quindi l'assenza di una ordinanza di incompetenza ritenne non valido l'atto di citazione quale atto di riassunzione ex art. 50 c.p.c., e quindi negò l'idoneità della domanda arbitrale e di nomina dell'arbitro ad integrare gli estremi di una tempestiva impugnazione della delibera di esclusione. (Trib. Milano, Sez. spec. imprese, 9 maggio 2014, n. 6025).

11. Tali principi, peraltro, hanno trovato pieno conforto nella giurisprudenza del giudice delle leggi la quale ha ritenuto di escludere la possibilità dell'esistenza di meccanismi più ampi di salvezza degli effetti della prima domanda rispetto a quelli ordinari e disciplinati dall'art. 50 c.p.c. Sul punto è bene rammentare la pronuncia della Corte costituzionale che ebbe a dichiarare la incostituzionalità del comma secondo dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui dettava la inapplicabilità degli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. ai rapporti tra arbitrato e processo ordinario (v. Cost., 19 luglio 2013, n. 223).

12. In questo senso CASTAGNO, *Nullità della clausola compromissoria e salvezza degli effetti della domanda*, in *Giur.it.*, 2015, 1135.

ne nel giudizio ordinario. Quindi, considerato che il legislatore ha strutturato l'arbitrato come forma alternativa di risoluzione delle controversie a quella giudiziale, l'errata instaurazione di un procedimento arbitrale non dovrebbe pregiudicare, irrimediabilmente, la salvezza di diritti così come previsto nel giudizio ordinario. Ed infatti non v'è dubbio che nei giudizi ordinari, adito un giudice incompetente o carente di giurisdizione, tale condizione comporta immediatamente una declaratoria di incompetenza che consente il passaggio della causa al giudice competente.

Ad ogni buon conto, nel caso sopra menzionato che ha visto gli arbitri non comporsi in collegio, non possano non rilevarsi dubbi di correttezza nel comportamento degli arbitri atteso che, proprio dalla loro condotta, è pervenuto un pregiudizio alla parte che si è vista decaduta dall'azione di impugnativa della delibera di esclusione per tardività della domanda.

Infatti, se per un verso, non v'è dubbio che la *translatio iudicii* necessita per la corretta applicazione di una ordinanza di incompetenza, meno chiaro appare il comportamento degli arbitri che, seppur nominati in violazione di un disposto normativo, non si costituiscano e non emettano un formale provvedimento di difetto di competenza, limitandosi a rinunciare all'incarico. Invero, a mente dell'art. 817 c.p.c., gli arbitri devono decidere in ordine alla validità, contenuto ed ampiezza delle convenzioni arbitrali ma anche, con riguardo alla ripartizione di *potestas iudicandi* tra arbitri e giudice statale, sulla regolare costituzione degli arbitri, sull'osservanza delle forme stabilite nel patto compromissorio per la nomina degli arbitri, sulla sussistenza negli stessi delle qualità richieste dalle parti ed sull'osservanza della disciplina legale in tema di nomina<sup>13</sup>.

Ed allora, atteso che il principio, dettato dall'art. V, comma 3, Conv. di Ginevra del 21 aprile 1961 in tema di arbitrato internazionale commerciale secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza, deve essere applicato all'arbitrato al pari del giudizio ordinario, si ritiene che, nel caso menzionato, gli arbitri, sia pur nominati in spregio alla norma imperativa, avrebbero dovuto comunque riunirsi e deliberare la propria incompetenza per invalidità della clausola compromissoria in modo da consentire la *translatio iudicii* con consequenziale salvezza degli effetti processuali e sostanziali dell'atto di nomina notificato in violazione dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003.

---

13. Sul punto v. RUFFINI, AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2010, 282.

#### **4. Applicabilità della normativa speciale anche all'arbitrato irrituale?**

Ampio dibattito continuano ad avere le questioni che riguardano i rapporti tra arbitrato irrituale e la normativa speciale, alcune delle quali sembrano risolte ma altre, danno ancora origine a divergenti interpretazioni.

Superati i dubbi sull'ammissibilità della clausola statutaria societaria per arbitrato irrituale, una prima questione che, ormai, sembra acclarata e non più suscettibile di orientamenti contrastanti riguarda, al pari di quanto accaduto in tema di arbitrato rituale, l'applicabilità del disposto di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 anche alle clausole compromissorie per arbitrato irrituale che non contengono la previsione di nomina degli arbitri ad opera di un soggetto terzo estraneo alle parti, in conseguenza della quale un orientamento giurisprudenziale ne affermava la validità mentre altra la nullità.

Nello specifico una prima ipotesi giurisprudenziale avvalorata da una isolata pronuncia del Giudice di legittimità, in caso di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, affermava la possibile coesistenza del c.d. doppio binario mentre una successiva pronuncia, a distanza di qualche mese, affermava il necessario assoggettamento della clausola all'intero disposto dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003. Più propriamente, la prima sentenza ammetteva la nullità della clausola, per mancato affidamento della nomina degli arbitri al terzo estraneo solo in caso di arbitrato rituale sul rilievo della natura di determinazione contrattuale, mentre la seconda riteneva sempre sussistere la nullità della clausola, a prescindere dalla tipologia di arbitrato scelto se rituale o irrituale. A ben vedere la scarna motivazione, esposta nella prima pronuncia<sup>14</sup>, fondava il proprio convincimento sul fatto che, essendo l'arbitrato irrituale menzionato solo nell'art. 35 del D.Lgs. n. 5/2003 ove si prevede la facoltà per gli arbitri del procedimento amichevole di emanare misure cautelari<sup>15</sup>, tutto il resto della disciplina era unicamente applicabile all'arbitrato rituale<sup>16</sup>. Al contrario il successivo orientamento ha sancito l'applicabilità, anche alle clausole di arbitrato irrituale, del disposto dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 negando la tesi del c.d. doppio binario di possibile conversione da arbitrato endosocietario in arbitrato di diritto comune ed affermando la necessità di garantire il principio

---

14. V. Cass. civ. 4 giugno 2010, n. 13664; nella giurisprudenza di merito nello stesso senso App. Napoli 27 novembre 2011; Trib. Biella 28 febbraio 2005. In senso contrario Cass. civ., 28 ottobre 2015, n. 22008; Cass. civ. 9 dicembre 2010, n. 24867.

15. Sul tema v. E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 537.

16. In questo senso v. una datata pronuncia del Trib. Biella 28 febbraio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 500 con nota di CERRATO secondo cui l'arbitrato societario non riguardava l'arbitrato irrituale se non per il contenuto dell'art. 35, comma 5 D.Lgs. n. 5/2003.

di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione<sup>17</sup>.

Ad avvalorare tale ultimo orientamento sono intervenute ulteriori pronunce giurisprudenziali che hanno sancito, anche ad arbitrato irrituale pendente, la necessaria rilevanza d'ufficio della nullità della clausola anche se il procedimento fosse iniziato prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, non ritenendosi applicabile il disposto della disciplina transitoria di cui all'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003<sup>18</sup>, con la conseguenza che tutta l'attività arbitrale fino a quel momento svolta ne verrebbe travolta.

Infatti è stato precisato che l'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003 rende inapplicabile la nuova normativa ai processi pendenti ma, in caso di arbitrato irrituale, trattandosi del compimento di una attività negoziale la stessa viene inficiata da nullità per contrarietà ad una normativa sopravvenuta<sup>19</sup>. Il fondamento a tale opinione si rinviene nel principio dello "ius superveniens" per il quale, laddove nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisce la nullità del contratto o di una clausola dello stesso, la nullità va senz'altro dichiarata non essendo consentita la produzione di ulteriori effetti<sup>20</sup>.

Confermata l'applicabilità del disposto, di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003, anche alle clausole statutarie che riguardano l'arbitrato irrituale, l'ulteriore dibattito inerente l'operatività dell'intera normativa speciale all'arbitrato irrituale non ha ancora trovato una soluzione unitaria in dottrina e giurisprudenza.

In effetti il legislatore, con il D.Lgs. n. 5/2003, ha inteso creare un modello di arbitrato che, da un lato prevedendo norme procedurali inderogabili (la nomina degli arbitri ad opera del terzo) ha voluto limitare l'autonomia contrattuale delle parti, e, dall'altro disponendo la vincolatività del lodo nei confronti della società, anche in mancanza di una partecipazione della stessa al procedimento, rendesse il lodo opponibile ai terzi a differenza di quanto avviene nell'arbitrato comune. Da tale corollario ne discende che il restringimento all'autonomia delle parti, sia a seguito della deroga alla relatività degli effetti del lodo che al limite della volontà delle parti di poter disciplinare in autonomia il procedimento arbitrale, apparirebbe oltremodo eccessivo ove si volesse negare anche la facoltà di indicare l'arbitrato irrituale quale modalità di risoluzione delle controversie societarie<sup>21</sup>.

---

17. In tal modo si è espressa Cass., civ., 28 ottobre 2015, n. 22008; id. 28 luglio 2015, n. 15841; id. 17 febbraio 2014, n. 3665.

18. V. Cass. civ., 9 ottobre 2017, n. 23550; id., 28 luglio 2015, n. 15841; id. 17 febbraio 2014, n. 3665. *Contra* nella giurisprudenza di merito App. Trieste 17 agosto 2011; App. L'Aquila, 15 luglio 2011.

19. In questo senso Cass. civ., 9 ottobre 2017, n. 23550.

20. Tale principio viene ribadito da Cass. civ., 9 ottobre 2017, n. 23550.

21. Così testualmente App. Milano 2 febbraio 2017. La Corte meneghina viene anche

Gli ulteriori argomenti che militerebbero a favore dell'applicabilità della disciplina speciale all'arbitrato irrituale si possono rinvenire anche nel dettato degli articoli 35 e 36 D.Lgs. n. 5/2003<sup>22</sup>.

In particolare l'articolo 35 citato, al comma 5, prevede espressamente la facoltà degli arbitri di poter emettere provvedimenti di natura cautelare anche nel caso di arbitrato non rituale dal che se ne deduce che il legislatore non ha inteso escludere anche tale tipologia di arbitrato dalla disciplina speciale<sup>23</sup>.

Una ulteriore motivazione a favore della tesi positiva, si rinviene anche nel disposto dell'art. 36 D.Lgs. n. 5/2003 atteso che, con una lettura a contrario, nel non ammettere la decisione secondo equità laddove la controversia abbia ad oggetto materie non compromettibili, la norma lascerebbe intendere che la clausola statutaria possa autorizzare anche l'arbitrato libero.

A questo punto, però, non può non rilevarsi come, secondo alcuni autori, proprio il dettato degli stessi articoli 35 e 36 citati fornirebbero una lettura contraria secondo cui la normativa speciale escluderebbe l'applicabilità anche all'arbitrato irrituale<sup>24</sup>.

---

a precisare che, in merito al dibattito dottrinale circa la natura dell'arbitrato societario ed alla portata inderogabile o meno delle disposizioni del D.Lgs. n. 5 del 2003, né la tesi del doppio binario (in base alla quale l'arbitrato societario, così come disciplinato nel Decreto, sarebbe l'unica possibilità in caso di controversie in materia societaria) né la tesi contraria (ossia quella a favore di un'alternatività tra il modello delineato nel decreto legislativo e quello di diritto comune, demandando la scelta alla valutazione discrezionale delle parti) forniscono argomentazioni da cui si possa ragionevolmente desumere l'inammissibilità dell'arbitrato irrituale in ambito societario atteso che, quest'ultimo, altro non è che un'alternativa all'arbitrato rituale indipendentemente dal fatto che sia quello previsto nel Decreto o quello di diritto comune.

22. Favorevoli all'operatività della normativa speciale anche all'arbitrato irrituale SALVANESCHI, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 779 secondo cui non vi è alcuna norma che impedisca l'operatività dell'arbitrato societario anche all'arbitrato libero; BOVE, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 99. Secondo PAGNI, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in *Società*, 2011, 456 il legislatore societario ha certamente tenuto in mente l'arbitrato irrituale ma la concreta operatività sarebbe ostacolata quantomeno dalla circostanza che detta tipologia di arbitrato è esclusa per l'impugnativa delle delibere assembleari non essendo impugnabile il lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c.

23. Tra le ipotesi interpretative dell'art. 35, comma 5 D.Lgs. n. 5/2003 PAGNI, *Arbitrato societario*, cit., 458 evidenzia una duplice soluzione: quella secondo cui, nella normativa speciale, vi sarebbe uno spazio per l'applicazione all'arbitrato irrituale degli artt. 34 ss. ed una seconda per cui il mero e solo richiamo al detto comma lascerebbe intendere che, in assenza di apposita previsione, l'arbitrato libero debba seguire le norme del codice di rito.

24. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, 55; BIAVATI, in *Riv. Arb.*, 2003, 27 ss. il quale nega in radice la possibilità di un arbitrato irrituale da statuto residuando tale ipotesi solo in caso di compromesso o clausola non statutaria. In giurisprudenza App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 335 secondo cui la nuova disciplina dell'arbitrato contenuta negli artt. 34, 35, 36 D.Lgs. n. 5/2003 non si applica all'arbitrato irrituale.

Nello specifico, parte della dottrina ha rilevato come la disciplina speciale avesse il fine di “giurisdizionalizzare” l’arbitrato<sup>25</sup> avvicinando sempre più l’arbitrato rituale al giudizio ordinario così di fatto escludendo ogni riferimento all’arbitrato irrituale. Deporrebbero in tal senso il contenuto dell’art. 35, fatta eccezione per il quinto comma, che sembrerebbe dettare una disciplina esclusiva per l’arbitrato rituale (vedasi quanto previsto in ordine all’impugnabilità del lodo ai comma 3 e 5 bis) ma anche l’art. 36 rubricato “Decisione secondo diritto” il cui disposto è integralmente dedicato al lodo ed alla sua impugnazione, escludendo ovviamente il lodo irrituale che, come noto, non è impugnabile seguendo le norme dell’arbitrato. Ed allora, secondo tale opinione, il riferimento all’arbitrato irrituale, di cui al comma quinto dell’art. 35, sarebbe frutto di un legislatore ambiguo che, per un verso, scrive delle norme tendenti ad avvicinare l’arbitrato al processo giurisdizionale e, dall’altro, non riuscendo a liberarsi dalle maglie dell’influenza della c.d. teoria unitaria che privilegia la natura negoziale (e non giurisdizionale) dell’arbitrato non compie una distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale. Alla data odierna, però, deve sottolinearsi come il dogma dell’unitarietà delle due tipologie di arbitrato sembra essere ormai superato anche a seguito della disciplina di riforma dell’arbitrato, intervenuta con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, ove il tipo rituale è stato a tutti gli effetti giurisdizionalizzato tanto che il lodo, ai sensi dell’art. 824 bis c.p.c., esplica gli stessi effetti della sentenza resa dall’autorità giudiziaria mentre, all’arbitrato irrituale, è stata dedicata una apposita disciplina ai sensi dell’art. 808 ter c.p.c.

Alla luce delle suddette modifiche introdotte nel codice di rito sarebbe stato opportuno procedere anche a revisionare le norme sull’arbitrato societario in modo da poter definitivamente risolvere i dubbi interpretativi sopra sollevati. Ed allora, deve concludersi che, in mancanza di un intervento legislativo chiarificatore della accertata ammissibilità della clausola statutaria che contempla l’arbitrato irrituale e del fatto che il legislatore societario non abbia casualmente inserito nella disciplina i riferimenti all’arbitrato irrituale, possano essere applicati all’arbitrato libero le disposizioni di cui al decreto legisla-

---

25. Con riguardo alla negazione dell’attività giurisdizionale degli arbitri anche in caso di arbitrato rituale v. Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 254, in *Riv. Arb.*, 2000, con nota di FAZZALARI, in *Corriere Giur.*, 2001, 51, con note di RUFFINI e di MARINELLI, in *Giur. It.*, 2001, 1107, con nota di CANALE, in *Foro It.*, 2001, I, 839, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 761, con nota MONTELEONE. In particolare si negava la questione di competenza nel rapporto tra giudice ordinario ed arbitri, affermando si trattasse di questione inerente la validità della clausola compromissoria o del compromesso. Nel sistema attuale è ormai consolidato il principio di giurisdizionalizzazione dell’arbitrato rituale e, pertanto, la questione di competenza tra autorità statale ed arbitri può essere decisa con regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c.: in tal senso v. Cass. civ., 28 ottobre 2015, n. 22008.

tivo n. 5/2003 che siano espressione di principi generali dettati per entrambe le tipologie di arbitrato e compatibili con la natura negoziale del lodo irrituale<sup>26</sup>.

### **5. Arbitrabilità delle impugnative delle delibere assembleari. Limiti?**

L'impugnazione delle delibere assembleari continua a rappresentare indubbiamente un ambito paradigmatico della discussione in tema di arbitrabilità delle liti endosocietarie.

Al riguardo, è opportuno individuare le controversie compromettibili in ambito societario, circoscrivendo l'ambito di applicazione della clausola arbitrale alla luce di quanto disposto dagli artt. 34, 35 e 36 del d.lgs. n. 5 del 2003.

Il primo comma dell'art. 34 consente alle società la devoluzione in arbitrato delle controversie tra soci e tra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Alla portata generale di detta previsione, si aggiungono gli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, i quali menzionano tra le controversie arbitrabili quelle aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, senza tuttavia distinguere tra diritti disponibili o meno, sollevando dubbi interpretativi sul punto.

Difatti, alla luce del mero dato letterale delle disposizioni sopra richiamate, per un verso si può ritenere che le impugnative di delibere assembleari siano compromettibili in ogni caso, mentre tutte le altre controversie lo siano nei soli casi in cui vertano su diritti disponibili (e non sia necessario l'intervento del P.M., ai sensi dell'art. 34, comma 5), per altro verso, si può sostenere che il generale limite della disponibilità dei diritti valga anche per le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari.<sup>27</sup>

Sul punto, a fronte di una giurisprudenza e dottrina minoritaria a sostegno di una generalizzata compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari<sup>28</sup>, l'opinione dominante nella più recente giurisprudenza aderisce alla seconda ipotesi indicata secondo cui sono compromettibili in arbitrato non tutte le controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari bensì solo quelle ove siano coinvolti diritti disponibili<sup>29</sup>.

---

26. In questo senso anche MURONI - IZZO in *Comm. Breve Dir. arbitrato*, a cura di Beneddelli, Consolo e Radicati Di Brozolo, Padova, 2017, *sub* art. 34.

27. Di questa tesi v. R. DAZZA, *Arbitrato societario - Compromettibilità in arbitrato delle impugnazioni di delibere assembleari*, in *Giur. It.*, n. 4, 1 aprile 2020.

28. Si vedano in proposito: Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, 637 e segg. con nota di SOLDATI, in *Riv. Arb.*, 2006, 297 e segg., benchè resa in una vicenda cui non si applicava *ratione temporis* il D.Lgs. n. 5/2003; Trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Società*, 2010, 1510 e segg., con nota di IZZO, Trib. Como, 29 settembre 2006, in *Società*, 2007, 1277 e segg., con nota di FANTI.

29. Si vedano in proposito: Trib. Milano, Sez. spec. imprese, 26 marzo 2019 con nota

Tuttavia la questione della disponibilità dei diritti e, quindi, dell'arbitrabilità delle controversie, è tutt'oggi tormentata dalle diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza.

Al riguardo, è bene rammentare che, a fronte di un'opzione offerta dal legislatore delegante che sembrasse consentire un'estensione dell'arbitrato anche alle materie non disponibili e non transigibili, il legislatore delegato non ne ha profittato per fare chiarezza sul punto, fissando il confine della compromettibilità in arbitrato societario nell'ambito dei "diritti disponibili relativi al rapporto sociale", lasciando all'interprete l'arduo compito di discernere le controversie devolvibili ad arbitri da quelle non devolvibili.<sup>30</sup>

Compito tutt'altro che agevole come dimostrato dalle diverse scelte interpretative imposte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, che ha seguito due percorsi per decodificare il senso della (in)disponibilità della pretesa soggettiva che discende dal rapporto societario.

Un primo orientamento ha ricondotto la compromettibilità della controversia all'oggetto della deliberazione impugnata, riconoscendola o negandola a seconda degli interessi coinvolti nella lite.<sup>31</sup>

In ragione di tale criterio, attraverso l'adozione del canone della titolarità degli interessi coinvolti nel contenuto della delibera impugnata, l'eventuale interferenza di interessi di terzi o della società – quale ente distinto dai soci – determinerebbe l'inammissibilità dell'arbitrato stante l'applicazione di norme inderogabili sottratte alla disponibilità delle parti, come si verifica, ad esempio nel caso delle delibere aventi ad oggetto lo scioglimento della società<sup>32</sup> o l'approvazione del bilanci.<sup>33</sup>

---

di R. DAZZA, *cit.*; Cass., 28 agosto 2015, n. 17283; Cass., 10 giugno 2014, n. 13031; Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671.

30. Si legge, infatti, al comma 3 dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, che "*Il Governo può, altresì, prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge.*"

31. Cfr. Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 26 marzo 2019, *cit.*

32. In questo senso, Trib. Milano, sez. Impresa, n. 2045 del 20.02.2017, il quale ha fatto proprio l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario sostenendo come "*le cause di scioglimento di una società non riguardano solo gli interessi dei soci, di per sé disponibili, ma piuttosto l'interesse al mantenimento in vita della società, riferibile anche ai terzi e pertanto indisponibile e che pertanto le stesse non possono essere decise con un procedimento arbitrale.*"

33. Fra tutte Cass., Sez VI, n. 13031, 10 giugno 2014 la quale ha ritenuto non compromettibile l'impugnazione di delibere sociali di approvazione del bilancio, considerati di interesse generale e non di interesse individuale del socio. Nello stesso senso Trib. Torino 6 settembre

In altri termini, l'indisponibilità del diritto (e quindi la non arbitrabilità della lite) si configura solamente laddove l'impugnazione delle delibere assembleari riguardi censure destinate a ripercuotersi anche al di fuori dell'ambito endosocietario, in quanto relative alla violazione di norme che "trascendono l'interesse del socio". Arbitrabili sarebbero, pertanto, le controversie che incidono sulla posizione individuale e soggettiva del socio; diversamente, non arbitrabili quelle che trascendono l'interesse delle parti nella controversia e riflettono i propri effetti su interessi di terzi o della società.<sup>34</sup>

Di converso, altro orientamento impostosi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2003, non dà rilievo agli interessi coinvolti nella lite, facendo invece leva sul tipo di vizio della deliberazione lamentato,<sup>35</sup> così da riconoscere l'arbitrabilità a tutte le controversie implicanti l'annullabilità delle deliberazioni, in quanto sottoposte ad azione prescrivibile e dunque compromettibili ed escludendola per le delibere nulle.

Più precisamente, l'orientamento in esame parte dall'assunto che il dato normativo legittima ad individuare il limite della compromettibilità nell'invalidità della deliberazione per violazione di norme imperative, o in altri vizi integranti la nullità dell'atto ciò da cui deriva, correlativamente, che le azioni dirette a far valere vizi integranti l'annullabilità della delibera devono ritenersi sempre deferibili in arbitri.

Sulla base di questa seconda libera interpretazione, il solo limite all'arbitrabilità della controversia sarebbe da rinvenire nell'impugnazione di delibere nulle, la cui compromettibilità, per tradizione, è sempre stata messa in discussione, tenuto conto che l'art. 1972 c.c. espressamente esclude la validità

---

2020 secondo cui "Non è compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto anche l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio di società, atteso che le norme dirette a garantire i relativi requisiti non solo sono imperative, ma, essendo dettate, oltre che a tutela dell'interesse di ciascun socio ad essere informato dell'andamento della gestione societaria al termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto a conoscere la situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, trascendono l'interesse del singolo ed attengono, pertanto, a diritti indisponibili".

34. Cfr. A. ZOPPINI, *I diritti disponibili relativi a rapporto sociale nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Delle società*, pp.1176 e segg, 2004.

35. Cass. Civ., Sez. II, del 31.10.2018, n. 27736 secondo cui: "Attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex. Art. 806 c.p.c., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabili anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2470 ter c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione, sicché la lite che abbia ad oggetto l'invalidità della delibera assembleare per omessa convocazione del socio, essendo soggetta al regime di sanatoria previsto dall'art. 2379 bis c.c. può essere deferita ad arbitri."

della transazione relativa a contratto illecito.<sup>36</sup>

Gli orientamenti illustrati, tuttavia, continuano a registrare una certa oscillazione giurisprudenziale in materia di arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari che, fortunatamente, non comportano più lo spirare dei termini per impugnare in caso di declinatoria di arbitrabilità, essendo intervenuta nelle more la ormai famosa pronuncia che consente la *traslatio iudicii* tra giudice ed arbitro.

## 6. Conclusioni

Queste brevi note, che non hanno certamente alcuna pretesa di esaustività, confortano purtroppo l'idea di una legislazione complessa, ambigua e, per alcuni versi, di difficile interpretazione e ciò nonostante siano decorsi ormai quasi diciotto anni dall'entrata in vigore.

E' evidente che la proliferazione di riti, "specialità" del legislatore italiano, non fa altro che rendere complessa ed artefatta l'interpretazione delle norme cui consegue inevitabilmente un rincorrersi di pronunce spesso di segno contrastante, lasciando ancor più nell'incertezza gli operatori del diritto e, a tale destino, non è sfuggito ovviamente il rito arbitrale societario. A parere di chi scrive, non lascerebbe grandi rimpianti l'abrogazione del rito speciale le cui controversie potrebbero trovare cittadinanza nella disciplina per l'arbitrato ordinario come riformata dal D.lgs n. 40/2006. Invero, non vi è alcun dubbio che l'ultima riforma del rito arbitrale ordinario ha senz'altro completato e migliorato le precedenti norme del titolo VIII del codice di procedura civile che ben possono applicarsi alle cause societarie: basti pensare alla introduzione degli articoli 808 ter c.p.c. (in tema di arbitrato irrituale), 816 bis ed 816 ter c.p.c. (in tema di svolgimento del processo e fase istruttoria), 816 quater e 816 quinquies c.p.c. (in tema di arbitrato multiparti). Per attagliarsi in maniera perfetta alle controversie societarie, sarebbe sufficiente introdurre, nel rito arbitrale ordinario, la previsione che la clausole compromissorie (o compromessi) societarie debbano affidare la nomina degli arbitri ad opera di un terzo e che l'arbitro sia dotato del potere cautelare di sospendere le delibere assembleari oggetto delle controversie.

In tal modo si avrebbe una disciplina unica per le controversie arbitrali, disciplina che, in alcuni parti, presenterebbe caratteri di specialità applicabili alle controversie societarie ma i cui principi generali avrebbero efficacia per ogni procedimento della giurisdizione privata.

*Guglielmo Flacco*

---

36. Opera tale rilievo Trib. Firenze, 8 settembre 2016 n. 2906, in [www.arbitratoitalia.it](http://www.arbitratoitalia.it).

## **Principio dell'affidamento: la delega di funzione in materia di sicurezza del lavoro e l'attribuzione di potere ex art. 2381 c.c.**

### **Un percorso alternativo attraverso gli strumenti del diritto penale**

*SOMMARIO: 1. Il principio della personalità della responsabilità penale. L'interpretazione della Corte Costituzionale. 1.2. Il principio della personalità della responsabilità penale e il reato commesso da altri: i problemi. In particolare il principio dell'affidamento. Inconfigurabilità a livello generale di una responsabilità per fatto doloso o colposo altrui. 1.3. Le eccezioni al principio di affidamento: la sussistenza di una specifica posizione di garanzia tesa ad evitare il fatto doloso o colposo di un terzo. 1.4. Prima conclusione. 1.4.1. Le eccezioni al principio di affidamento: la sussistenza di una specifica posizione di garanzia tesa ad evitare il fatto doloso o colposo di un terzo. 1.4.1.1. Il problema della posizione di garanzia e il reato doloso o colposo del terzo: il garante a che titolo risponde? 1.5. I casi applicativi: La responsabilità per delega di funzioni. 1.6. Le cose cambiano in presenza di una ripartizione di poteri ex art. 2381 c.c.*

#### **1. Il principio della personalità della responsabilità penale. L'interpretazione della Corte Costituzionale**

Come è noto, l'art. 27 comma 1 Costituzione sancisce il principio secondo cui la responsabilità penale è personale.

Varia è la portata assegnabile al principio in questione.

Secondo una prima interpretazione l'art. citato si limiterebbe a sancire il divieto di responsabilità per fatto altrui. Alla stregua di tale interpretazione minima la responsabilità oggettiva sarebbe perfettamente costituzionale poiché pur sempre ancorata, attraverso il rapporto di causalità materiale, alla condotta dello stesso soggetto destinatario della sanzione penale. Le obiezioni di incostituzionalità, invece, prendono corpo se l'art. 27 comma 1° Costituzione lo si interpreta come responsabilità per fatto proprio colpevole. Se per fondare la colpevolezza è necessario almeno la presenza di una condotta contraria al dovere di diligenza (colpa), di colpevolezza non può certo parlarsi nel caso di responsabilità oggettiva basata sul mero nesso di causalità materiale. Proprio dalla ritenuta costituzionalizzazione del *nullum crimen sine culpa* deriva, dunque, una insanabile contraddizione tra il modello costituzionale di responsabilità penale e le vigenti norme che continuano a prevedere ipotesi di

responsabilità oggettiva. A tali conclusioni, poi, e come già visto, può giungersi argomentando anche sulla base del 3° comma dell'art. 27 Costituzione. La stessa funzione rieducativa della pena, postula che il fatto addebitato sia psichicamente riportabile, almeno nella forma di colpa, al soggetto da rieducare: altrimenti, in assenza di un legame psichico, nessun rimprovero potrebbe essere mosso all'agente e, pertanto, non avrebbe alcun senso infliggere una pena rieducativa per un fatto che non può costituire oggetto di disapprovazione. Come già visto, la tesi dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, argomentando proprio in base al collegamento sistematico tra 1° e 3° comma dell'art. 27 Costituzione è stato recepito dalle sentenze 364/88 e 1085/88 assolutamente note ad ogni operatore del diritto. In quest'ultima sentenza la Corte Costituzionale ha affermato che *“perché l'art. 27 comma 1° sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano cioè investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti gli elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati”*

Dunque perché un soggetto risponda del fatto tipico, è necessario quanto meno una condotta colposa.

### **1.2. Il principio della personalità della responsabilità penale e il reato commesso da altri: i problemi. In particolare il principio dell'affidamento. Inconfigurabilità a livello generale di una responsabilità per fatto doloso o colposo altrui.**

A questo punto occorre chiedersi: derivano anche obblighi a contenuto cautelare relativi alle condotte illecite di terze persone? Per rispondere all'interrogativo occorre in primis distinguere a seconda che la regola, che si assume violata sia scritta o desumibile dagli usi sociali. Nel primo caso, si tratterà di accertare in via interpretativa se nello scopo perseguito dalla disposizione scritta rientri anche l'impedimento di eventi cagionati dall'azione di terze persone. Si potrà, ad es., rispondere in senso affermativo nel caso di un ordine di servizio che obblighi l'agente di polizia a perquisire tutti coloro che si avvicinano all'uomo politico, con la conseguenza che se la perquisizione non viene fatta, o venga fatta male e il politico subisca l'aggressione, potrà incombere sul poliziotto una responsabilità per omicidio o lesioni colpose.

Più complesso il discorso con riferimento alla violazione di regole di diligenza c.d. generiche; il problema è più complesso e richiede un'ulteriore distinzione, a seconda che il fatto del terzo dia luogo ad una forma di responsa-

bilità colposa o dolosa. Nel primo caso (colpa) la semplice circostanza di prevedere o poter prevedere che una condotta agevoli il comportamento colposo di un'altra persona non è ancora sufficiente a farci incorrere in responsabilità. Proprio la diligenza della condotta che deve ispirarsi all'agente modello, suscita un'aspettativa sociale che va sotto il nome di principio dell'affidamento: ogni consociato, cioè, può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione. Cosicché, proprio invocando il principio dell'affidamento, il soggetto titolare di un obbligo di diligenza può andare esente da responsabilità quando l'evento possa ricondursi alla condotta di altri, concorrente con la propria a titolo causale o normativo, sulla correttezza del cui operato il primo abbia fatto legittimo affidamento. Tale principio è specifico corollario, sul piano tecnico, del principio di solidarietà. L'ipotesi tipica in cui può trovare applicazione è quella della responsabilità professionale del medico, specialmente nel caso di interventi in équipe, laddove la divisione delle responsabilità, proprio in ragione del richiamato principio, è dovuta alla necessità di consentire che ciascuno si concentri sul proprio lavoro, confidando sulla professionalità degli altri, della cui condotta colposa, poi, non può essere chiamato di norma a rispondere.

### **1.3. Le eccezioni al principio di affidamento: la sussistenza di una specifica posizione di garanzia tesa ad evitare il fatto doloso o colposo di un terzo.**

Il principio fin qui enunciato però subisce delle eccezioni.

Infatti:

a) la possibilità di fare affidamento nel comportamento diligente di un terzo viene meno, innanzitutto, nei casi in cui particolari circostanze lascino presumere che il terzo medesimo non sia in grado di soddisfare le aspettative dei consociati: per es., tizio chiede in prestito a caio una macchina e caio sa che tizio non ha la patente. Qui caio non potrà certo invocare a propria discolta il principio dell'affidamento;

b) la seconda eccezione si riferisce alle ipotesi nelle quali l'obbligo di diligenza si innesta in una posizione di garanzia nei confronti di un terzo: si pensi al medico che ha l'obbligo di impedire che il pazzo o il demente a lui affidato compia azioni pericolose;

c) l'affidamento non è invocabile allorché l'altrui condotta imprudente, ossia il non rispetto da parte di altri delle regole precauzionali imposte, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale proprio da parte di chi invoca il principio: ossia allorché l'altrui condotta imprudente abbia la sua causa pro-

prio nel non rispetto delle norme di prudenza, o specifiche o comuni, da parte di chi vorrebbe che quel principio operasse. In altri termini, se al titolare della posizione di garanzia che faccia affidamento sulla correttezza dell'agire di altri non sia addebitabile alcuna colpa, l'evento dannoso verificatosi non potrà mai essergli ascritto, risultando riconducibile in toto alla condotta altrui; in proposito, anzi, non si potrebbe neppure parlare di un'interruzione del nesso di causalità (ex articolo 41, comma 2, del c.p.), giacché l'evento non sarebbe *ab imis* riconducibile, in modo giuridicamente significativo, alla condotta di chi risulti esente da censure comportamentali. Per converso, non potrà invocarsi legittimamente l'affidamento nel comportamento altrui quando colui che si affida sia (già) in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio all'omissione. In questo caso, infatti, laddove, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto o potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento. La tematica in esame si è posta all'attenzione nel settore della circolazione stradale, dove è particolarmente avvertita l'esigenza che il conducente preveda la negligenza altrui o la neutralizzi, attraverso le cd. manovre di emergenza.

Al riguardo possono configurarsi due ipotesi:

1. se il conducente rispetta le regole di prudenza e si trova in situazione di dover effettuare una manovra di emergenza per evitare la collisione con altro veicolo che quelle regole abbia invece violato, non risponderà dell'eventuale colpa nell'esecuzione della manovra;

2. se il conducente viola le regole di prudenza e si trova in situazione di dover effettuare una manovra di emergenza per evitare la collisione con altro veicolo che quelle regole abbia invece violato, risponderà dell'eventuale colpa nell'esecuzione della manovra, poiché la stessa è diretta innanzitutto a porre rimedio ad una propria negligenza, senza che possa invocarsi, per la ragioni già indicate, l'affidamento sulla diligenza altrui.

Nel settore della circolazione stradale è diffuso il fenomeno del concorso di cause indipendenti.

Innanzitutto può verificarsi un concorso tra il conducente e la persona offesa (terzo trasportato o utente della strada). Qualora l'evento lesivo si verifichi a causa di una condotta del terzo posta in essere quale diretta conseguenza della colpa del conducente, costui sarà ritenuto responsabile in applicazione dell'art. 41, comma 1, c.p. atteso che la colpa concomitante dell'offeso non

si pone come causa sopravvenuta interrutiva del rapporto di derivazione, nè secondo i dettami della causalità umana nè secondo quelli della causalità adeguata. Peraltro il concorso di colpa dell'offeso potrà essere valutato per diminuire la pena del responsabile ex art. 133, n. 3 c.p. Inoltre può verificarsi un concorso tra il conducente ed altro conducente. Il fenomeno è frequente nei casi di tamponamento a catena, dove la responsabilità per l'evento lesivo finale va analizzata rispetto a tutti gli antecedenti causali, onde accertare se quelli anteriori abbiano carattere di efficienza eziologica esclusiva, sì da assorbire l'intera sequenza causale.

Vi sono poi dei casi in cui la posizione di garanzia e, dunque, il contenuto cautelare della condotta del garante ha per oggetto l'impedimento di un comportamento doloso di un terzo. Basti qui ricordare che, nella misura in cui l'azione dolosa è frutto di una libera scelta del soggetto che ne è autore, vale a maggior ragione in questo caso il principio della autoresponsabilità: ciascuno risponde delle proprie azioni deliberate in modo libero e responsabile.

Il principio della autoresponsabilità, di regola vigente rispetto alle azioni dolose dei terzi, non è però illimitato, ma patisce qualche eccezione.

Un primo limite si ha nei casi nei quali un soggetto rivesta una posizione di garanzia avente a contenuto la difesa del bene protetto rispetto anche alle aggressioni dolose di terzi che intendono minacciarlo: es., la guardia del corpo assunta per proteggere contro possibili aggressioni di terzi.

#### **1.4. Prima conclusione**

Da quanto detto, emerge la possibilità che un soggetto non solo sia garante egli stesso della tutela di determinati beni giuridici ma anche che egli sia garante della non causazione da parte di altri nella realizzazione di reati. Qui infatti l'obbligo di garanzia si traduce sia in obblighi di protezione che in obblighi di controllo da e per fatti illeciti di terzi. È in base a queste premesse che va affrontato il problema della responsabilità colposa nelle attività di equipe; del datore di lavoro che abbia delegato le proprie funzioni di controllo ad un collaboratore (nella specie occorrerà valutare l'ambito di applicabilità della delega, valutare la tipologia di delega e, in particolare, se si tratti di delega di esecuzione e delega di funzione, nonché accertare in che misura la delega non elimini l'obbligo di controllo e dunque la funzione di garanzia del datore di lavoro delegante. Va detto, a titolo, in questa sede puramente di completezza che la problematica della posizione di garanzia e la responsabilità del soggetto garante investe anche altre fattispecie affrontate dalla giurisprudenza quali ad es., i sindaci di una s.p.a.; ovvero gli appartenenti alle forze dell'ordine nei casi di delitti commessi dai delinquenti).

### 1.4.1. Le eccezioni al principio di affidamento: la sussistenza di una specifica posizione di garanzia tesa ad evitare il fatto doloso o colposo di un terzo.

A questo punto occorre analizzare dapprima il contenuto della posizione di garanzia.

Come è noto l'obbligo di garanzia si fonda sull'art. 40 c.p. secondo cui, non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo, laddove si fa riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento. Il fondamento di questa norma è da ricercarsi nei principi solidaristici che impongono (anche in base alle norme contenute negli artt. 2, 32, 41 comma 2° Cost.) una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni - non essendo i titolari di essi in grado di proteggerli adeguatamente - con l'attribuzione a determinati soggetti della qualità di garanti della salvaguardia dell'integrità di questi beni ritenuti di primaria importanza per la persona. Sotto il profilo funzionale, gli obblighi di garanzia si inquadrano tradizionalmente in due categorie:

- a) la posizione di garanzia c.d. di protezione che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano lederne la integrità: tipico caso è la posizione di garanzia dei genitori verso i figli minori ed incapaci;
- b) la posizione di garanzia c.d. di controllo che impone di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto: tipico caso è quello del datore di lavoro in relazione ai pericoli derivanti dallo svolgimento dell'attività lavorativa o dell'ambiente di lavoro.

In dottrina, e qui veniamo alla questione che ci interessa, è stata prospettata anche l'esistenza di una terza categoria costituita dalla posizione di coloro cui è attribuito il compito di impedire azioni criminose di terzi.

Sull'origine della posizione di garanzia vi è contrasto: una teoria afferma che tali obblighi possano derivare solo da una fonte formale (c.d. teoria formale degli obblighi di garanzia), altra fa invece riferimento a criteri sostanzialistici ed altre ancora, qualificabili come miste, combinano le anzidette teorie.

La prima teoria, che sembra accolta dall'art. 40 c.p. laddove parla di obbligo giuridico di impedire l'evento, individua quali fonti dell'obbligo in questione la legge, il contratto, la precedente condotta illecita o pericolosa, la *negotiorum gestio* e la consuetudine.

La giurisprudenza ha più volte detto che la posizione di garanzia può avere una fonte normativa, non necessariamente di diritto pubblico ma anche di diritto privato, anche non scritta e addirittura trarre origine da una situazione di fatto.

#### 1.4.1.1. Il problema della posizione di garanzia e il reato doloso o colposo del terzo: il garante a che titolo risponde?

Come è noto la condotta omissiva impropria nel reato monosoggettivo non pone altre questioni particolari. Si è sopra detto che in dottrina è stata prospettata anche l'esistenza di una terza categoria di posizione di garanzia riferita a coloro cui è attribuito il compito di impedire azioni criminose di terzi. Tale precisazione apre una serie di ulteriori questioni problematiche. In caso di delitto colposo del terzo, il garante risponderà ai sensi dell'art. 113 ovvero, e se si a quali condizioni, ai sensi dell'art. 41 comma 3 c.p.? La questione ora esposta attiene alla nota distinzione tra cooperazione colposa e concorso colposo di cause indipendenti. Inoltre, in caso di delitto commissivo doloso del terzo il garante risponderà, se in colpa (per l'ipotesi in cui sia in dolo, *nulla quaestio* trovando applicazione l'art. 110 c.p.) ai sensi solo dell'art. 41 comma 3 c.p. ovvero è possibile ipotizzare una sua responsabilità a titolo di concorso omissivo colposo in delitto doloso altrui. È noto che quest'ultima problematica attiene all'interpretazione dell'art. 113 c.p.

Costituisce *communis opinio* che i requisiti strutturali del concorso di persone nel reato sono: pluralità di agenti; realizzazione della fattispecie obiettiva di reato; contributo di ciascun concorrente alla realizzazione del reato comune; l'elemento psicologico. Con riferimento all'elemento psicologico, ed avuto riguardo al concorso nel reato doloso ex 110 c.p., si osserva in linea generale che la figura non presuppone il previo concerto tra i partecipanti. Infatti, ai fini della configurazione della fattispecie plurisoggettiva eventuale, non è necessario né un accordo cronologicamente antecedente rispetto alla esecuzione del reato, né la concorde azione dei vari partecipanti<sup>37</sup>. Essendo sufficiente la semplice adesione della volontà di uno dei correi che si esplica nel caldeggiare e rafforzare l'altrui proposito delittuoso. Inoltre, secondo la giurisprudenza prevalente, non è richiesta la reciproca consapevolezza, tra i partecipanti, dei rispettivi contributi. Il legislatore poi ha previsto all'art. 113 c.p. che “*quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso*”. Con tale norma il legislatore ha voluto superare i dibattiti dottrinali sorti durante la vigenza del codice penale Zanardelli, sulla configurabilità o meno del concorso di persone in relazione ai reati colposi. L'obiezione era la seguente: come conciliare il carattere involontario del fatto colposo in cui l'evento lesivo non

---

37. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 136 s. e CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), GATTA-DOLCINI (aggiornato da), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, 2015, p. 1808 e p. 1819 s.; LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 623.

è voluto dall'agente ed il concorso di persone, imprescindibilmente fondato sul previo concerto? Con tale articolo il legislatore appresta una apposita disciplina per i casi di concorso colposo ad un altrui fatto, esso pure colposo, con effetto *tranchant* su ogni residua perplessità circa l'ammissibilità dell'istituto.

Ciò posto, occorre analizzare la differenza con il concorso di cause sopravvenute ex art. 41, comma 3, c.p. Secondo l'orientamento dogmatico affermatosi nella dottrina tradizionale il discrimine tra cooperazione colposa e concorso di cause autonome viene segnato dall'esistenza o no di un legame psicologico tra i diversi agenti: così si avrebbe, ad esempio, una cooperazione colposa nell'ipotesi del proprietario di una macchina che istighi il conducente a tenere una velocità alta e ne consegua un investimento; mentre si avrebbe un concorso di fattori colposi indipendenti, ad esempio, nel caso di due automobilisti i quali, l'uno all'insaputa dell'altro, concorrono a provocare uno stesso incidente. All'interno del medesimo orientamento si segnala però una differenza di posizioni. Secondo alcuni autori, è sufficiente che questo legame psicologico consista nella consapevolezza di collaborare con la propria condotta all'azione materiale altrui, beninteso in assenza di volontà di cagionare l'evento lesivo.

Secondo altri, è invece necessaria l'ulteriore consapevolezza del carattere colposo della condotta altrui.

Va comunque chiarito che nel caso della cooperazione colposa si avrà un unico reato; al contrario in presenza di un concorso di cause autonome, pur essendo unico l'evento, si avranno più ipotesi di reato soggettivamente distinte.

La giurisprudenza sulla differenza sostiene che nell'ipotesi dell'art. 113 c.p. si verifica un unico reato con una pluralità di agenti; nel concorso di cause si realizza una pluralità di reati nonostante l'unità dell'evento. Con riferimento alla sfera psichica, la giurisprudenza sottolinea che nella cooperazione colposa l'agente ha la consapevolezza di contribuire con la propria condotta, sommata a quella altrui, alla realizzazione dell'evento non voluto; nel concorso di cause invece, l'evento è cagionato da una mera coincidenza fortuita, di azioni non collegate da alcun vincolo morale.

L'elemento che distingue la cooperazione rispetto al mero concorso di cause indipendenti può pertanto essere individuato nel collegamento o meno delle volontà dei soggetti agenti:

- nella cooperazione le volontà devono tutte confluire consapevolmente in un'unica condotta (che ne costituisca la risultante), dalla quale deriva l'evento non voluto;
- in presenza del mero concorso di cause indipendenti, al contrario, l'evento consegue a una mera coincidenza di azioni o omissioni, non collegate da alcun vincolo soggettivo.

Un caso applicativo tipico dell'art. 113 c.p. si ravvisa nelle gare di velocità non autorizzate ove, ai fini della sussistenza della fattispecie di cui a detta norma, la decisione di gareggiare assumerà rilevanza anche se presa estemporaneamente, in strada, da persone che prima non si conoscevano e abbiano all'improvviso deciso di sfidarsi.

Ma cosa accade laddove un soggetto colposamente cooperi in un delitto doloso altrui? Altrimenti detto: è ammissibile estendere l'art. 113 c.p. alle ipotesi di concorso colposo in delitto doloso?

La dottrina penalistica è tradizionalmente scettica circa tale possibilità<sup>38</sup>. Infatti, si dice, già il tenore letterale dell'art. 110 c.p. "quando più persone concorrono nel medesimo reato..." dimostrerebbe invero che il legislatore ha optato per la concezione monistica del reato plurisoggettivo, nel quale una pluralità di contributi tipici ed atipici (rispetto alla fattispecie monosoggettiva), materiali e morali, confluisce nella commissione di un unico reato.

Dal tratto unitario del concorso, emergerebbe la necessità, riconosciuta fino a pochi anni fa, che i vari soggetti coinvolti rispondano allo stesso titolo.

Inoltre, il legislatore ha già previsto altre ipotesi in cui i concorrenti rispondono a diverso titolo, come dimostrerebbero gli artt. 116 e 117 c.p., di guisa che, se avesse voluto prevedere un concorso colposo in delitto doloso, lo avrebbe disciplinato con apposita norma.

Anche se tale ultima obiezione può essere considerata debole, è dall'esame delle norme sul concorso che emergerebbe l'impossibilità di configurare un concorso colposo in delitto doloso. L'art. 113 c.p., parla infatti di cooperazione nel delitto colposo e non già di cooperazione colposa nel delitto. Tale precisazione fa emergere la volontà del legislatore circa l'inammissibilità della figura che si discorre. Nello stesso senso si è espressa la Suprema Corte metà anni 90 affermando che "il dettato normativo del 113 costituisce un ostacolo insormontabile alla configurazione del concorso colposo in delitto doloso".

Ulteriore argomento a favore della tesi negativa, è l'art. 42 comma 2 c.p. che dice che la colpa si applica solo nei casi *ex lege* previsti.

---

38. In questo senso G. BETTIOL, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Palermo 1962, p. 574 s. L'Autore riporta l'esempio di Tizio che determina Caio a condurre la propria automobile superando i limiti consentiti nei pressi di una svolta pericolosa, sperando che così venga travolta e rimanga uccisa una persona da lui odiata, la quale procede su una bicicletta: se in concreto l'evento morte si verificasse, Tizio risponderebbe di omicidio doloso, ma a Caio si addebiterebbe l'omicidio colposo. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, a cura di L. CONTI, Milano 1980, p. 495, ove si afferma che la non coincidenza della volontà degli agenti esclude la configurabilità di una compartecipazione, tanto più che nella fattispecie non si ha un medesimo reato, ma due reati diversi: uno doloso e l'altro colposo; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in Arch. Pen., fasc. 1, Roma 1983, p. 90; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in Riv. Dir. Proc. Pen. 1980, p. 83.

Si dice poi che non bisogna dimenticare che il legislatore, laddove ha voluto riconoscere la possibilità che più soggetti rispondano del medesimo reato a titolo diverso lo ha detto chiaramente. Si veda ad es., le ipotesi tipizzate di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso (art. 295 c.p.). Si conclude allora nel senso che non è configurabile un istituto di carattere generale in materia.

A queste considerazioni di ordine normativo si aggiungono altre considerazioni di ordine generale.

Gli studi condotti più recentemente sono accomunati da un cospicuo ridimensionamento del dogma dell'unitarietà del reato concorsuale, e si incentrano sull'affermazione secondo cui l'espressione "concorso nel medesimo reato" dovrebbe essere reinterpretata: il concorso non riguarderebbe il medesimo reato, ma esclusivamente il «medesimo accadimento materiale rilevante ai fini della lesione o messa in pericolo di un certo bene oggetto di tutela penale»<sup>39</sup>.

Del resto, la disciplina concorsuale conterrebbe indicazioni significative e univocamente idonee a scongiurare ogni dubbio in ordine alla soluzione positiva della questione in esame<sup>40</sup>.

Siffatte indicazioni - secondo quanto sostenuto più recentemente - depongono nel senso di escludere che l'unitarietà della responsabilità dei concorrenti incida in qualche misura sulla punibilità, sul titolo del reato, sull'elemento soggettivo. Si osserva che la moderna teoria sulla colpa si caratterizza come è noto sul dovere di diligenza che incombe su ciascun consociato, diligenza che obbliga i singoli soggetti a tenere una certa condotta al fine di evitare la messa in pericolo di determinati beni. Ne discende che la semplice circostanza di prevedere o poter prevedere che una nostra condotta agevoli il comportamento colposo di un'altra persona non è ancora sufficiente a farci incorrere in responsabilità.

È proprio la diligenza della condotta<sup>41</sup> dunque che deve ispirarsi all'agente modello, a suscitare un'aspettativa sociale che va sotto il nome di principio dell'affidamento: ogni consociato, cioè, può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione.

39. Così F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 202.

40. P. SEVERINO Di BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, 224, ove si censura la fermezza con la quale la dottrina che nega la configurabilità di un concorso a diverso titolo soggettivo dà aprioristicamente per dimostrati i contenuti della ricostruzione unitaria, i quali, diversamente, dovrebbero essere sottoposti a un vaglio più analitico. La sussistenza di chiari indici normativi in contrasto con l'interpretazione restrittiva è stata evidenziata da più parti: tra gli altri, T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 101 ss.

41. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1996, p. 536.

Questo principio, tuttavia, subisce delle eccezioni:

1. la possibilità di fare affidamento nel comportamento diligente di un terzo, viene meno, innanzitutto, nei casi in cui particolari circostanze lascino presumere che il terzo medesimo non sia in grado di soddisfare le aspettative dei consociati: per es., Tizio chiede in prestito a Caio una macchina e Caio sa che Tizio non ha la patente. Qui Caio non potrà certo invocare a propria discolta il principio dell'affidamento;
2. la seconda eccezione si riferisce alle ipotesi nelle quali l'obbligo di diligenza si innesta in una posizione di garanzia nei confronti di un terzo: si pensi al medico che ha l'obbligo di impedire che il pazzo o il demente a lui affidato compia azioni pericolose.

Vi sono poi dei casi in cui la posizione di garanzia e, dunque, il contenuto cautelare della condotta del garante ha per oggetto l'impedimento di un comportamento doloso di un terzo. Basti qui ricordare che, nella misura in cui l'azione dolosa è frutto di una libera scelta del soggetto che ne è autore, vale a maggior ragione in questo caso il principio della autoresponsabilità: ciascuno risponde delle proprie azioni deliberate in modo libero e responsabile.

Il principio della autoresponsabilità, di regola vigente rispetto alle azioni dolose dei terzi, non è però illimitato, ma patisce qualche eccezione.

Un primo limite si ha nei casi nei quali un soggetto rivesta una posizione di garanzia avente a contenuto la difesa del bene protetto rispetto anche alle aggressioni dolose di terzi che intendono minacciarlo: ad esempio, la guardia del corpo assunta per proteggere contro possibili aggressioni di terzi.

Queste considerazioni evidenziano:

- 1) che è sicuramente vero che ciascuno risponde delle proprie condotte personali;
- 2) che nel delitto colposo la diligenza della condotta riguarda solo la propria persona;
- 3) che in ragione di ciò vi è un affidamento che ciascuno rispetti le regole di condotta;
- 4) ma è anche vero che tale affidamento subisce a volte delle eccezioni come nel caso in cui un soggetto sappia che tizio è un pazzo che vuole uccidere la moglie e gli consegna per negligenza e non perché voglia dolosamente partecipare al delitto la pistola (limite dell'affidamento);
- 5) inoltre vi sono dei casi in cui è la stessa posizione di garanzia a fondare un obbligo di impedire i fatti dolosi di terzi (ipotesi sul contenuto della garanzia).

Utile è al riguardo una pronuncia della Cassazione del 2002<sup>42</sup> che ha sostenuto l'ammissibilità del concorso colposo in reato doloso (si trattava del caso di un gestore di un deposito di pneumatici che aveva omesso l'adozione di misure cautelari ed aveva così colposamente contribuito a cagionare un grosso incendio appiccato intenzionalmente da terzi ignoti).

La Cassazione nella specie ha ritenuto che è fallace l'argomentazione della tesi tradizionale per cui il 113 c.p. parla di cooperazione nel delitto colposo e non già di cooperazione colposa nel delitto. Questa norma non sarebbe allora come si dice una norma di sbarramento alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso altrui.

Sarebbe invece una norma di copertura di ogni ipotesi di concorso colposo a reato colposo o doloso, avente la finalità di consentire da un lato la punizione di comportamenti colposi ai sensi dell'art. 42 comma 2 c.p. e, dall'altro, di individuare il tipo di responsabilità e di sanzione applicabile a chi abbia cooperato con colpa.

La cooperazione colposa nel delitto doloso avrebbe in definitiva copertura nel 113 c.p. così interpretato.

A questo punto occorre fare riferimento ai casi di concorso omissivo colposo in delitto doloso.

La dottrina sia quella da ultimo citata che a dir la verità anche la dottrina che nega in linea di massima il concorso colposo in delitto doloso, concordano circa l'ammissibilità del concorso omissivo colposo in delitto doloso.

La prima dottrina come ulteriore prova circa la generale l'ammissibilità dogmatica dell'istituto della cooperazione colposa nel delitto doloso; l'altra come mere ipotesi eccezionali che, in quanto tali, confermerebbero la generale inammissibilità della cooperazione colposa nel delitto doloso.

Le ipotesi riguardano i sindaci, il direttore del giornale, le forze dell'ordine e i proprietari di case. In tali casi, infatti, vi sarebbe una posizione di garanzia il cui contenuto si sostanzia del dovere di impedire i fatti illeciti dei terzi (o del giornalista).

Vi sarebbero poi i casi del datore di lavoro che non solo deve prevenire i danni ai suoi dipendenti (art. 40 c.p.), ma anche il caso in cui deleghi i suoi obblighi; la responsabilità d'equipe e il capo equipe. In tali due casi, ritendendo come ipotesi pacifiche la configurabilità del concorso omissivo doloso in delitto doloso, nonché di omissione colposa in delitto doloso (in quanto si spera che in tali fattispecie un atteggiamento doloso manchi, e se sussistente troverà

---

42. Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, in Cass. pen., 2005, p. 813 ss

applicazione nell'un caso l'art. 110 c.p. e nell'altro l'art. 113 c.p. così come interpretato dalla nuova dottrina e giurisprudenza), la responsabilità potrà essere o di cooperazione colposa in delitto colposo se ricorrono i presupposti sopra citati ovvero vi sarà un art. 41 comma 3 c.p.

### 1.5. I casi applicativi: La responsabilità per delega di funzioni

Nell'ambito degli enti collettivi o delle imprese non sempre è facile individuare il soggetto persona fisica responsabile dei reati commessi nello svolgimento delle attività facenti capo all'ente stesso.

Di solito il reato è attribuito a soggetti posti in posizioni apicali all'interno della organizzazione. Ciò in quanto le fattispecie criminose astratte di solito si presentano come proprie, prevedendo come soggetti passivi figure quali "l'imprenditore", il "datore di lavoro", "l'amministratore".

L'art. 16 del D.Lgs. n. 81/2008 stabilisce che: "*La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa...*", ma il successivo art. 17 prevede che: "*Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività: a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi*".<sup>43</sup>

Al riguardo detto articolo di legge recita: «*Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente Decreto Legislativo si intende per: [...] b) "datore di lavoro": il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione*

---

43. Cfr. AMATO, *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss.; BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2767 ss.; CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, spec. 506 ss.; N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 829-834; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2-2009, 123 ss. A seguito del decreto correttivo n. 106/2009, V. BASENGHI, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in Basenghi-Golzio-Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2a ed., 2009, 194 ss.; R. BRUNELLI, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in Zoppoli-Pascucci-Natullo, *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, 2a ed., 2010, 276 ss.; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1125 ss.; DE SANTIS, *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo" (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2-2010, spec. 127 ss., 132 ss.; NISCO, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 101 ss.; PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581 ss

*nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. [...]*<sup>44</sup>.

44. La sentenza c.d. Thyssen della Corte d'Assise del Tribunale di Torino del 14.11.2011 si sofferma in modo esemplare sul concetto e sulla individuazione della figura del datore di lavoro: occorre «ricordare che, come insegna la Corte di Cassazione (n. 4981, 6.02.2004) la definizione di “datore di lavoro”: “... non è intesa nel senso esclusivamente civilistico e giuslavoristico, e quindi limitata a chi è titolare del rapporto di lavoro, ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva ed è titolare dei poteri decisionali e di spesa ... [in base al] principio di effettività [oggi art. 2 comma 1 del D.Lgs. n. 81/2008]. Con questa modifica non si fa più riferimento ad un dato formale ... ma altresì a dati di natura sostanziale quali la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva purché accompagnati - questo è il punto - dai poteri decisionali e di spesa. Insomma ciò che rileva, al fine di creare la qualità di datore di lavoro, e quindi la posizione di garanzia, sono il potere di decidere e quello di spendere. Chi li possiede è datore di lavoro e quindi titolare della posizione di garanzia ... Ma il principio di effettività non ha mai significato che il soggetto gravato della posizione di garanzia - e che disponeva dei poteri di decidere e di spendere - potesse esonerarsene su base volontaria o contrattuale e lo stesso istituto della delega di funzioni è stato assoggettato ad una rigorosissima serie di vincoli che comunque non hanno mai condotto alla totale esclusione della responsabilità del delegante qualora questi non avesse esercitato appieno i residui poteri di controllo sull'opera del delegato. Insomma il principio di effettività è un metodo, anche conoscitivo, per riportare la responsabilità laddove si trovano i poteri di decidere e di spendere e non un modo per esonerare da responsabilità chi, per scelta propria, di questi poteri disponga ma non li eserciti”. Ancora, per quanto qui rileva, nella stessa sentenza: “Nel caso di una società di capitali originariamente il datore di lavoro (in senso civilistico) va individuato nel consiglio di amministrazione o nell'amministratore unico. Ove, con la nomina di uno o più amministratori delegati, si verifichi il trasferimento di funzioni in capo ad essi, non per questo va interamente escluso un perdurante obbligo di controllo nella gestione degli amministratori delegati”. All'individuazione nel Consiglio di Amministrazione delle società di capitali [del]l'originario datore di lavoro consegue la constatazione di come quest'ultimo si trovi in una “posizione di garanzia” inderogabile, di natura pubblicistica: “proprio in relazione alla natura dei beni tutelati (in particolare la vita e la salute delle persone) ... dal principio di inderogabilità delle funzioni di garanzia ... consegue altresì che il problema della riserva dei poteri di controllo neppure si pone posto che sono proprio i poteri originari correlati alla posizione di datore di lavoro che non possono essere unilateralmente o convenzionalmente rinunziati”. Con la conseguenza che i doveri “residui” di controllo dei membri del Consiglio di Amministrazione derivano dalla inderogabilità della loro “posizione di garanzia” e sono - solo - civilisticamente previsti anche dal 2° comma dell'art. 2392 c.c., nella forma attenuata - ma non eliminata - successiva alla riforma del diritto societario (D.Lgs n. 6/2003). Concetto ribadito, più di recente, dalla stessa Corte Suprema nella sentenza n. 38991/2010: “Questa Corte in plurime sentenze ha già avuto modo di statuire che nelle imprese gestite da società di capitali gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni ed igiene sul lavoro, posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione (Cass. pen., Sez. IV, 6820/07, Mantelli). Infatti, anche di fronte alla presenza di una eventuale delega di gestione conferita ad uno o più amministratori, specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, tale situazione può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori membri del consiglio, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere

Nell'ambito dell'estesa garanzia originariamente gravante sul datore di lavoro, il 'nucleo duro', non intaccabile neppure mediante un atto di delega, è rappresentato proprio dalla programmazione iniziale dell'attività prevenzionistica. Infatti, replicando una scelta compiuta dalla previgente legislazione in materia, l'art. 17 T.U.S. individua gli adempimenti non delegabili da parte del datore di lavoro nei seguenti: a) valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza, e relativo documento scritto avente data certa che, ai sensi dell'art. 28, deve evidenziare, tra l'altro, le risultanze dell'attività valutativa, le misure di prevenzione e di protezione dai rischi individuati e il programma delle misure opportune a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, ed altresì deve "*rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto*"; b) designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP). A ciò può aggiungersi il dovere residuo di vigilanza del delegante, il quale pure sembra rientrare, alla luce del disposto dell'art. 16, comma 3, nel nucleo essenziale ed intangibile della garanzia datoriale.

In ordine agli obblighi non delegabili del datore di lavoro, v'è una considerazione da fare, che trascende lo specifico settore dell'antifortunistica. Lo stesso conferimento della delega è espressione di supremazia gerarchica (cfr. artt. 2082, 2086 e 2104 c.c.) all'interno dell'ente; essa quindi rappresenta un momento di coagulo di poteri di carattere generale che il delegante conserva finché occupi una certa carica apicale. In quest'ottica, egli non può esimersi dall'attivarsi per l'impedimento di fatti illeciti quando sia venuto a conoscenza di inerzie o negligenze del delegato<sup>45</sup>.

---

*trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo in caso di mancato esercizio della delega*». Le Sezioni Unite Penali che si sono pronunciate sul caso Thyssen, dopo la parziale riforma in appello della sentenza appena citata, hanno a loro volta stabilito che: "*Come è noto, il sistema prevenzionistico è tradizionalmente fondato su diverse figure di garanti che incarnano distinte funzioni e diversi livelli di responsabilità organizzativa e gestionale. La prima e fondamentale figura è quella del datore di lavoro. Si tratta del soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione dell'azienda o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. La definizione contenuta nel T.U. è simile a quella espressa nella normativa degli anni 90 ed a quella fatta propria dalla giurisprudenza; e sottolinea il ruolo di dominus di fatto dell'organizzazione ed il concreto esercizio di poteri decisionali e di spesa*" (Cass. Pen., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343, in *Diritto & Giustizia*, 19 settembre 2014, con nota di CAPITANI).

45. In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 1 ottobre 1980, in *Mass. Cass. pen.*, 1982, 364 s. I teorici della rilevanza puramente soggettiva della delega vedono, invece, nella persistente responsabilità del delegante in questi casi, un'ulteriore riprova dell'irrelevanza della delega sotto un profilo 'oggettivo': cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro, Profili generali*, 2a ed., 1983, p. 75. Cfr., da ultimo, la recentissima Cass., sez. IV, 20 febbraio 2020, n. 6567, la quale precisa che, anche in presenza di una delega datoriale riguardante la redazione del DVR,

Il presupposto di qualsivoglia delega di funzioni è costituito dalla trasferibilità di queste ultime, da intendersi in una duplice prospettiva: da un lato, nel senso della necessaria titolarità, in capo al delegante, delle funzioni che egli intende trasferire, dovendosi pertanto escludere la possibilità di delegare una funzione che sia di spettanza del delegante; dall'altro, nel senso della delegabilità delle funzioni, dovendosi tenere conto di eventuali limiti di legge<sup>46</sup>, quali quelli contemplati dall'art. 17 d.lgs. 81/2008, che esclude la possibilità per il datore di lavoro di delegare efficacemente la valutazione dei rischi – sebbene sia stata riconosciuta in sede di legittimità la possibilità di delegare la redazione del relativo documento di valutazione – e la nomina del Responsabile del Servizio Prevenzione e Protezione<sup>47</sup>.

Sul piano formale, l'ammissibilità della delega di funzioni è condizionata alla presenza di un atto scritto, avente data certa e recante accettazione scritta del delegato. Per la verità, l'art. 16, d.lgs. 81/2008, richiama il requisito della certezza della data con riguardo al solo conferimento della delega, senza estenderlo espressamente alla successiva accettazione scritta del delegato. Tuttavia, atteso che la *ratio* della previsione è da rinvenirsi nella esigenza di definire inequivocabilmente il *dies a quo* della traslazione delle funzioni delegate, anche nell'ottica delle eventuali responsabilità in caso di inadempimento, e che detta traslazione ha luogo solo con l'accettazione da parte del delegato, può ritenersi che anche quest'ultima necessiti di ricevere data certa<sup>48</sup>. Quanto

---

resta comunque fermo l'obbligo del Datore di Lavoro di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, così come di informare i lavoratori circa i rischi connessi alle lavorazioni in esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente e adeguata.

46. Il requisito della «delegabilità» delle funzioni è, peraltro, espressamente sancito dall'art. 16, comma 1, d.lgs. 81/2008, nella parte in cui precisa che la delega di funzioni è ammessa «*ove non espressamente esclusa*».

47. L'art. 17 T.U.S. individua gli adempimenti non delegabili da parte del datore di lavoro: a) nella valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza, e relativo documento scritto avente data certa che, ai sensi dell'art. 28, deve evidenziare, tra l'altro, le risultanze dell'attività valutativa, le misure di prevenzione e di protezione dai rischi individuati e il programma delle misure opportune a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, ed altresì deve rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto (cfr. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'* (working paper)); b) nella designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP), che rappresenta un diretto fiduciario del datore di lavoro (non è invece menzionata, e come tale non costituisce obbligo indelegabile, la nomina del medico competente).

48. In questo senso, in dottrina, anche VALENTINI, *La «vecchia modernità» del diritto penale della sicurezza del lavoro: due pseudo-riforme*, in AA.VV., *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e le nuove sanzioni*, a cura di Basenghi, Golzio, Zini, Milano, 2009, p. 296, nt. 121; anche MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di*

agli altri requisiti, essi riguardano *in primis*, come noto, la professionalità del delegato, il quale deve disporre delle conoscenze e dell'esperienza idonee ad assicurare un contributo tecnicamente qualificato in sede di esercizio della delega. Non può, al riguardo, considerarsi sufficiente una sommaria capacità organizzativa o l'esperienza lavorativa maturata all'interno dell'organizzazione, esigendosi una specifica *expertise* in relazione alle funzioni in concreto trasferite<sup>49</sup>. Nella prassi applicativa, la professionalità del delegato è spesso solo genericamente richiamata nell'ambito della delega di funzioni; in questo senso, sarebbe certamente utile dettagliare le informazioni riguardanti le competenze maturate dall'interessato, anche mediante, ad esempio, allegazione del suo curriculum vitae portante evidenza del suo percorso formativo, se non addirittura mediante esplicita menzione nel testo della delega<sup>50</sup>. È altresì necessario, come noto, che il delegato sia assegnatario di poteri effettivi, sia sul piano gestorio, organizzativo e decisionale che sotto il profilo economico e di spesa, dovendo in ogni caso gli stessi essere commisurati – quanto al contenuto ed alle modalità di esercizio – alle funzioni delegate. In questa prospettiva, è certamente opportuno evitare formule che si risolvano in generiche attribuzioni di poteri, cercando, viceversa, per quanto possibile, di declinarne il contenuto concreto e circostanziato nonché disciplinando – soprattutto sul piano dei poteri di spesa – i relativi limiti ed i casi di urgenza ed indifferibilità dell'intervento<sup>51</sup>. Si ricorda, a tale proposito, la necessità che tali poteri siano esercitati dal delegato in piena ed assoluta autonomia, senza ingerenze o limitazioni indebite da parte del delegante.

### 1.5.1. *Quid iuris* in caso di società di capitali dotate di un Consiglio di Amministrazione?

La Cassazione si è espressa affermando che nelle società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega, validamente conferita, della posizione di garanzia<sup>52</sup>.

---

*sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2012, 76-83. p. 86.

49. Tra i primissimi contributi, PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1/2 2009, p. 142.

50. G. MULÈ, *La rilevanza della delega di funzioni nell'ambito dei modelli organizzativi. approfondimenti sull'istituto e spunti operativi* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, fasc. 3/2020, p. 314.

51. G. MULÈ, *La rilevanza della delega di funzioni* cit., p. 314.

52. Obblighi che, secondo una recente giurisprudenza, graverebbero, nelle società per

Il presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, infatti, non può, da solo, essere considerato rappresentante della società, appartenendo la rappresentanza all'intero consiglio di amministrazione, salvo delega conferita ad un singolo consigliere, amministratore delegato, in virtù della quale l'obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal consiglio di amministrazione al delegato, rimanendo in capo al consiglio di amministrazione residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega. D'altro canto, la Suprema Corte ha avuto modo più volte di specificare che la responsabilità penale del datore di lavoro non è esclusa per il solo fatto che sia stato designato il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, trattandosi di soggetto che non è titolare di alcuna posizione di garanzia rispetto all'osservanza della normativa antinfortunistica e che agisce, piuttosto, come semplice ausiliario del datore di lavoro, il quale rimane direttamente obbligato ad assumere necessarie iniziative idonee a neutralizzare le situazioni di rischio. Il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione all'interno delle aziende, previsto e disciplinato dall'art. 31, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, è, infatti, unicamente un ausiliario del datore di lavoro e, come tale, privo di poteri decisionali<sup>53</sup>.

---

azioni, sull'intero consiglio di amministrazione, anche in presenza di una delega specifica e comprensiva di poteri decisionali e di spesa ad uno dei suoi membri: cfr. Cass., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Guida al dir.*, n. 49/50-2010, p. 77.

Cass. Pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280, in *Cass. pen. 2008, 11, 4317: Il datore di lavoro ha l'obbligo di garantire la sicurezza dell'ambiente di lavoro e dunque anche quello di accertarsi che i macchinari messi a disposizione dei lavoratori siano sicuri ed idonei all'uso, rispondendo in caso di omessa verifica dei danni subiti da questi ultimi per il loro cattivo funzionamento e ciò a prescindere dalla eventuale configurabilità di autonome concorrenti responsabilità nei confronti del fabbricante o del fornitore dei macchinari stessi*". In senso conforme, v. Sez. IV, 3 luglio 2002, in *Cass. pen. 2008, 11, 4317*; Sez. IV, 10 novembre 2005, *ivi*, 2007, p. 1743; v., inoltre, Sez. IV, 26 settembre 2005, in C.E.D; in senso conforme, Trib. Milano, sez. V, 22 giugno 2007; di recente Trib. Ancona sez. lav., 18 febbraio 2021, n. 262: *"La responsabilità del datore di lavoro in materia di infortuni è fondata sul disposto dell'art. 2087 c.c., in base al quale l'imprenditore è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro; la norma suddetta impone pertanto al datore di lavoro un obbligo generale di diligenza; nel sistema della tutela delle condizioni di lavoro prevista dal legislatore, la disposizione di cui all'art. 2087 c.c. ha una funzione integratrice della normativa che prevede le singole misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro, ponendo a carico del datore di lavoro un obbligo generale di garanzia delle condizioni di sicurezza del lavoro"*.

53. Ovviamente in tema di sicurezza sul lavoro, a fronte di un infortunio sul luogo di lavoro, il datore di lavoro è esonerato da responsabilità allorché il comportamento del lavoratore presenti i caratteri dell'eccezionalità, della abnormità, dell'imprevedibilità, dell'atipicità,

Nelle società di capitale, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro gravano, dunque, indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega validamente conferita della posizione di garanzia<sup>54</sup>.

Pertanto, la responsabilità del medesimo è stata correttamente fatta discendere dal principio in forza del quale «*in tema di sicurezza e di igiene del lavoro, nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari dei poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda, e quindi con i vertici dell'azienda stessa, ovvero nel presidente del consiglio di amministrazione, o amministratore delegato o componente del consiglio di amministrazione cui siano state attribuite le relative funzioni*»<sup>55</sup> con la

---

dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive organizzative ricevute. In tali ipotesi, infatti, la condotta del datore di lavoro risulta privata di qualsivoglia rilevanza causativa efficiente rispetto alla verificazione dell'evento, addebitabile unicamente al lavoratore. Trib. Lecce, sez. I, 21 gennaio 2021, n. 127, in *Guida al diritto 2021*, p. 24, ha escluso la responsabilità penale del datore di lavoro per l'infortunio occorso a un lavoratore il quale, mentre era alla guida di un autocarro a mezzo pala caricatrice gommata, nonostante lo stop intimato proseguiva in retromarcia ribaltandosi e riportando così diverse fratture.

54. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro, organizzazioni complesse, imputazione soggettiva*, 2007, reperibile su [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 23. V. anche PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1163 s e VENEZIANI, *I delitti colposi*, in Trattato di diritto penale. Parte speciale, a cura di MARINUCCI e DOLCINI, Padova, 2003, p. 398

55. Cass. pen., sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370 in *Giust. Pen.* 2006, p. 50 s.: «In tema di sicurezza e di igiene del lavoro, nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari dei poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda, e quindi con i vertici dell'azienda stessa, ovvero nel presidente del consiglio di amministrazione, o amministratore delegato o componente del consiglio di amministrazione cui siano state attribuite le relative funzioni. (Nell'occasione la Corte ha ulteriormente precisato che nell'eventualità di una ripartizione di funzioni nell'ambito del consiglio di amministrazione ex art. 2381 c.c. gli altri componenti rispondono anch'essi del fatto illecito allorché abbiano dolosamente omesso di vigilare o, una volta venuti a conoscenza di atti illeciti o dell'inidoneità del delegato, non siano intervenuti)». Con riferimento ad imprese di grandi dimensioni, in cui l'organizzazione aziendale comporta una ripartizione di funzioni, la giurisprudenza ha affermato che - ai fini dell'imputazione soggettiva in materia antinfortunistica - «occorre accertare l'effettiva situazione di responsabilità all'interno delle posizioni di vertice per individuare i soggetti cui i compiti di prevenzione sono concretamente affidati con la predisposizione e l'attribuzione dei correlativi e necessari poteri di adempierli» (così Sez. IV, 26 aprile 2000, in *Giust. Pen.*, 2001, p. 1321). Più precisamente, in materia societaria, si è assertedo che «le responsabilità del datore di lavoro relative a società di grandi dimensioni, possono concernere solo i profili organizzativi nell'ambito dei quali sono da comprendere anche la predisposizione di adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale» (così, Sez. IV, 27 marzo 2001, *ivi*, 2002, p. 3203). In dottrina è comune l'opinione per cui è soggetto penalmente responsabile colui che, secondo l'organizzazione dell'impresa, è titolare dei poteri decisionali e di spesa idonei all'adempimento degli obblighi preventivi. Per una rassegna sul punto: MORGANTE, *Le leggi penali d'udienza*, a cura

conseguenza che «*gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione*»<sup>56</sup>.

Ne discende la possibilità della coesistenza, all'interno della medesima impresa, di più figure aventi tutte la qualifica di datore di lavoro, cui incombe l'onere di valutare i rischi per la sicurezza, di individuare le necessarie misure di prevenzione e di controllare l'esatto adempimento degli obblighi di sicurezza. Il principio del cumulo delle responsabilità in capo ai rappresentanti della componente datoriale non trova applicazione nel caso di esistenza di una delega esplicita o implicita della posizione di garanzia, quest'ultima ravvisabile nell'incarico conferito, anche in assenza di atto espresso, a una figura prevenzionale specificamente preposta a garantire gli obblighi attinenti alla sicurezza. La delega non espressa, poi, presuppone una ripartizione di funzioni imposta dalla complessità dell'organizzazione aziendale, che dipende comunque dalle dimensioni dell'impresa.

### **1.6. Le cose cambiano in presenza di una ripartizione di poteri ex art. 2381 c.c.**

Diversa è la questione in caso di una ripartizione di poteri ex art. 2381 c.c.

Ai sensi di tale norma «... *il C.d.A. può delegare proprie attribuzioni... ad uno o più dei suoi componenti. Il C.d.A.... valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. ... Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*»: la delega di gestione o gestoria di cui all'art. 2381 c.c. non spoglia definitivamente il consiglio di amministrazione delle proprie attribuzioni, il quale infatti continua a costituire il perno della gestione sociale, nel senso che, così come gli è imputabile il risultato della gestione, deve pur sempre essergliene conservata la responsabilità afferente il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione societaria.

Detta valutazione è un monitoraggio da effettuarsi con cadenze periodiche (fissate dallo statuto, e in ogni caso almeno ogni 180 gg.) prefissate, coincidenti con gli obblighi di relazione/rendiconto degli organi delegati.

L'attribuzione di poteri *ex art.* 2381 c.c. non abbisogna di accettazione espressa, ma è implicita nella richiesta di iscrizione della nomina nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2383, comma 4, c.c.: «*Entro trenta giorni dalla*

---

di Padovani, sub art. 2 d.lg. n. 626 del 1994, Milano, 2003, p. 464 ss.

56. Cass. Pen. sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280, in *Cass. pen.* 2008, 11, p. 4317. In senso conforme, v. Cass. Pen., Sez. IV, 3 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2028.

*notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese...*", anche se è evidente che un'accettazione espressa "non guasta".

Nelle imprese gestite in forma societaria ed amministrata da un consiglio di amministrazione, che ha delegato ad uno dei suoi membri, ex art. 2381 c.c., la responsabilità e la gestione dell'impresa in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, il "datore di lavoro" è quindi il consigliere delegato.

Altrimenti detto: in questo caso, non siamo in presenza di una delega di funzioni ex art. 16 del D.lgs. n. 81/2008 descritta al paragrafo 6 che segue, ma di un trasferimento vero e proprio della posizione di garanzia, poiché, attraverso la delibera del Cda, all'amministratore delegato viene trasferita la così detta posizione di garanzia dalla quale discende l'obbligo di adottare le necessarie misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro corretta applicazione. Quindi, il membro del Cda che ha ricevuto la delega sarà considerato datore di lavoro a tutti gli effetti parimenti all'amministratore unico o ad esempio al socio accomandatario. Tuttavia, il trasferimento della posizione di garanzia al consigliere delegato ai sensi dell'art. 2381 comma 2 c.c. non lascia gli altri consiglieri totalmente esenti da responsabilità.

La delega di garanzia ad un consigliere, infatti, non esclude totalmente la responsabilità degli altri membri del consiglio. Questi ultimi saranno ritenuti responsabili, infatti, qualora "abbiano dolosamente omissso di vigilare o, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società o dell'inidoneità del delegato, non siano intervenuti"<sup>57</sup>.

La delega può essere concessa solo a membri dell'organo amministrativo perché se venisse concessa a terzi si determinerebbe "un'inammissibile abdicazione ai poteri gestori, in favore di chi non è stato designato allo svolgimento del compito dall'assemblea"<sup>58</sup>.

La nomina degli organi delegati viene fatta dal consiglio di amministrazione della società, previa autorizzazione dei soci. Il potere di nomina spetta, quindi, al consiglio di amministrazione e non all'assemblea dei soci. Le ragioni di tale scelta sono molteplici<sup>59</sup>. La delega costituisce, innanzitutto, un importante atto di gestione che la legge riserva in via esclusiva agli am-

---

57. Cass. pen. Sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370 cit.

58. L. NAZZICONE, sub art. 2381, in L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 28.

59. F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma* (nt. 42), p. 42; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a.*, (nt. 41), p. 1326, secondo cui "la nomina o la revoca dei delegati è riservata al consiglio, in quanto espressione dell'esercizio di una sua facoltà".

ministratori; essa comporta una responsabilità del delegante per la scelta del delegato; la presenza di un amministratore delegato inadatto può determinare un aggravamento della responsabilità del consiglio di amministrazione, per cui risulta corretto che sia lo stesso consiglio a scegliere il destinatario della delega e a determinarne i relativi poteri. Nel caso in cui, poi, la delega fosse disposta dall'assemblea, venendo meno la possibilità di revoca da parte del consiglio, si determinerebbe una incrinatura del potere di sovraordinazione del consiglio rispetto all'organo delegato.

*Marco Riario Sforza*

II  
GIURISPRUDENZA



## Giurisprudenza civile

Corte di Appello di L'Aquila – Sentenza 20 febbraio 2020 n. 318 – rel. Iachini Belisarii

**Dichiarazione di fallimento – Impugnazione – Reclamo fallimentare – Art. 18 L. Fall. – Divieto produzione nuovi mezzi di prova – Esclusione - Effetto devolutivo integrale – Sussiste – Requisiti di fallibilità. Prova dei limiti dimensionali – Esame limitato ai bilanci depositati – Esclusione – Ammissibilità di strumenti alternativi probatori – Sussiste**

*Con riguardo alla prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1 comma 2 L. Fall., stante l'effetto integralmente devolutivo del reclamo fallimentare ex art. 18 L. Fall., sono ammissibili strumenti probatori alternativi al bilancio di esercizio anche in via di sostituzione purchè gli stessi siano idonei a rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa. (1)*

*(omissis)*

Il Tribunale ha dichiarato il fallimento dopo aver disposto accertamenti contabili, il cui esito è stato condiviso quanto alla reputata insufficienza probatoria del materiale offerto dalla debitrice, rilevando come la sas, sebbene in regime di contabilità semplificata, come tale non tenuta alla redazione di bilanci, tuttavia avesse pur sempre l'obbligo di registrare le operazioni e compilare i libri contabili, non essendo sufficiente ai fini dell'esenzione di cui all'art. 1/2 LF una mera attestazione basata su documenti extracontabili e neanche resi disponibili.

Ritiene questa Corte che debba pervenirsi alla revoca della dichiarazione di fallimento, avendo le reclamanti dimostrato (in dettaglio solo in questa sede, come tuttavia è consentito dal carattere pienamente devolutivo del reclamo) il possesso dei requisiti di esenzione dal fallimento previsti dall'art. 1, comma 2, l.f..

Tale dimostrazione si rinviene, invero, nei documenti prodotti in istruttoria e ancor più nel presente procedimento, dai quali risulta con un sufficiente grado di attendibilità che l'attivo patrimoniale ed i ricavi lordi non hanno superato, per il triennio antecedente l'anno dell'istanza di fallimento, le soglie rispettivamente di Euro 300.000,00 e di Euro 200.000,00. Anche l'importo complessivo dei debiti scaduti ed emergente dai suddetti documenti non ec-

cede la soglia di Euro 500.000,00, ciò che trova un primo riscontro anche nei complessivi debiti accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare, consistenti in quello vantato dal creditore ricorrente e pari ad Euro 79.021,08.

I documenti prodotti non hanno ricevuto alcuna contestazione da parte dei reclamati, rimasti contumaci, e non emergono ragioni per ritenerli inattendibili, dovendosi altresì rilevare come da parte reclamante sia stato adempiuto all'onere probatorio in parola nella miglior maniera possibile.

Essi consistono in: visura storica della camera di Commercio da cui risulta come la sas reclamante è cessata ed è inattiva dal 31.12.2012, circostanza di fondamentale rilievo ai fini di far presumere con alto grado di probabilità l'assenza di ricavi negli anni successivi; dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni da prendere in considerazione, ossia 2018, 2017 e 2016; dichiarazioni iva 2019, 2018 e 2017; attestazione sulle risultanze contabili in data 15.05.2019 del tributarista - tenentario della contabilità aziendale, trattandosi di società in accomandita semplice di modeste dimensioni ed in regime di contabilità semplificata, come tale non soggetta alla redazione del bilancio; registro dei cespiti ammortizzabili riportante solo arredi per il valore di Euro 984,50; comunicazioni annuali dati i.v.a. con relative ricevute telematiche di presentazione relative agli anni 2018, 2017 e 2016 dalle quali risulta solo un credito i.v.a. per Euro 4.590,00.

Se ne può inferire come l'attivo patrimoniale fosse, nel triennio in valutazione, di complessivi Euro 5.574,50 (984,50 + 4.590,00).

Per quanto riguarda il requisito di cui all'art. 1 lett. b) LF, la reclamante ha depositato modello unico (raggruppante dichiarazione dei redditi e iva) 2018 per il 2017, 2017 per il 2016 e 2016 per il 2015, nonché comunicazione annuale dati i.v.a. 2019 per l'anno 2018, 2018 per l'anno 2017 e 2017 per l'anno 2016, tutte con relative ricevute telematiche di presentazione.

Dette dichiarazioni risultano a zero in quanto la reclamante è inattiva ed è cessata dal 31.12.2012, come risulta dalla suddetta visura rilasciata dalla camera di Commercio, il che rende plausibile come successivamente a detta data non vi siano stati ricavi.

A riprova di ciò si ha che il modello unico raggruppante la dichiarazione dei redditi ed iva con relativa ricevuta telematica di presentazione 2015 per l'anno 2014 e quello 2014 per l'anno 2013 sono anch'essi a zero perchè successivi alla cessazione: solo quello 2013 per l'anno 2012, che è stato l'ultimo anno di attività, correttamente rappresenta operazioni attive e perciò ricavi lordi totali pari ad Euro 76.092,00, somma inferiore al limite di Euro duecentomila di cui all'art. 1 lett. b) L.F..

Sono stati anche prodotti i registri dei ricavi - vendite relativi al 2012,

2013 (con le ultime movimentazioni per lo più attinenti al 2012), 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018, tutti riportanti il solo credito i.v.a. di Euro 4.590,00, nonché il registro degli acquisti relativo agli anni 2012 e 2013, esso difettando per gli anni successivi in quanto non vi era alcun dato da annotare alla luce della cessata attività.

Per quanto riguarda il requisito di cui all'art. 1 lett. c) L.F., la reclamante, non disponendo di bilanci, si è riportata all'attestazione del tenentario delle scritture contabili, indicanti il complessivo importo di Euro 160.748,48, già prodotta in primo grado, e non contestata dalla creditrice istante.

Le attestazioni di quest'ultimo, inoltre, indicano e confermano che la M. dal 31.12.2012, cioè da quando è divenuta inattiva, ha avuto costantemente ed ogni anno lo stesso attivo patrimoniale di Euro 5.574,50 di cui Euro 4.590,00 per credito i.v.a. ed Euro 984,50 per arredi; inoltre ha a tutto il 2019 debiti (passività) per Euro 160.748,48, considerando anche quello dell'istante C.H.Y., che con interessi e spese maturati al 16.01.2019, ammontava ad Euro 79.021,08, come da suo ultimo atto di precetto in pari data.

Non pare a questa Corte che parte opponente potesse produrre di più per assolvere l'onere della prova in questione, né si può condividere la decisione di dichiarare il fallimento sulla base di accertamenti contabili disposti in primo grado senza contraddittorio.

Ed invero: (Corte di Cassazione sez. VI del 27.09.2019 n. 24138) “in tema di dichiarazione di fallimento, ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, l.fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l.fall., costituiscono mezzo di prova privilegiato, in quanto idonei a chiarire la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, senza assurgere tuttavia a prova legale, sicché in mancanza dei detti bilanci il debitore può dimostrare la sua non fallibilità con strumenti probatori alternativi..... occorre dunque ribadire il principio secondo cui ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità sono ammissibili strumenti probatori alternativi al deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi di cui all'art. 15, comma 4, l. fall., i quali, non espressamente menzionati nell'art. 1, comma 2, l. fall., costituiscono strumento di prova privilegiato, in quanto idonei a chiarire la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, senza assurgere però a prova legale, essendo soggetti alla valutazione, da parte del giudice, dell'attendibilità dei dati contabili in essi contenuti secondo il suo prudente apprezzamento ex art. 116 cod. proc. civ. (Cass. 30516/2018, Cass. 30541/2018)”.

Pertanto, in accoglimento del reclamo, reputati validi gli strumenti probatori alternativi, che in definitiva riscontrano una effettiva cessazione dell'attività

avvenuta nel lontano 2012, deve pervenirsi alla revoca del fallimento.  
(*omissis*)

*NOTA (1): RECLAMO FALLIMENTARE ED EFFETTO DEVOLUTIVO: UN CAMPO APERTO?*

*Con la sentenza in rassegna la Corte d'appello di L'Aquila, prendendo posizione riguardo all'effetto pienamente devolutivo del reclamo fallimentare ex art. 18 L. Fall., affronta il tema della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1 comma 2 L. Fall., evidenziando l'utilizzabilità degli strumenti probatori alternativi.*

*Il d.lgs 12 settembre 2009 n. 169 ha sostituito il mezzo di impugnazione: dall'appello al reclamo fallimentare. Al di là del nome è discussa la natura dello strumento, infatti, genericamente lo strumento del reclamo è utilizzato quale mezzo volto ad ottenere il riesame di un decreto o di un'ordinanza, mentre nel caso in cui, al contrario, il giudizio si concluda con un accertamento idoneo al passaggio in giudicato, generalmente una sentenza, questa deve essere impugnata con gli ordinari mezzi di impugnazione.*

*Per quanto attiene, poi, al rito, l'art. 739 c.p.c. al comma 3 dispone espressamente che "salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti della Corte d'appello e contro quelli del Tribunale pronunciati in sede di reclamo".*

*Diversamente, l'art. 18 L. Fall. stabilisce che, avverso la sentenza, il termine per proporre ricorso per Cassazione è di trenta giorni dalla notificazione, analogamente alle regole codicistiche previste per il giudizio di appello.*

*Se ne deduce che all'istituto del reclamo fallimentare che trova disciplina all'art. 18 R.D. 16/03/1942 n. 267 sembrano essere applicabili, previa verifica con riguardo alla compatibilità delle stesse, per alcuni versi le disposizioni previste per il giudizio di appello e, per altri, le norme di cui agli artt. 737 e ss c.p.c.*

*Tuttavia, uno dei temi più controversi e dibattuti tra dottrina e giurisprudenza è relativo al carattere devolutivo del reclamo fallimentare.*

*Da un lato la dottrina, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 18, comma 2, n. 3, L. Fall., ovvero che il ricorso deve contenere "l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni" considera il reclamo fallimentare come un mezzo di impugnazione a critica vincolata e ne sostiene la natura solo parzialmente devolutiva analogamente a quanto previsto in materia di appello dagli artt. 342 e 345 c.p.c., il*

*cui insegnamento si concentra attorno al brocardo tralatizio tantum devolutum quantum appellatum.*

*Al contrario, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, ex art. 18 L. Fall. così come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno ed automatico al pari di quanto avviene per il reclamo cautelare ex art. 669 terdecies c.p.c. Pertanto, la natura della devoluzione comporta l'inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 c.p.c. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova, restando prive di conseguenze processuali nuove deduzioni e finanche che la società fallita abbia dedotto, per la prima volta in tale sede, l'insussistenza della propria qualità di imprenditore commerciale (ex multis Cass. civ., Sez. I, 24/03/2014, n. 6835).*

*Nella sentenza in esame la Corte, in adesione alla consolidata giurisprudenza, sostiene espressamente il carattere pienamente devolutivo del reclamo e revoca, pertanto, la sentenza dichiarativa di fallimento avendo le ricorrenti dimostrato, seppur solo in fase di impugnazione, il possesso congiunto dei requisiti di esenzione dal fallimento previsti dall'art. 1 comma 2 L. Fall.*

*Come noto, il dato normativo prevede l'assoggettabilità dell'imprenditore commerciale alla procedura fallimentare subordinata alla dimostrazione dell'insussistenza dei requisiti dimensionali di fallibilità secondo quanto stabilito dalla norma dell'art. 1, comma 2, L. Fall., e, precisamente: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 300.000,00; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 200.000,00; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad Euro 500.000,00.*

*La giurisprudenza di legittimità ha ampiamente ribadito il principio secondo cui grava sull'imprenditore provare la sussistenza congiunta dei tre requisiti dimensionali anzidetti al fine di evitare la declaratoria di fallimento (Cass., 23/03/2018, n. 7372; Cass., 19/07/2016, n. 14724; Cass., 15/01/2016, n. 625; Cass., 04/12/2015, n. 24721).*

*Il Tribunale di prima istanza aveva, infatti, dichiarato il fallimento della società ritenendo che la stessa non avesse apprezzabilmente provato la sussistenza dei requisiti di "non fallibilità", "non avendo ritenuto sufficiente ai fini dell'esenzione di cui all'art. 1 comma 2 L. Fall. una mera attestazione basata*

*su documenti extracontabili e neanche resi disponibili”.*

*La Corte d'appello in sede di accoglimento del reclamo, dopo aver preliminarmente evidenziato, come anzidetto, il carattere pienamente devolutivo dello strumento, ha ritenuto adempiuto l'onere probatorio sulla base di documenti quali la visura storica della Camera di Commercio nella quale risulta la cessazione e l'inattività della società, le dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni, le dichiarazioni IVA degli ultimi 3 anni, le attestazioni sulle risultanze contabili del tributarista – tenentario della contabilità aziendale, il registro dei cespiti ammortizzabili e le comunicazioni annuali dati IVA.*

*Nella sentenza in oggetto, la Corte d'appello, richiamando l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in relazione alla prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità, ribadisce il principio secondo cui “sono ammissibili strumenti probatori alternativi al deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi di cui alla L. Fall., art. 15, comma 4, i quali, non espressamente menzionati nella L. Fall., art. 1, comma 2, costituiscono strumento di prova privilegiato, in quanto idonei a chiarire la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, senza assurgere però a prova legale, essendo soggetti alla valutazione, da parte del giudice, dell'attendibilità dei dati contabili in essi contenuti secondo il suo prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.”.*

*Il decisum si adegua a quanto già statuito in più occasioni dalla Suprema Corte secondo cui “se pure il bilancio d'esercizio può dirsi canale privilegiato per la valutazione prevista dalla L. Fall., art. 1, comma 2, in quanto la sua funzione specifica è proprio quella di rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, tuttavia, la verifica della sussistenza dei requisiti di “non fallibilità” è un campo d'indagine particolarmente aperto e disponibile, nel quale il termine naturale di riferimento sono le scritture contabili dell'impresa, in cui leggere e da cui poter ricavare la presenza o meno dei requisiti dimensionali, con la piena utilizzabilità dell'intero corredo contabile della stessa impresa e secondo l'ampia nozione di scritture contabili che risulta assunta dal sistema vigente.” (Cass. Civ., Sez. I, Ord. 15/04/2019, n. 10509).*

*Tale orientamento ha ancora trovato conferma nelle recentissime pronunce di legittimità le quali hanno evidenziato come il bilancio rivesta una funzione probatoria non certo costitutiva e che la verifica della sussistenza dei requisiti di non fallibilità si manifesta, in realtà, un campo di indagine aperto e disponibile (Cass., n. 30541/2018).*

*Sulla scorta di quanto anzidetto si evince, pertanto, la propensione della giurisprudenza di legittimità nel ricavare l'esenzione dalla fallibilità aliunde*

ovvero da altri elementi che in concreto risultino altrettanto significativi: in altri termini, l'imprenditore non deve essere considerato insolvente per il solo fatto di non aver depositato i bilanci, ma piuttosto egli, in mancanza di bilanci attendibili, potrà assolvere l'onere probatorio della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1 comma 2 L. Fall., in altra maniera.

E, dunque, non appare inopportuno segnalare che l'art. 1 L. Fall. non fa proprio parola del documento di cui al bilancio nè potrebbe stimarsi determinante, al riguardo, la circostanza che l'art. 15, comma 4 L. Fall. dispone che "l'imprenditore depositi i bilanci degli ultimi tre esercizi" posto, se non altro, lo scarto tra quest'ultima norma che governa in generale la materia dell'istruttoria prefallimentare e quella dell'art. 1 limitata al tema dei presupposti di "non fallibilità".

In realtà, la norma dell'art. 1, comma 2, indica in modo espresso che la sussistenza del presupposto dei ricavi lordi (lett. b del comma 2) può risultare "in qualunque modo": né vi è ragione per non riferire tale evenienza anche agli altri due presupposti. Secondo la più accreditata opinione, d'altra parte, la logica che presiede alla scelta di sottrarre gli imprenditori in possesso dei tre requisiti indicati dell'art. 1, comma 2, si fissa propriamente in un' "ottica deflattiva al fine di esentare dal concorso le crisi di impresa di modeste dimensioni oggettive" (così Cass., 25 giugno 2018, n. 16683).

Si palesa perciò del tutto estranea alla logica della norma in discorso una funzione "sanzionatoria" dell'imprenditore che non ha redatto e depositato presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio ovvero una funzione (anche solo tendenzialmente) premiale dell'imprenditore che invece ciò ha fatto. Segue a tutto ciò che il bilancio di esercizio può dirsi canale privilegiato per la valutazione prevista dall'art. 1, comma 2 L. Fall. ma il sistema vigente non pone, in proposito, nessuna preclusione o sorta di vincolo. La verifica della sussistenza dei requisiti di "non fallibilità" si manifesta, in via correlata, campo di indagine particolarmente aperto e disponibile che ha come suo termine naturale di riferimento, non esclusivo, quello delle scritture contabili dell'impresa in cui leggere e da cui poter ricavare appunto la presenza/assenza dei requisiti in questione.

Logico corollario è la piena utilizzabilità dell'intero corredo contabile dell'imprenditore, nel quale rientrano il libro giornale, le denunce dei redditi, nonché, secondo l'ampia nozione di scritture contabili che risulta assunta dal sistema vigente la "corrispondenza di impresa" (sintomatici, al riguardo, appaiono i riferimenti di cui alle norme di base dell'art. 2220 c.c. e art. 2214 c.c., comma 2, seconda parte c.c.) nonché ogni altro documento necessario a fotografare integralmente la posizione economico-finanziaria dell'impresa.

*In conclusione, muovendo da tali principi, si deduce come la Corte d'appello nella sentenza in commento si sia uniformata all'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità per la quale gli strumenti probatori alternativi possono essere utilizzati non solo in via di integrazione e cumulo, ma anche in via di sostituzione applicando gli orientamenti della giurisprudenza di vertice secondo cui una selezione restrittiva dei mezzi di prova dei requisiti dimensionali risulterebbe contrastare con la stessa ratio che presiede la norma dell'art. 1, comma 2, L. Fall. Peraltro, non sarebbe in ogni caso coerente ad un sistema che ha abrogato il requisito della regolare contabilità, quale presupposto di accesso al concordato preventivo, l'idea di porre il deposito dei bilanci di esercizio (ovvero, e più ampiamente, una tenuta della contabilità "rigidamente" regolare) come unico e indefettibile presupposto di accesso all'esenzione stabilita nell'art. 1, comma 2, L. Fall.*

*Gloria Alfonsi*

Corte d'Appello di L'Aquila – Sentenza 26 novembre 2020 n. 718 – Est. Marsella

**Cassa Edile – Inefficacia liberatoria dei pagamenti effettuati direttamente ai dipendenti – Possibilità del datore di lavoro di chiedere ai lavoratori la restituzione di quanto loro indebitamente corrisposto – Fondatezza della pretesa di pagamento della Cassa delle somme versate dall'Impresa ai dipendenti – Natura previdenziale degli accantonamenti**

*La inefficacia liberatoria del pagamento degli accantonamenti dovuti alla Cassa Edile direttamente ai dipendenti, in procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto dalla Cassa medesima, è conseguente al fatto che questa è l'unica creditrice dei suddetti importi nei confronti dell'Impresa in ragione della necessità dell'assolvimento dei compiti cui essa è preposta in forza dell'autonomia collettiva e per il suo stesso funzionamento. (1)*

*(omissis)*

Il primo motivo di appello appare infondato e va, quindi, respinto alla luce delle considerazioni che seguono.

Va premesso che questa Corte, in precedenti decisioni rese in materia in epoca non recente, si è espressa in senso favorevole alla posizione della Cassa Edile. Tale orientamento – corrispondente peraltro a quello del tutto prevalente in giurisprudenza – merita di essere confermato, dandosi ad esso continuità. Invero, relativamente alla questione dell'efficacia liberatoria o meno del pagamento degli accantonamenti dovuti alla Cassa Edile direttamente ai dipendenti, in procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto dalla Cassa, questa Corte ha ritenuto che gli accantonamenti per le prestazioni di Cassa Edile – per ferie, gratifica natalizia, riposi annui e festività infrasettimanali – non potessero essere versati alla Cassa stessa, dal momento che questa era l'unica creditrice dei suddetti importi nei confronti dell'impresa e non i lavoratori interessati; dovendo pure considerarsi che gli accantonamenti de quibus avevano natura previdenziale, sicché di essi né il datore né i lavoratori potevano disporre: detta indisponibilità, invero, derivava dalla necessità dell'assolvimento dei compiti cui la Cassa Edile era preposta in forza dell'autonomia collettiva e per il suo stesso funzionamento. Peraltro, risultava che l'impresa opponente aveva inoltrato alla Cassa Edile le denunce mensili dei lavoratori occupati, sulla scorta delle quali era stato chiesto ed ottenuto il decreto ingiuntivo opposto; ed aveva inoltre sottoscritto la dichiarazione apposta in calce alle stesse, obbligandosi ad applicare il CCNL in vigore ed i relativi Accordi Provinciali per gli operai edili ed affini. Sicché, da tale di-

chiarazione si evinceva la sostanziale volontà dell'impresa di assoggettamento alle fonti collettive disciplinanti la materia – il CCNL di settore di volta in volta vigente sanciva il principio dell'obbligatorietà dei versamenti sia degli accantonamenti che dei contributi alla Cassa Edile – come pure allo Statuto ed al Regolamento della Cassa Edile e, di conseguenza, la responsabilità per l'inadempimento dell'impegno negoziale assunto nei confronti della Cassa stessa e relativo al versamento dei prescritti oneri contributivi. Deve quindi oggi confermarsi che l'obbligo di accantonare la percentuale per ferie, gratifica natalizia e riposi annui, non possa essere sostituito da un pagamento effettuato a mani dei lavoratori dipendenti, avendo l'accantonamento una specifica finalità previdenziale che sarebbe frustrata se non elusa da un'anticipata e diretta dazione ai prestatori di lavoro; né tale pagamento diretto può integrare una automatica revoca della delegazione di pagamento alla Cassa da parte del datore di lavoro (cfr. sentenze di questa Corte nn. 511/2010, 1247/2010 e 289/2014). Per completezza, deve considerarsi che tale indirizzo non risulta superato dalle recenti decisioni della Suprema Corte invocate dalla odierna appellante le quali, comunque, richiamano il consolidato orientamento precedente ed affermano che la Cassa Edile deve poter disporre delle somme necessarie a svolgere le proprie funzioni previdenziali ed assistenziali, volte ad assicurare ai beneficiari l'effettività del pagamento delle dette spettanze, in un settore notoriamente esposto a sospensioni, interruzioni e mutamenti di titolarità dell'azienda, ove più facilmente si verificano elusioni o ritardi (Cass. sez. lav., 12/01/2018, n. 670 e Cass. sez. lav., 23/04/2018, n. 9962). D'altra parte, bene potrebbe la datrice di lavoro chiedere ai lavoratori la restituzione – siccome indebiti – degli importi loro corrisposti in relazione agli accantonamenti de quibus. Pertanto, non rileva, al fine di escludere la fondatezza della pretesa di pagamento oggi azionata dalla Cassa, il fatto che l'odierna appellante abbia versato direttamente le somme corrispondenti agli accantonamenti, relative ai periodi di ottobre, novembre e dicembre 2013 e febbraio 2014, in favore dei dipendenti. Ne consegue il rigetto del primo motivo.

*(omissis)*

*NOTA (1) – LA CORTE D'APPELLO DI L'AQUILA PONE UNA PAROLA DEFINITIVA NELLA VEXATA QUAESTIO DELLA OBBLIGATORIETÀ DEI VERSAMENTI ALLA CASSA EDILE*

*Nel solco di un, a suo tempo, innovativo ma ormai consolidato orientamento, la Corte d'Appello di L'Aquila con la sentenza in commento ribadisce*

“...che l’obbligo di accantonare la percentuale per ferie, gratifica natalizia e riposi annui non possa essere sostituito da un pagamento effettuato a mani dei lavoratori dipendenti avendo l’accantonamento una specifica finalità previdenziale che sarebbe frustrata se non elusa da un’anticipata e diretta dazione ai prestatori di lavoro...”.

*La stessa Corte, in dissenso con quanto statuito dalla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione (cfr. sent. n. 13300/05), aveva già affermato il principio che il pagamento diretto ai lavoratori non è idoneo a liberare il datore di lavoro dall’obbligo nei confronti della Cassa Edile, in tal modo autorevolmente collocandosi “...nel contrasto verificatosi nella Giurisprudenza, anche di legittimità” per “la interpretazione più rispettosa della regola posta dalla contrattazione collettiva” (cfr. sent. n. 511 del 15/4/2010 e sent. n. 1247 del 14/10/2010).*

*Siffatto indirizzo veniva ribadito sempre dalla Corte di Appello di L’Aquila con la sentenza n.289 del 27/3/2014 per cui “...la possibilità di sottrarsi all’obbligo di pagamento, ove i lavoratori siano stati pagati dal datore, non tiene in alcun conto quanto previsto dalla Contrattazione Collettiva di settore, che afferma che l’accantonamento deve avvenire da parte delle Imprese presso la Cassa Edile, dal Contratto Integrativo Provinciale (che conferma l’obbligatorietà del versamento alla Cassa Edile) e dal Regolamento della Cassa (che ribadisce il principio)”.*

*E, nell’attualità, “tale orientamento, corrispondente peraltro a quello del tutto prevalente in giurisprudenza, merita di essere confermato dandosi ad esso continuità”.*

*Così nella sentenza in commento laddove, lapidariamente, si precisa che “...tale indirizzo non risulta superato dalle recenti decisioni della Suprema Corte...” giacchè “...bene potrebbe la datrice di lavoro chiedere ai lavoratori la restituzione – siccome indebiti – degli importi loro corrisposti in relazione agli accantonamenti de quibus”, in tal guisa introducendo un innovativo principio che certamente farà discutere ma che è sorretto da una logica, fattuale oltre che giuridica, incontestabile.*

*In linea con quanto sopra, ed a puro titolo conoscitivo, si riportano le massime di alcune significative decisioni: “La contrattazione collettiva del settore configura l’obbligo datoriale di pagamento di determinati istituti contrattuali attraverso accantonamento da effettuare presso la Cassa Edile la quale, a sua volta, eroga i trattamenti, quale una delegazione di pagamento c.d. titolata [essendo espresso il riferimento al rapporto giuridico sottostante]” (cfr. Corte Appello Firenze, Sez. Lav. n.822 del 28/6/2012).*

*“Le Casse Edili, organismo di origine contrattuale e sindacale, a carattere*

paritetico (perché gestiti unitariamente da rappresentanti dei sindacati dei lavoratori e da rappresentanti dei datori di lavoro), sono investite del compito di assicurare ai lavoratori del settore edile il pagamento di alcune voci retributive (ferie, festività, permessi, gratifica natalizia, le somme relative all'anzianità professionale, c.d. APE) che, per l'elevata mobilità che caratterizza il settore, e per la conseguente ridotta durata dei rapporti, risulterebbero di importo minimo, e dunque di problematica erogazione. L'iter legislativo che, dapprima, ha semplicemente incoraggiato l'iscrizione delle imprese alle Casse Edili, è arrivato poi secondo quanto disposto dal D.Lgs n.276 del 2003, art.86, comma 10, a sancire l'obbligatorietà della regolarità contributiva nei confronti di detti enti. Esse, inoltre, forniscono anche prestazioni che, pure conservando natura in senso lato retributiva, hanno anche una connotazione previdenziale ed assistenziale, ad esempio, integrando i trattamenti di malattia ed infortunio, oppure sostenendo il reddito dei lavoratori durante le fasi di sospensione del rapporto dovute a crisi. Tali prestazioni sono finanziate dai datori di lavoro, versando gli accantonamenti per le prestazioni di natura retributiva, nonché i contributi di competenza per il resto (con un limitato apporto anche dei lavoratori). Discende che le somme che il datore ha l'obbligo di versare alla Cassa Edile quali accantonamenti destinati al pagamento delle somme dovute per ferie, gratifica natalizia e festività infrasettimanali, costituiscono somme spettanti ai lavoratori a titolo retributivo” (cfr. *Cass. Civ. Sez. Lavoro n.6869 del 7/5/2012*).

“Ove sia configurabile una delegazione di pagamento, stipulato mediante adesione - anche tacita - delle parti del contratto di lavoro alla disciplina dettata dalla contrattazione di settore, si tratterebbe comunque di delegazione c.d. titolata, atteso il chiaro riferimento al rapporto giuridico sottostante; la norma collettiva richiamata, infatti, sotto il profilo letterale prevede chiaramente a carico del datore di lavoro l'obbligo di accantonare le percentuali stabilite, nonché il versamento al lavoratore degli importi stabiliti nei commi della norma collettiva, con espresso riferimento, quindi, agli importi effettivamente accantonati” (cfr. *Corte Appello Bari, Sez. Lavoro n. 592 del 26/3/2013*).

“Non può revocarsi in dubbio che l'obbligo del datore di lavoro di versare gli accantonamenti retributivi abbia natura contrattuale e derivi dalla adesione, diretta o indiretta, alla contrattazione collettiva che disciplina la materia” (cfr. *Trib. Pescara Sez. Lavoro n. 335 del 26/3/2013*).

“L'iter legislativo che, dapprima, ha semplicemente incoraggiato l'iscrizione alle Casse Edili, è arrivato poi, secondo quanto disposto dal D.Lgs n.276 del 2003, art.86, comma 10, a sancire l'obbligatorietà della regolarità contributiva nei confronti di detti Enti che forniscono anche prestazioni che,

pur conservando natura in senso lato retributiva, hanno anche una connotazione previdenziale ed assistenziale” (cfr. *Cass. Civ. Sez. Lavoro n. 10140 del 9/5/2014*).

“L’eventuale pagamento diretto effettuato dalla Impresa non libera la medesima dai propri obblighi verso la Cassa Edile .... e, pertanto, l’eccezione di avvenuto pagamento diretto ai lavoratori delle somme richieste dalla Cassa Edile risulta infondata sia sotto il profilo probatorio e sia sotto quello sostanziale” (*Trib. Perugia Sez. Lavoro n. 486 del 5/10/2015*).

“L’obbligo della Cassa Edile di pagare ai lavoratori ferie, gratifiche natalizie e festività infrasettimanali non deriva da mero sorgere del rapporto di lavoro, ma sorge con il pagamento da parte del datore di lavoro degli accantonamenti relativi, elemento di fatto che dà origine al rapporto delegatorio” (cfr. *Cass. Civ. Sez. Lavoro, ordinanza n. 5073 del 5/3/2018*).

*In chiusura, si ritiene utile riportare la massima della sentenza (appellata) del Tribunale di Teramo, con una breve nota in calce dello stesso autore.*

“L’adempimento da parte del datore di lavoro dell’obbligazione avente ad oggetto i trattamenti economici in favore dei dipendenti non esclude la legittimazione della Cassa Edile non potendosi configurare una revoca della delegazione di pagamento vincolante per il datore di lavoro. L’adesione del lavoratore alla pattuizione a proprio favore, intercorsa tra datore di lavoro e Cassa Edile con l’invio delle denunce mensili da parte del primo alla seconda, si inserisce in un rapporto complesso che chiama in causa le fonti di finanziamento della Cassa e la funzione economico-sociale dell’Ente presupposta nella previsione contrattuale” (cfr. *Trib. Teramo, Giudice del Lavoro G. Marcheggiani, n. 449 dell’8/1/2020*).

*Il Tribunale di Teramo chiarisce la funzione della cassa edile valorizzando le fonti contrattuali oltre che il suo ruolo economico-sociale allineandosi alla moderna giurisprudenza.*

*Orbene, sorvolando sullo scontato principio che l’invio delle denunce nominative dei lavoratori occupati “rappresenta una implicita (o esplicita) adesione alle pattuizioni collettive attraverso un comportamento desumibile da una costante applicazione delle relative clausole ai singoli rapporti” (così la sentenza in commento ed anche Cass. 11/3/2004, n. 5006), vale la pena soffermarsi sulla eccezione (infondata) dell’avvenuto pagamento diretto da parte del datore di lavoro in favore dei lavoratori, presupponendosi una eccezione di carenza di legittimazione della Cassa Edile. Invero, argomenta il Tribunale di Teramo “la questione sottesa alla eccezione di difetto sopravvenuto di legittimazione attiva della Cassa Edile si sostanzia in una pretesa di escludere che l’invio delle denunce mensili dei lavoratori occupati, effettuato dalla Impresa*

alla Cassa stessa, conservi efficacia una volta che a tali lavoratori l'Impresa abbia corrisposto direttamente quanto di loro spettanza, sicchè l'ente paritetico tra rappresentanti dei datori dei lavoratori e dei lavoratori resterebbe in tale situazione privo di titolo a far valere, quali documenti probatori di un proprio credito nei riguardi dell'Impresa, le denunce nominative mensili dei lavoratori ricevute". *Tuttavia, si prosegue* "l'adesione alla Cassa Edile implica, una volta che sia sorto l'obbligo di accantonamento, una delegazione di pagamento vincolante per la Ditta stessa, nel senso che questa non può più liberarsi da tale debito eseguendo la corresponsione diretta al lavoratore degli importi dovuti in base al CCNL".

*Sicchè* "verificandosi l'insolvenza del datore di lavoro nei confronti della Cassa Edile, è certo che il lavoratore riprende il libero esercizio dell'azione diretta ad ottenere l'adempimento diretto da parte del datore di lavoro, azione che, naturalmente, il lavoratore perde l'interesse a promuovere o a proseguire ove intervenga da parte del datore di lavoro l'adempimento diretto dell'obbligazione a favore del lavoratore".

*La decisione in questione, inoltre, si apprezza perché denota una profonda conoscenza della contrattazione collettiva di settore andando ad esaminare minuziosamente la specifica normativa prevista nel CCNL di categoria che, all'art. 37, sancisce l'obbligo di contribuzione e di versamento alla Cassa Edile per i datori di lavoro che vi siano iscritti: iscrizione che li vincola al rispetto del Contratto medesimo, del Contratto Integrativo Provinciale di Lavoro e del Regolamento della Cassa medesima. Il "cui prodest" di tale, apparentemente complicata, normativa viene pure spiegato in motivazione ed anch'essa, comunque, trova la sua fonte nella esegesi della stessa (normativa, ndr). Concludendo, e dopo un breve cenno alla richiamata attualità circa la funzione economico-sociale della Cassa Edile, va sottolineata la ritenuta analogia con il "sistema di esazione dei contributi previdenziali ... a conferma della volontà delle parti collettive di garantire l'autonomia del rapporto tra Ente preposto all'erogazione delle prestazioni e (unico) debitore di esso, rispetto alle vicende del rapporto di lavoro tra i soggetti incisi dall'onere della contribuzione dovuta alla Cassa Edile". Per cui "va esclusa la configurabilità di alcun effetto estintivo dell'obbligazione datoriale di versamento alla Cassa degli accantonamenti dovuti nell'iniziativa assunta dall'Impresa di effettuazione del versamento diretto ai lavoratori delle somme di loro spettanza" (così nella sentenza in esame).*

*Giuseppe Di Maira*

Corte di Appello di L'Aquila – decreto 15 settembre 2020 – rel. Iannaccone

**Tribunale per i minorenni – Provvedimenti in materia di figli minori ablativi della potestà genitoriale - Nomina curatore speciale minore – Necessità – Nomina difensore d'ufficio del minore – Insufficienza – Nullità procedimento.**

*In tema di decadenza dalla potestà genitoriale, anche quando l'azione ex art. 330 c.c. sia tesa a valutare le capacità di un solo genitore, occorre la nomina di un curatore speciale del minore non essendo sufficiente la nomina di un difensore d'ufficio del minore stesso né potendo l'altro genitore garantire la piena tutela del minore essendovi conflitto d'interessi. (1)*

(*omissis*) impugna il decreto col quale il Tribunale per i Minorenni di L'Aquila (TM) l'ha dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale sulla figlia (*omissis*), nata il (*omissis*).

I genitori della minore si sono separati, consensualmente, nel 2008, e nel 2013 hanno divorziato, con la previsione che la bambina, affidata ad entrambi, sarebbe rimasta a vivere con la madre.

Dopo il divorzio il (*omissis*) si è sposato con una nuova compagna, dalla quale ha poi avuto un secondo figlio; e d'allora in poi si è disinteressato di (*omissis*).

Il presente procedimento, quindi, è iniziato nel 2016, su sollecitazione dei Servizi Sociali (SS), che hanno riferito al TM che il (*omissis*) si rifiutava d'incontrare la figlia, così deludendo le di lei aspettative, invece tese alla prosecuzione del loro rapporto.

In quella stessa occasione i SS hanno aggiunto che il (*omissis*) non rispondeva neppure ai loro inviti ad incontrarsi, dirottandoli al proprio difensore.

A quel punto il TM ha disposto farsi luogo ad una c.t.u., tesa a valutare le capacità di entrambi i genitori: e mentre la (*omissis*) s'è mostrata collaborativa, e disponibile a seguire un percorso di sostegno psicologico, il (*omissis*) non ha mostrato alcuna collaborazione, necessario presupposto per sopire il conflitto che lo separa dalla ex moglie: per cui il TM ha fatto luogo al provvedimento oggi reclamato.

Col gravame il (*omissis*) lamenta di non avere avuto alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento, della cui esistenza aveva appreso solo quando il TM lo aveva convocato (a gennaio del 2017) per ascoltarlo.

Per cui eccepisce la violazione del suo diritto di difesa, e la nullità dell'intero procedimento, nel corso del quale, peraltro, il TM lo aveva pure sospeso

dalla responsabilità, affidando la figlia ai SS.

Ulteriore motivo di nullità (del procedimento e) del decreto fonda sul rilievo che alla minore è stato, sì, nominato un difensore d'ufficio (peraltro a distanza di anni dall'inizio del procedimento), ma non anche un tutore o un curatore speciale.

Ancora in rito, eccepisce la nullità del decreto sul rilievo che non si è fatto luogo alla sua audizione; e per il fatto che il decreto non è stato poi notificato al difensore della minore.

Nel merito rappresenta che la (*omissis*), dopo la separazione, ha posto in essere una sistematica opera di denigrazione della figura paterna agli occhi di (*omissis*); ed ha frapposto ogni tipo di ostacoli al suo desiderio d'incontrare la figlia, tant'è che è stato necessario ricorrere all'intermediazione dei SS.

Dopo il matrimonio con la sua nuova compagna, tale condotta della (*omissis*) si è esasperata ulteriormente, benché egli abbia sempre pagato puntualmente gli assegni dovuti, sia alla madre che alla figlia.

Per cui la pronuncia di decadenza costituisce l'epilogo delle manovre complessivamente ordite ai suoi danni, dalla (*omissis*), nel corso degli anni.

Lamenta, quindi, che il decreto non dà conto delle ragioni che sono state poste a fondamento della decisione; la quale, sotto un diverso profilo, è stata assunta in difetto di un'adeguata attività istruttoria.

Ed a tale proposito lamenta che non si è tenuto conto del fatto che egli aveva, reiteratamente, cercato di mettersi in contatto telefonico con la figlia, trovando l'opposizione dei nonni materni, coi quali la bambina oggi vive.

Bambina che, per effetto delle pressioni esercitate dalla famiglia materna, ha mostrato un sempre crescente disinteresse nei suoi confronti.

Da ultimo, rappresenta che il c.t.u. ha evidenziato carenze anche a carico della (*omissis*); ed ha dato atto della necessità di un maggiore coinvolgimento del padre nella vita della bambina.

Il P.G., la (*omissis*) ed il difensore della minore hanno chiesto il rigetto del reclamo; che è invece parzialmente fondato.

Non sussiste l'eccepita nullità del procedimento, per non essere stato dato avviso al (*omissis*) del suo avvio, una volta che tale adempimento non è previsto da alcuna norma.

Così come non è causa di nullità l'omessa notifica del decreto oggi impugnato ad una delle parti, posto che tale omissione comporta soltanto il mancato decorso del termine "breve" (art. 739 c.p.c.) per impugnare il provvedimento.

Non sussiste la nullità del decreto per omessa audizione del (*omissis*), che è stato invece sentito all'udienza del 23\1\2017, con l'assistenza del proprio difensore, proprio al fine di porlo in condizione di difendersi in vista della possibile pronuncia di decadenza.

Sussiste, invece, la nullità del decreto, in considerazione del fatto che alla minore non è stato nominato un Curatore speciale, ma soltanto un difensore d'ufficio.

Col relativo decreto (in data 17\6\2019) il TM ha ritenuto che fosse sufficiente la nomina del difensore d'ufficio (e che fosse invece superflua la nomina del Curatore speciale) sul rilievo che “la rappresentanza legale della minore spettava alla madre, costituita in giudizio con un difensore ... fin dall'inizio della procedura” per cui “il principio posto dalla attuale formulazione dell'art. 336 ultimo comma c.c. può trovare piena realizzazione con la nomina di di difensore tecnico del minore prima della conclusione del giudizio”.

La tesi può essere condivisa in relazione al termine ultimo entro il quale la nomina deve avvenire, nel senso che il Curatore speciale del minore ed il difensore (eventualmente coincidenti nella stessa persona fisica, se il primo è abilitato al patrocinio, ex art. 86 c.p.c.) devono essere nominati prima che il procedimento si concluda.

Ma per il resto la decisione non tiene conto del fatto che l'omessa nomina di un Curatore speciale del minore integra una violazione del principio del contraddittorio.

A tale fine è utile ricordare (v. Cass. 5256\2018) che il minore è parte necessaria del procedimento nel quale si discute della permanenza della responsabilità in capo ad uno, o ad entrambi i suoi genitori; che l'ultimo comma dell'art. 336 c.c. prevede che gli sia nominato un difensore; che la sua partecipazione al giudizio, quantomeno a mezzo di un procuratore speciale, emerge dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 1\2002, e dall'art. 12, secondo comma, della Convenzione sui diritti del Fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 176\1991, e perciò dotata d'immediata efficacia imperativa nell'ordinamento interno.

La medesima sentenza spiega ulteriormente che la necessità della nomina di un procuratore speciale del minore è necessaria non soltanto quando sia in discussione la responsabilità di entrambi i genitori, ma anche quando si dubiti delle capacità di uno soltanto di essi, non potendosi stabilire “ex ante” la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore: per cui il conflitto d'interesse sussiste ogni volta che l'incompatibilità delle loro posizioni è anche solo potenziale.

Il provvedimento va perciò revocato, e trova applicazione l'art. 354, primo comma, c.p.c., con la conseguente remissione degli atti al TM.

La natura meramente processuale della decisione, ed il parziale rigetto del gravame consigliano di compensare le spese.

(omissis)

*NOTA REDAZIONALE (1) – LA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI ABLATIVI DELLA POTESTÀ GENITORIALE.*

*L'emarginato decreto della Corte di appello di L'Aquila, sezione per i minorenni, affronta aspetti relativi ai procedimenti ablativi della potestà genitoriale, specificamente con riguardo alla figura del curatore speciale del minore.*

*Nel caso in esame, nel procedimento teso alla decadenza dalla potestà genitoriale (poi, effettivamente disposta – all'esito del giudizio - a carico del padre dal Tribunale per i minorenni) non si era proceduto alla nomina di un curatore speciale del minore stesso.*

*Ed a tal proposito il Tribunale aveva ritenuto tale nomina non necessaria, potendo l'altro genitore validamente rappresentare il minore in detto procedimento.*

*Ciò, però, non è stato ritenuto dalla corte di appello sufficiente a legittimare l'omissione della nomina di un curatore, al fine di garantire la piena tutela del minore potendosi comunque ravvisare conflitto d'interessi con l'altro genitore.*

*L'intero procedimento ablativo della potestà genitoriale paterna è stato, pertanto, ritenuto nullo.*

*L'argomento sinora controverso tra i giudici di merito, è stato invece da tempo definitivamente chiarito dalla corte di cassazione con orientamento a cui ha inteso correttamente aderire la corte aquilana, la quale sottolinea che nel caso di specie è ravvisabile una evidente violazione del principio del contraddittorio, essendo il minore parte necessaria del procedimento nel quale si discute della permanenza della responsabilità in capo ad uno, o ad entrambi i suoi genitori.*

*Sul punto, è granitica la giurisprudenza del S.C. nel ritenere necessaria la figura del rappresentante legale del minore nei procedimenti limitativi della potestà (cfr: tra le tante, Cass., sez. I, ord. 12.11.2018, n. 29001, ove si afferma negli esatti termini che: “Una volta chiarito che il figlio minore è parte necessaria del procedimento, ne discende, come logica conseguenza, che la mancata integrazione del contraddittorio nei suoi confronti comporterà la nullità del procedimento medesimo, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 354, comma 1, cod. proc. civ. (cfr. Cass. n. 5256 del 2018; Cass. n. 6644 del 2018).*

*5.3. Occorre, a questo punto, stabilire a chi spetti la rappresentanza del minore nel processo qualora, come nel caso in esame, questi non risulti ivi essere già rappresentato da un tutore provvisorio, nominato dal giudice in via cautelare ed urgente od all'atto dell'adozione di precedenti provvedimenti meramente*

limitativi della responsabilità genitoriale. 5.3.1. Ad avviso di questo Collegio (che, in parte qua, integralmente condivide le argomentazioni della già citata Cass. n. 5256 del 2018), nei cd. giudizi de potestate la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi ex ante la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore (che potrebbe presentare il ricorso, o aderire a quello depositato da uno degli altri soggetti legittimati, per scopi meramente personali, o, per contro, in questa seconda ipotesi, chiederne la reiezione) e dovendo, pertanto, trovare applicazione il principio, più volte enunciato in materia, secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale - con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace (art. 78, comma 2, cod. proc. civ.) - ogni volta che l'incompatibilità delle loro rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività" (cfr. Cass. n. 1957 del 2016, Cass. n. 16533 del 2010, Cass. n. 12290 del 2010, tutte richiamate, in motivazione, dalla più recente Cass. n. 5256 del 2018; nonché Cass. civ., sez. I, sent. n. 3804 del 17 febbraio 2010).

*La Corte ha, inoltre, osservato che tanto emerge dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 1/2002, e dall'art. 12, secondo comma, della Convenzione sui diritti del Fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 176/1991, e perciò dotata d'immediata efficacia imperativa nell'ordinamento interno. Infine, va evidenziata la portata della normativa internazionale in materia, in particolare la convenzione di New York del 1989 e quella di Strasburgo del 1996 (recepita con L. 77/2003) che sanciscono il principio per cui il minore deve considerarsi un soggetto di diritto, nonché degli stessi principi costituzionali e segnatamente l'art. 111 Cost. con riferimento al diritto al giusto processo.*

Corte di Appello di L'Aquila – sentenza 6 febbraio 2021, n. 302 – Pres. est. Sannite

**Contributi sindacali - Ritiro delega - Conferimento nuova delega a favore di altro sindacato – Effetto immediato - Nullità della clausola del contratto collettivo di differimento dell'effetto - Conseguenze**

*Nel caso in cui il lavoratore ritiri la delega per il versamento dei contributi sindacali a favore di una organizzazione sindacale mediante trattenuta sulla retribuzione e provveda a conferire nuova delega a favore di altra organizzazione sindacale, il datore di lavoro è tenuto con immediatezza a versare i contributi a quest'ultima, dovendosi ritenersi nulla la clausola del contratto collettivo che differisce l'effetto al primo giorno dell'anno successivo.*

*Il datore di lavoro che sulla base di siffatta e invalida clausola del contratto collettivo continua a versare i contributi a favore dell'organizzazione sindacale destinataria della precedente e revocata delega non può invocare gli effetti liberatori che la legge prevede nelle ipotesi di pagamento eseguito a creditore apparente (art. 1188 c.c.) tanto più che non può invocarsi la buona fede nell'esecuzione di una clausola contrattuale illegittima.*

*(omissis)*

La *(omissis)* ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe, che ha ritenuto antisindacale la condotta della *(omissis)* consistita dal ritardo con cui ha effettuato le trattenute delle quote sindacali sulle retribuzioni del dipendente *(omissis)*, ad essa iscritto, in violazione dell'art. 26 Statuto Lavoratori e dell'art. 6, 2° e 3° comma, del CCNL Autoferrotranvieri 28/11/15, condannando la società datrice di lavoro ad effettuare le trattenute con la decorrenza di cui al contratto collettivo.

*(omissis)*

Con un secondo motivo deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1260 c.c., dell'art. 112 c.p.c., dell'art. 115 c.p.c. e dell'art. 6, comma 4, del Contratto collettivo trasporti del 28/11/15, giacché il giudicante, pur avendo correttamente inquadrato il rapporto tra lavoratore, il sindacato a cui vanno versati i contributi e il datore di lavoro nello schema della cessione di credito, e pur avendo ritenuto illegittima la previsione dell'art. 6, comma 4, del CCNL, ha poi erroneamente condannato la datrice di lavoro non al pagamento delle somme trattenute e non versate, bensì all'effettuazione di trattenute sindacali sulla retribuzione del lavoratore interessato con decorrenza aprile 2017 ed al conseguente versamento in favore di essa appellante, basato sull'assunto che

medio tempore (cioè tra l'adesione del lavoratore all' *omissis* del marzo 2017 e l'inizio delle trattenute a beneficio di quest'ultima, gennaio 2018) non fossero state applicate trattenute stipendiali, quando al contrario dalle buste paga (e dall'altra documentazione pure prodotta) risultava che da aprile 2017 e fino a dicembre 2017 la (*omissis*) aveva proceduto all'accredito in favore di altra sigla sindacale, a cui in precedenza il dipendente aveva aderito.

Rileva come la condanna dell'azienda a destinare le quote in discussione ad essa appellante, non tramite pagamento da parte dell'azienda, ma mediante trattenuta dell'importo dallo stipendio del lavoratore, determina la paradossale ed illegittima situazione di una contestuale doppia trattenuta sindacale dall'aprile al dicembre 2017 in favore di due diverse sigle sindacali.

Si tratta di situazione che, oltre ad esulare dall'oggetto della domanda, in violazione dell'art. 112 c.p.c., presenta a sua volta carattere di antisindacalità, arrecando pregiudizio alla possibilità del sindacato di acquisire nuove adesioni e, più in generale, alla libertà del lavoratore di aderire ad una nuova sigla sindacale.

Ritiene pertanto che, avendo la (*omissis*) continuato a versare alla precedente sigla sindacale le trattenute stipendiali nel periodo aprile-dicembre 2017, essa vada condannata a versare direttamente (e non mediante trattenute salariali) in favore di essa appellante la somma di euro 116,20, non corrisposte in relazione all'iscritto (*omissis*) nell'indicato periodo, oltre rivalutazione monetaria ed interessi.

Resiste la (*omissis*), rilevando come essa si sia limitata a dare applicazione alla norma contrattuale che prevede un differimento degli effetti della revoca, e che, comunque, mai potrebbe essere condannata a pagare direttamente ai sindacati; concludendo per il rigetto dell'appello.

(*omissis*)

... passando all'esame del secondo motivo d'appello, l'art. 6 del predetto contratto recita:

1. nei confronti dei lavoratori che ne facciano richiesta con specifica delega sottoscritta e inoltrata all'azienda con lettera dell'organizzazione sindacale stipulante il CCNL, ovvero di altra organizzazione sindacale eventualmente riconosciuta in azienda, alla quale il lavoratore aderisce, l'azienda stessa provvederà a trattenere l'importo del contributo associativo dalla retribuzione del lavoratore;

2. la delega dovrà contenere l'indicazione dell'organizzazione sindacale avente titolo secondo quanto previsto al comma 1 del presente articolo, a cui l'azienda dovrà versare i contributi raccolti;

3. la delega ha validità dal primo giorno del mese successivo a quello

dell'inoltro e si intende tacitamente rinnovata ove non venga revocata dall'interessato. A far data dal 1° gennaio 2016 la validità della delega sottoscritta dal lavoratore a favore di una delle organizzazioni sindacali di cui al comma 1 del presente articolo è attivabile a condizione che il lavoratore operi la revoca dell'eventuale delega precedentemente conferita a favore di altre organizzazioni sindacali;

4. la revoca della delega va inoltrata in forma scritta all'azienda per gli adempimenti relativi e avrà effetto dal primo giorno del mese successivo a quello dell'inoltro. Fatto salvo quanto previsto dagli accordi interconfederali in tema di rilevazione della rappresentatività, dal 1° gennaio 2017 la revoca della delega avrà effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello dell'inoltro.

Posto che la delega ha validità dal primo giorno del mese successivo a quello dell'inoltro e, dal 1° gennaio 2016, i lavoratori possono ottenere che l'azienda versi i contributi ad altra sigla sindacale solo previa revoca dell'adesione a precedente sigla sindacale, revoca che avrà effetto dal primo giorno del mese successivo a quello dell'inoltro, gli effetti della nuova delega non possono essere posticipati al 1° gennaio dell'anno successivo a quello in cui avviene la revoca, ciò infatti non solo sarebbe illegittimo come affermato dal primo giudice, poiché il recesso dall'o.s. si pone come cessazione della causa di pagamento per il sopravvenuto venir meno del collegamento con il negozio presupposto di adesione sindacale, ma sarebbe anche in contrasto con il principio di libertà di associazione ex artt. 2 e 18 della Costituzione.

Pertanto se è vero che dal primo giorno del mese successivo alla revoca dell'adesione al precedente sindacato, devono essere corrisposti i contributi al nuovo sindacato, non può non dissentirsi dalla tesi del giudicante secondo cui nel caso qui trattato devono essere operate trattenute sulla retribuzione del lavoratore che coprano il periodo aprile 2017- dicembre 2017 "indipendentemente dalla persistenza dell'obbligo di effettuare analoghe trattenute in favore dell'o.s. cui precedentemente il lavoratore aderiva".

Non è infatti ipotizzabile una contestuale doppia trattenuta sindacale, sia pure limitata nel tempo, perché un tale aggravio costituirebbe un ostacolo ad associarsi ad un nuovo sindacato da parte dei lavoratori, mentre penalizzerebbe le associazioni sindacali nell'acquisire nuove adesioni, nell'uno e nell'altro caso venendo ad incidere, comprimendolo, sul diritto di libertà sindacale.

Deve pertanto ritenersi che alla illegittimità della clausola, comunque sottoscritta dall'associazione sindacale cui aderisce la (*omissis*), e da quest'ultima quindi accettata, corrisponda l'obbligo della stessa a provvedere in prima persona a rifondere i contributi versati dall'aprile al dicembre 2017 alla prece-

dente sigla sindacale, cui aveva aderito il lavoratore (*omissis*).

Né la società resistente può dolersi di tale pagamento, atteso che, ai sensi dell'art. 1188, 1° comma, c.c., il pagamento effettuato a chi non era legittimato a riceverlo, non libera il debitore dall'obbligazione,

Né può ritenersi che la clausola contrattuale, che comunque posticipa gli effetti della revoca a decorrere dal 1° gennaio 2017, consente di ricondurre il pagamento alla precedente sigla sindacale all'ipotesi del pagamento eseguito al creditore apparente (di cui al 2° comma dell'art. 1188 c.c.), al fine di ritenere la (*omissis*) liberata dall'obbligazione, in quanto "il pagamento (all'organizzazione sindacale cui il lavoratore ha aderito, n.d.r.), resta dovuto solo se ed in quanto il lavoratore aderisca al sindacato, di guisa che il recesso del primo si pone non già come revoca della cessione del credito (non configurabile nel nostro ordinamento), bensì come cessazione della causa di pagamento per sopravvenuto venir meno del collegamento con il negozio di base, quello di adesione sindacale" (*ex plurimis*, Cass. 5321/17).

Poiché il contratto collettivo è posto in essere da parti qualificate che quindi non ignorano la corrispondenza che deve sussistere tra trattenuta sindacale e durata dell'adesione effettiva al sindacato, corrispondenza posta in luce dall'odierna appellante, non può essere invocata la buona fede nell'applicazione di una clausola contrattuale illegittima in forza dei principi su cui si fonda il diritto sindacale.

L'appello quindi merita accoglimento in relazione a questo secondo motivo.

Si ritiene tuttavia, in relazione alla novità della questione ed alla opinabilità della soluzione, compensare le spese del presente grado.  
(*omissis*)

#### NOTA REDAZIONALE.

*Che le clausole del contratto collettivo non possano porsi in contrasto con le norme imperative di legge, pena la loro nullità, è stato affermato dalla giurisprudenza in linea generale (Cass. 15.1.2003 n. 535) ed in molteplici casi: ad es. sono state ritenute nulle le clausole di automatica risoluzione del rapporto di lavoro (Cass. 09.11.2004 n. 21326) o che prevedono come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento condotte per loro natura assoggettabili solo ad eventuali sanzioni conservative (Cass.5.5.2017 n. 11027); ed ancora, le clausole del contratto collettivo che prevedono una retribuzione che, in violazione dell'art. 36 Cost., non sia proporzionata ed in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (Cass. 1.2.2006 n. 224) o che escludono il diritto dei lavoratori alla retribuzione dell'attività lavorativa prestata ed al rimborso delle spese sostenute, per la pulizia degli indumenti di protezione forniti dal datore di lavoro (Cass. 18.7.2014 n. 16495)*

Tribunale di Avezzano – decreto 25 aprile 2021, s.n. – Est. Fiduccia

**Lavoro subordinato ( rapporto di) – Discriminazione fondata sulla gravidanza – Mancato rinnovo contratto a termine – Sussiste**

*Il mancato rinnovo di un contratto a termine ad una lavoratrice che si trovava in stato di gravidanza integra una discriminazione basata sul sesso atteso che ( a parità della situazione lavorativa della medesima rispetto ad altri lavoratori e delle esigenze di rinnovo da parte della p.a. anche con riguardo alle prestazioni del contratto in scadenza della stessa lavoratrice, esigenze manifestate attraverso il mantenimento in servizio di altri nove lavoratori con contratti analoghi, di cui due nell'area in cui la lavoratrice aveva in precedenza operato) è significativo del fatto che le sia stato riservato un trattamento meno favorevole in ragione del suo stato di gravidanza.*

(*omissis*)

La ricorrente esponeva di aver operato nel profilo professionale di assistente sociale con contratto a tempo determinato stipulato con la ASL (*omissis*) (di seguito ASL *omissis*), con decorrenza 28.4.2020 e termine 27.10.2020; che, in data 25.9.2020, il Responsabile U.O.S.D. Consultoriale Area (*omissis*), dott. (*omissis*), in vista dell'approssimarsi della scadenza contrattuale delle due unità operative di assistenti sociali (*omissis*) (presso i Consultori Familiari di *omissis*) e (*omissis*) (presso il Consultorio di *omissis*), indirizzava una richiesta alla Direzione della ASL di proroga del rapporto di lavoro delle due figure di assistenti sociali, per motivi di necessità e urgenza; che, mentre per il (*omissis*) veniva disposta la proroga, per la (*omissis*) non veniva assunta pari deliberazione, come risultava dalla nota prot. 0235437/20, a firma del Direttore dell'UOC del Personale dott. (*omissis*), laddove è riportata “la indicazione di non disporre la prosecuzione dell'incarico a tempo determinato, scadente il 27/20/2020, in luogo della maternità, di cui al d.lgs. n. 151/2001, che in base alla documentazione in atti, risulta attivata nei confronti della S.V. medesima fino al 22/01/2020”; che dalle interlocuzioni della ricorrente con i funzionari della ASL (*omissis*) emergeva che l'azienda non procedesse a prorogare i contratti in scadenza per il personale che risultasse assente; che, in data 14.1.2020, la ricorrente trasmetteva una diffida, indirizzata alle figure apicali dell'Azienda e al dott. (*omissis*), osservando che la determina della ASL (*omissis*) prot. 0235437/20, ostativa della prosecuzione del rapporto di lavoro, si appalesava illegittima in quanto discriminatoria, chiedendo così all'Azienda di deliberare la proroga del suo rapporto di lavoro “con effetto immediato o con decorrenza

dal giorno successivo alla cessazione dell'interdizione obbligatoria (22 gennaio 2021) peraltro imminente"; che, in data 27.1.2021, con nota a firma del Direttore Generale della ASL (*omissis*), (*omissis*), e del Direttore del personale, (*omissis*), comunicavano la correttezza dell'operato della ASL, in quanto la mancata proroga della ricorrente non era dovuta al suo stato di gravidanza e l'azienda non era tenuta a dar seguito alle richieste dei dirigenti delle articolazioni aziendali, né a motivare atti che non rispondono a deliberazioni assunte nell'ambito della propria discrezionalità tenuto conto dei vincoli di bilancio; che la ricorrente, inoltre, anche successivamente alla scadenza del contratto di lavoro a tempo determinato, non risultava destinataria, a motivo dell'assenza per gravidanza, neppure di successive proposte di assunzione sulla base dello scorrimento della graduatoria in cui la (*omissis*) è inserita, venendo così scalcata da scritti nella medesima graduatoria in posizione deteriore.

A sostegno del ricorso, la ricorrente deduceva il carattere discriminatorio del comportamento tenuto dalla ASL (*omissis*), in ragione dello stato di gravidanza, non avendo la resistente fornito alcuna motivazione sulle ragioni per cui il contratto a tempo determinato fosse stato prorogato al collega (*omissis*) e non alla (*omissis*) e per le quali avesse addirittura proceduto a nuove assunzioni attingendo dalla graduatoria saltando l'odierna ricorrente.

Si costituiva in giudizio l'ASL (*omissis*), resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

L'ASL resistente contestava la sussistenza della condotta discriminatoria e, in particolare, la prassi *ex adverso* dedotta di non rinnovare i contratti dei dipendenti assenti, tanto più se assenti per gravidanza. Deduceva l'insussistenza di un diritto soggettivo del lavoratore alla proroga del contratto a tempo determinato; che la proroga del contratto dell'assistente sociale Todisco era stato deciso dall'ASL (*omissis*) per aver verificato l'urgenza e la necessità di prolungare l'assistenza sociale nell'area di Tagliacozzo; che nell'ufficio ove aveva prestato assistenza la ricorrente non era stato più assegnato altro assistente sociale; che lo stato di gravidanza della (*omissis*) non aveva alcun ruolo nella decisione di non formalizzare un nuovo contratto; che, peraltro, la ricorrente aveva contestato la comunicazione di fine incarico solo nel gennaio 2021, ovvero quasi al termine del congedo di maternità; che i rinnovi degli altri dipendenti sono stati eseguiti senza distinzioni di sesso o età, sulla base della sussistenza di particolari requisiti, non replicabili in tempi brevi, ovvero nelle sole ipotesi in cui il mancato rinnovo avrebbe potuto determinare criticità nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza; che l'art. 2 del contratto a tempo determinato stipulato con la (*omissis*) prevedeva che espressamente: "...Il contratto si risolverà automaticamente il 27 ottobre 2020, fatta salva la

condizione di prorogabilità dell'incarico"; che, pertanto, non sussisteva in capo all'ASL (*omissis*) alcun obbligo di rinnovo o proroga, non essendo l'Azienda neppure tenuta a giustificare al lavoratore le ragioni della mancata proroga. La causa veniva istruita sulla documentazione ritualmente prodotta dalle parti.

\*\*\*

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Le doglianze poste dalla ricorrente a sostegno del ricorso non attengono propriamente alla contestazione del potere datoriale di decidere, in base alle proprie esigenze organizzative, la proroga o meno di contratti a tempo determinato, quanto piuttosto alla sussistenza di una discriminazione nei suoi confronti, atteso che, pur a seguito della nota del Responsabile U.O.S.D. Consultoriale Area (*omissis*) del 25.9.2020, che indirizzava richiesta alla Direzione aziendale e amministrativa di proroga del rapporto delle due figure di assistenti sociali (*omissis*) e (*omissis*), per motivi di "necessità e urgenza", osservando che "la mancanza di tale figura professionale sarebbe di pregiudizio per l'utenza consultoriale", tanto da adombrare il rischio di una "interruzione di pubblico servizio", l'ASL si determinava, tuttavia, a prorogare solo il contratto di lavoro del (*omissis*) e non quello della collega (*omissis*), in ragione della sua assenza per maternità.

Non è, quindi, in questione nel caso che occupa l'esistenza o meno di un diritto soggettivo, in capo alla ricorrente, ad ottenere una proroga del contratto a termine in scadenza al 27.10.2020, bensì la sussistenza di un comportamento discriminatorio della ASL resistente che, pur riconoscendo sussistere l'esigenza della proroga dei contratti a tempo determinato stipulati con le unità di assistenti sociali dell'Area (*omissis*), tuttavia, la concedeva al solo (*omissis*), pretermettendo, invece, la ricorrente a causa del suo stato di gravidanza, o comunque a causa della sua assenza per la fruizione del congedo di maternità.

A tale proposito recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che il mancato rinnovo di un contratto a termine ad una lavoratrice che si trova in stato di gravidanza può integrare una discriminazione basata sul sesso, atteso che - a parità della situazione lavorativa della medesima rispetto ad altri lavoratori e delle esigenze di rinnovo da parte del datore di lavoro, anche con riguardo alla prestazione del contratto in scadenza della stessa lavoratrice, esigenze manifestate attraverso il mantenimento in servizio degli altri lavoratori con contratti analoghi - ben può essere significativo del fatto che le sia stato riservato un trattamento meno favorevole in ragione del suo stato di gravidanza (Cass., Sez. Lav. 26.2.2021, n. 5476).

Né vale invocare l'esercizio di un potere discrezionale circa l'opportunità di disporre il rinnovo (o la proroga) di un contratto in scadenza e dedurre che

il lavoratore può al riguardo al più vantare una mera aspettativa di per sé non giuridicamente tutelata.

Pur nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale è, infatti, possibile verificare se sia stato riservato un trattamento meno favorevole, a parità di situazioni, ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

Ancor prima che nel diritto nazionale, la gravidanza, la maternità e la genitorialità trovano tutela in ambito comunitario.

L'art. 157 TFUE sancisce l'obbligo della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile e stabilisce un fondamento giuridico generale per l'adozione di misure riguardanti l'uguaglianza di genere, incluse la parità e la lotta alla discriminazione sulla base della gravidanza o della maternità sul luogo di lavoro.

L'art. 33, paragrafo 2, della Carta dell'UE afferma che: "Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio".

Le direttive europee contro la discriminazione vietano la differenza di trattamento fondata su taluni motivi oggetto di protezione - secondo un elenco circoscritto, che corrisponde alla elencazione contenuta nell'art. 10 TFUE - e, tra essi, il genere (v. Direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e servizi; Direttiva 2006/54/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, che ha riunito e modificato le direttive riguardanti l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale; la direttiva 75/117/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile; la direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso).

Anche la Corte di Giustizia ha contribuito notevolmente all'evoluzione della materia in questione. In particolare, la Corte ha enunciato il principio secondo cui "qualora il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato sia motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, esso costi-

tuisce una discriminazione diretta basata sul sesso” incompatibile con il diritto dell’U.E. (CGUE, C-438/99, Jimenez Melgar, 4.10.2001).

E ancora, qualsiasi trattamento sfavorevole direttamente o indirettamente connesso alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso (CGUE, C- 32/93, Webb, 14.7.1994; CGUE, C-421/92, Habermann-Beltermann, 5.5.1994; CGUE C-531/2015 Otero Ramos, 19.10.2017).

Nel nostro ordinamento interno il D. Lgs. n. 198/2006, (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna) si è specificamente occupato del comportamento discriminatorio fondato sul sesso ed ha promosso, sul piano sostanziale, le pari opportunità di carriera e di lavoro tra i sessi, lasciando all’attore la scelta tra il rito “ordinario” del lavoro e un rito speciale appositamente delineato.

Il D.Lgs. n. 5/2010 ha, poi, dato attuazione alla direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (c.d. di rifusione).

Il D.Lgs. n. 150/2011 ha, quindi, ricondotto il procedimento contro le discriminazioni al modello del rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. e ss.

Ebbene, l’art. 25, comma 1, del Codice delle pari opportunità, come modificato dall’art. 8-quater, comma 1, lettera a), del D.L. n. 59/2008 convertito con modificazioni dalla L. n. 101/2008 e successivamente dall’art. 1, comma 1, lettera p), numero 1), del D.Lgs. n. 5/2010, prevede che: “Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l’ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un’altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”. Il comma 2 del medesimo articolo stabilisce, poi, che: “Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell’altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa, purché l’obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”.

Il successivo comma 2-bis, aggiunto dall’art. 1, comma 1, lettera p), numero 2), del D.Lgs. n. 5/2010, stabilisce che: “Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in

ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti”.

Quel che rileva, dunque, è che, in presenza di situazioni analoghe, sia stato posto in essere un atto o un comportamento pregiudizievole e comunque sia stato attribuito un trattamento meno favorevole ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

Quanto alla concreta dimostrazione di una situazione di tal genere, si osserva che l'art. 40 del Codice delle pari opportunità prevede che: “Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione”.

La norma da ultimo richiamata fonda la propria ratio nell'art. 4 della Direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (“1. Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. 2. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice”).

Circa l'operatività della norma citata, la Suprema Corte di Cassazione ha già da tempo affermato che, nei giudizi antidiscriminatori, sia proposti con le forme del procedimento speciale sia con quelle dell'azione ordinaria (v. Cass. 5.6.2013, n. 14206), i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 cod. civ. (finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva), bensì quelli speciali, che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro le circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore

privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (v. Cass. n. 5476/2021 cit.; Cass. 2.1.2020, n. 1; Cass. 12.10.2018, n. 25543).

Nel caso che occupa deve ritenersi assolto dalla ricorrente l'onere probatorio relativo al fattore di rischio, consistente, nello specifico, nella pacifica assenza della lavoratrice, al momento della scadenza del contratto e della scelta datoriale relativa alla sua proroga, per congedo di maternità, quindi nel suo stato di gravidanza, nonché al trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio. Emerge, infatti, dalle delibere del Direttore Generale n. 1853 del 22.10.2020 e n. 1934 del 4.11.2020 che non solo il collega (*omissis*), il quale, pur trovandosi nella medesima situazione contrattuale della ricorrente, ha beneficiato, a differenza dell'odierna ricorrente, della proroga del suo contratto di lavoro a tempo determinato per ulteriori 6 mesi, ma anche altri 7 colleghi in scadenza del termine contrattuale, anch'essi nel profilo professionale di collaboratore professionale – assistente sociale, hanno beneficiato della proroga del termine.

D'altra parte, la stessa ASL (*omissis*) procedeva, con deliberazioni del Direttore Generale n. 2017 del 13.11.2020 e n. 2363 del 31.12.2020, all'assunzione a tempo determinato di ben 9 unità con profilo di collaboratore professionale – assistente sociale (cat. D), di cui due segnatamente nell'Area (*omissis*).

La resistente ASL (*omissis*), di contro, si è limitata a contestare la natura discriminatoria della propria condotta nei confronti della (*omissis*), genericamente deducendo l'inconferenza della mancata proroga contrattuale con lo stato di gravidanza della ricorrente, la sussistenza di un suo potere discrezionale di disporre o meno la proroga, l'insussistenza di un obbligo di giustificare la mancata concessione della proroga, senza, tuttavia, dimostrare, con precisione, gravità e concordanza, circostanze idonee ad escludere la natura discriminatoria di tale condotta.

Deve, pertanto, essere ordinata all'ASL (*omissis*) la cessazione del suo comportamento discriminatorio nei confronti della ricorrente, con rimozione dei suoi effetti, mediante proroga ora per allora, a tutti gli effetti, sia economici sia giuridici, del contratto a tempo determinato scaduto in data 27.10.2020, per 6 mesi, quindi, con decorrenza dal 28.10.2020 e termine finale al 28.4.2021.

A norma dell'art. 36, legge n. D.Lgs. 198/2006, con il decreto che definisce il ricorso per la rimozione della condotta discriminatoria, il Tribunale può altresì provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita.

Deve, pertanto, essere accolta la domanda della ricorrente di condanna dell'ASL resistente al risarcimento del danno da lucro cessante, consistente

nella perdita delle retribuzioni che la ricorrente avrebbe percepito per il periodo di 6 mesi della proroga del contratto a termine, commisurate all'ultima retribuzione onnicomprensiva lorda, comprensiva della quota di tredicesima, t.f.r. e contributi previdenziali, essendo tale perdita conseguenza immediata e diretta del comportamento discriminatorio accertato della resistente. Il tutto oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali ex art. 1284, comma 1, c.c. dalla data di maturazione di ogni singolo credito retributivo al saldo.

Le spese di lite liquidate come in dispositivo seguono la soccombenza della resistente.

(*omissis*)

**NOTA REDAZIONALE.**

*Il Tribunale di Avezzano ha deciso la singolare fattispecie discriminatoria sulla base dello specifico precedente costituito da Cass. Sez. Lav. 26.2.2021 n. 5476, citato in motivazione.*

*Va solo aggiunto che le sentenze di accoglimento della domanda in materia di discriminazione per ragioni di sesso sono rarissime; e tale circostanza conferisce alla sentenza del Tribunale marsicano un notevole rilievo.*

Tribunale di Chieti – sentenza 5 maggio 2020 n. 240 – Giudice Falco – Fall. X e altro c. ASL

**Obbligazioni e contratti – Pagamento somme – Crediti per prestazioni sanitarie in regime di accreditamento – Clausola compromissoria – Difetto di autorizzazione della Regione – Inefficacia – Giurisdizione ago – Eccezione di incompetenza territoriale – Foro convenzionale non esclusivo – Specifica contestazione di tutti i criteri concorrenti – Necessità - Carenza di legittimazione passiva – Eccezione sollevata in comparsa conclusionale - Tempestività.**

*In tema di pagamento somme in regime di accreditamento per prestazioni sanitarie rese da casa di cura privata, non produce effetti la clausola compromissoria convenzionale in difetto di apposita previa autorizzazione da parte della Regione competente restando la controversia nei confronti della ASL devoluta all’ago.*

*L’eccezione di incompetenza territoriale in detto giudizio, proposta sulla base di una clausola contenente un foro convenzionale non esclusivo, richiede la specifica contestazione – trattandosi di eccezione in senso proprio – di tutti i criteri concorrenti per la determinazione della competenza per territorio, risultando in difetto radicata la controversia dinanzi al giudice adito.*

*L’eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata solo nella comparsa conclusionale deve ritenersi tempestiva, poiché le contestazioni sulla titolarità del rapporto controverso dedotto in giudizio costituiscono mere difese proponibili in ogni fase del giudizio.*

(omissis)

1. Il Fallimento (omissis) e la (omissis) S.p.A. hanno agito nei confronti della Azienda U.S.L. (omissis) di cui hanno chiesto la condanna al pagamento, a titolo contrattuale ovvero, in via subordinata, ai sensi dell’art. 2041 c.c., della somma complessiva di € 3.085.159,04, quale credito (in parte ceduto alla omissis S.p.A.) delle prestazioni sanitarie riabilitative rese ex art. 26 legge 833/78 dal 2003 al 2010 dalla (omissis) s.r.l. (allora *in bonis*) in regime di accreditamento con il Servizio Sanitario Nazionale.

2. La AZIENDA SANITARIA LOCALE (omissis), nel costituirsi tempestivamente in giudizio, ha eccepito, in rito, il difetto di giurisdizione del Giudice adito con riferimento alla domanda relativa agli asseriti crediti del triennio 2005-2007 (per esistenza di una clausola compromissoria nel relativo contratto) e l’incompetenza territoriale del Tribunale di Chieti (per espressa

pattuizione convenzionale in favore del Tribunale di L'Aquila - con riferimento agli asseriti crediti maturati per le prestazioni dell'anno 2010); nel merito, la convenuta ha eccepito l'infondatezza della avverse pretese pecuniarie.

3 Il processo si è articolato nella fase di trattazione, al cui esito è stato rinviato alla fase decisoria, nel corso di cui la convenuta, con la memoria conclusionale, ha eccepito il difetto della propria legittimazione passiva (per essere legittimata la Regione *omissis*), con riferimento alle pretese pecuniarie avanzate per il periodo 2003/2007 dagli attori, i quali, con la memoria di replica, hanno eccepito la tardività della suddetta eccezione.

4. Il processo giunge alla odierna decisione.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

A. Sulla infondatezza della eccezione della convenuta di difetto di giurisdizione con riferimento alla domanda relativa agli asseriti crediti del triennio 2005 - 2007

a. 1 La convenuta ha dedotto al riguardo che "l'art. 15 del contratto ripasato tra la Struttura (*omissis*) s.r.l. in bonis e la Regione (*omissis*) in nome e per conto delle AASSLL territoriali aveva espressamente previsto la compromissione in arbitri delle controversie in merito all'applicazione dell'accordo negoziale stesso. Pertanto, la domanda avversaria non avrebbe potuto e dovuto essere rivolta all'intestato Tribunale il quale è carente di giurisdizione sul punto" (cfr. la comparsa di risposta).

a. 2 Si tratta di eccezione infondata.

a. 3 Sul punto, gli attori, nella memoria ex art. 183, comma VI, n. 1, hanno controdedotto che "non risulta agli atti - a meno che controparte non provveda a colmare la lacuna nei successivi termini processuali - l'esistenza di un provvedimento dell'organo di governo della Regione (*omissis*) nel quale o dal quale risulti previamente e motivatamente autorizzata la clausola compromissoria de qua"; ha quindi aggiunto che, "in difetto di ciò [...] la clausola compromissoria è, de iure, colpita da nullità assoluta, e non ammette, dunque, per le liti che, come nella specie, non sono ancora insorte ovvero definite, alcun ricorso all'arbitrato, come puntualmente chiarito dalla Corte costituzionale nella decisione del 13 maggio 2015 n. 108".

Giova sottolineare al riguardo che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 108/18 - nel rigettare per infondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190, impugnato, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 Cost., nella parte in cui non esclude dall'applicazione del precedente comma 19 - a norma del quale, le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee,

possono essere deferite ad arbitri solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione - gli arbitrati conferiti successivamente alla data di entrata in vigore della stessa legge ma sulla base di clausole compromissorie pattuite anteriormente - ha osservato che "risulta errato il presupposto interpretativo, comune a tutte le censure, secondo cui la norma in esame riconoscerebbe retroattivamente a favore della parte pubblica il diritto potestativo di escludere il ricorso all'arbitrato, negando l'autorizzazione alle clausole compromissorie pattuite prima dell'entrata in vigore della legge. Invero, lo *ius superveniens*, consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione dell'amministrazione, non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti".

Dando seguito ai summenzionati principi affermati dalla Consulta, la successiva giurisprudenza di legittimità ha affermato, che "la clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, pur restando valida, è colpita da inefficacia sopravvenuta per mancanza della previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A., introdotta dall'art. 1, comma 19, della predetta legge, la quale tuttavia non esclude la possibilità del ricorso all'arbitrato, ove la predetta autorizzazione - comunque non desumibile da atti o comportamenti concludenti di organi o soggetti diversi, inidonei, in quanto tali, ad esprimere le ragioni della scelta di derogare alla giurisdizione ordinaria - intervenga successivamente" (Cass. Sez. 6-1, ordinanza n. 29255 del 06/12/2017); la Suprema Corte ha altresì chiarito che "la preventiva autorizzazione amministrativa dell'arbitrato, prevista dall'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012 per gli appalti pubblici conclusi prima dell'entrata in vigore della legge (28 novembre 2012), costituisce una clausola di efficacia che non può identificarsi con la delibera mediante la quale sia stato approvato il contratto contenente la clausola compromissoria, dovendo essa rinvenirsi in atti con i quali la P.A. abbia manifestato, con riferimento ad una controversia specificamente individuata, la volontà di avvalersi della clausola arbitrale, perché il legislatore ha inteso richiedere, all'ente chiamato a decidere sull'autorizzazione, una ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze

del caso concreto” (Cass. Sez. 1, ordinanza n. 13410 del 17/05/2019).

a. 4 Orbene, nella specie la convenuta, nel prosieguo del giudizio, per un verso, non ha replicato rispetto alle summenzionate deduzioni avversarie e, per altro verso, non ha prodotto la delibera regionale di autorizzazione alla compromissione in arbitri delle controversie in oggetto (cfr. il *thema decidendum* ed il *thema probandum*).

In difetto di allegazione e di prova (di cui la convenuta era onerata) della sopravvenuta autorizzazione della P.A. al ricorso all’arbitrato per la presente controversia, la eccezione di difetto di “giurisdizione” deve ritenersi infondata.

B. Sulla infondatezza della eccezione della convenuta di incompetenza territoriale del Tribunale di Chieti sulla domanda degli attori di pagamento delle prestazioni rese nell’anno 2010

b. 1 La convenuta ha sollevato la eccezione in oggetto, assumendo che, “relativamente ai crediti riferiti a prestazioni erogate nell’anno 2010, risulta competente, in via esclusiva, il Tribunale di L’Aquila sulla base di quanto espressamente pattuito dall’art. 18 del contratto stipulato il 27.07.2010”.

b. 2 Si tratta di eccezione infondata.

Infatti, come correttamente osservato dagli attori, l’art. 18 del contratto summenzionato prevede un foro convenzionale non esclusivo (“Per tutte le controversie inerenti l’esecuzione del presente contratto di pertinenza della giurisdizione ordinaria è competente il Foro de l’Aquila ove ha sede legale la Regione *omissis*”).

Ed è noto che “la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche se coincidente con uno di quelli previsti dalla legge, assume carattere di esclusività solo in caso di pattuizione espressa, la quale, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, ma deve risultare da una inequivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti volta ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge” (Cass. Sez. 6 -3, ordinanza n. 1838 del 25/01/2018; Cass. Sez. 6-2, ordinanza n. 18707 del 04/09/2014).

b. 3 Posto che la competenza territoriale del Tribunale adito non è stata contestata dalla convenuta sulla base di altre argomentazioni (cfr. la comparsa di risposta), la stessa deve ritenersi quivi ritualmente radicata [per il generale principio per cui “in tema di competenza territoriale derogabile, per la quale sussistano più criteri concorrenti (nella specie, quelli indicati negli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., trattandosi di causa relativa a diritti di obbligazione), grava sul convenuto che eccepisca l’incompetenza del giudice adito (trattandosi di eccezione in senso proprio) l’onere di contestare specificamente l’applicabilità di ciascuno dei suddetti criteri e di fornire la prova delle circostanze di

fatto dedotte a sostegno di tale contestazione. In mancanza, l'eccezione deve essere rigettata, restando, per l'effetto, definitivamente fissato il collegamento indicato dall'attore, con correlata competenza del giudice adito", cfr. *ex multis* Cass. Sez. 6-2, ordinanza n. 17311 del 03/07/2018].

C. Sulla tempestività della eccezione della convenuta di difetto di legittimazione passiva rispetto alle pretese pecuniarie di parte attrice relativamente alle annualità 2003 - 2004 - 2005 - 2006 -2007

c. 1 La convenuta, nella comparsa conclusionale ex art. 190 c.p.c., ha sollevato per la prima volta la eccezione in oggetto, "sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 10, del d.l. 324/1993, convertito in legge 424/1993".

In particolare, la convenuta ha dedotto al riguardo che tale normativa prevede, per l'appunto, che "nei rapporti con le farmacie, con i medici specialisti convenzionati e con le strutture private convenzionate, in caso di mancato pagamento delle relative spettanze, si deve considerare debitore inadempiente e soggetto passivo di azione di pignoramento per le obbligazioni sorte successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto l'ente incaricato del pagamento del corrispettivo, anziché l'unità sanitaria locale territorialmente competente".

Essa ha altresì aggiunto che "l'ente incaricato del pagamento del corrispettivo dell'obbligazione principale era la (*omissis*) in nome e per conto della Regione (*omissis*), come emerge in maniera inequivoca dall'art. 10 dei contratti ripassati tra Erogatore e Regione (*omissis*) per gli anni fino al 2007 e dall'art. 122 della legge regionale per (*omissis*) n. 15 del 2004".

Ha quindi concluso sostenendo che "deve dunque ritenersi, a mente dell'art. 122 della disposizione normativa regionale e dell'art. 10 dei predetti contratti e seguendo l'ormai stabilizzata indicazione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione, che la legittimazione passiva della domanda proposta nel presente giudizio spetti alla sola Regione (*omissis*) e non anche all'ASL (*omissis*) (cfr. la comparsa conclusionale).

c. 2 L'attrice, nella propria memoria di replica, ha eccepito la tardività della avversa eccezione, sia perché sollevata soltanto nella fase decisoria, sia perché da ritenersi incompatibile - a suo dire - con le precedenti difese spiegate nel corso del giudizio; essa ha in ogni caso assunto la infondatezza della eccezione in questione, sia per avere "la stessa ASL ha previamente ed espressamente riconosciuto di essere titolare della situazione giuridica soggettiva", sia per l'intervenuta preclusione processuale "nella allegazione e nella la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti".

c. 3 L'eccezione di difetto di legittimazione passiva deve ritenersi tempestiva.

Come statuito dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 2951 del 16/02/2016) e ribadito dalla successiva giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. 3, ordinanza n. 11744 del 15/05/2018), “le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall’attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l’eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l’allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti. A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d’ufficio”.

Nella specie, la eccezione in oggetto è stata sollevata sulla base delle disposizioni delle leggi statali e regionali sopra richiamate, nonché della disciplina pattizia dei contratti intercorsi tra le parti, ritualmente prodotti in giudizio, relativa alle modalità di pagamento delle prestazioni sanitarie di cui è causa, dunque, sulla base di risultanze in atti ovvero di norme di legge.

A tale ultimo riguardo, la ormai consolidata giurisprudenza di legittimità ha affermato che, “in tema di organizzazione sanitaria, l’art. 1, comma 10, del d.l. n. 324 del 1993, conv., con modif., dalla l. n. 423 del 1993, a tenore del quale «nei rapporti con le farmacie, con i medici specialisti convenzionati e con le strutture private convenzionate, in caso di mancato pagamento delle relative spettanze, si deve considerare debitore inadempiente e soggetto passivo di azione di pignoramento per le obbligazioni sorte successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto l’ente incaricato del pagamento del corrispettivo, anziché l’unità sanitaria locale competente», si applica anche dopo la riforma del sistema sanitario di cui al d.lgs. n. 502 del 1992, e successive modificazioni ed integrazioni, con riferimento alle prestazioni sanitarie autorizzate dalle unità sanitarie locali che si sono costituite in aziende sanitarie locali, atteso che l’esigenza di una centralizzazione delle attività di liquidazione e di pagamento delle prestazioni, rese ai propri assistiti da parte dei fornitori accreditati, è una tecnica organizzativa di tipo neutro rispetto ai principi organizzativi della pubblica amministrazione, volta ad assicurare la razionalizzazione dei servizi e la loro maggiore efficienza ed economicità” (Cass. Sez. 1, sentenza n. 26959 del 23/12/2016; Cass. Sez. 3, sentenza n. 17587 del 05/07/2018; Cass. Sez. 6-1, ordinanza n. 3676 del 13/02/2020).

La eccezione in parola, in quanto sollevata sulla base di disposizioni di contratti ritualmente prodotti in atti e di norme di legge, deve dunque ritenersi tempestiva (cfr., per un caso analogo a quello di specie, Cass. Sez. 6-1, ordinanza n. 3676 del 13/02/2020, cit., la quale ha rigettato l’eccezione di

tardività, sollevata dalla ricorrente, di difetto di legittimazione passiva dedotta dalla resistente rispetto alla domanda di pagamento di prestazioni sanitarie eseguite in regime di convenzione, osservando che l'eccezione di difetto di legittimazione passiva "non è tardiva, come questa Corte ha già avuto occasione di sostenere in relazione ad una vicenda del tutto speculare a quella qui in esame, considerando che la questione relativa alla titolarità del diritto controverso, pur attenendo al merito e non alla legittimazione «*ad causam*», non costituisce eccezione in senso stretto ma mera difesa tutte le volte in cui non comporti la deduzione di un fatto nuovo (estintivo, modificativo o impeditivo) non dedotto dall'attore, sostanzandosi, invece, in questioni di diritto oppure nella mera negazione dei fatti costitutivi dedotti dall'attore (Cass., Sez. I, 9/07/2019, n. 21235)".

c. 4 Né le difese spiegate dalla convenuta nel *thema decidendum*, avverso le pretese pecuniarie degli attori relative al periodo 2003/2007, possono ritenersi incompatibili con la successiva contestazione della prima in ordine alla propria legittimazione passiva.

Infatti la Asl, nel predetto *thema decidendum*, oltre ad avere sollevato, in rito, le prima esaminate eccezioni di difetto di giurisdizione e di competenza territoriale del Tribunale adito (le quali, ovviamente, non contengono alcun riconoscimento, nel merito, della propria veste di debitrice delle pretese pecuniarie attoree) ha eccepito il difetto di prova della esistenza di contratti scritti (per gli asseriti crediti del periodo 2003/2004) e la impossibilità di remunerazione delle prestazioni rese nel periodo 2005/2007 (per essere state rese in eccedenza rispetto al budget negoziato ed assegnato dalla Regione, nonché per l'avvenuto accantonamento per un pignoramento presso terzi di alcune fatture del 2007).

Si tratta, dunque, di eccezioni e difese che - lungi dal contenere "inequivocabilmente" (cfr. Cass. Sez. 3, sentenza n. 19170 del 29/09/2005) il riconoscimento in capo alla convenuta della "titolarità passiva del rapporto" - contestano, ancor prima, l'esistenza stessa - sul piano oggettivo - dei crediti rivendicati dalla controparte.

D. Sulla opportunità della estensione del contraddittorio alla Regione (*omissis*)

d.1 Com'è noto, "qualora il giudice ordini l'intervento di un terzo a seguito delle difese svolte dal convenuto, il quale, contestando la propria legittimazione passiva, indichi quello come responsabile della pretesa fatta valere in giudizio, ricorre un'ipotesi non di litisconsorzio necessario, ex art. 102 c.p.c., ma di chiamata in causa "*iussu iudicis*", ai sensi dell'art. 107 c.p.c., rispondente ad esigenze di economia processuale (comunanza di causa), discrezionalmente valutate sotto il profilo dell'opportunità" (Cass. Sez. 3, sentenza n.

6837 del 08/04/2016; Cass. Sez. 1, sentenza n. 6208 del 13/03/2013).

d.2 Nella specie, la considerazione della complessità della controversia insorta tra le parti in ordine alla effettiva titolarità passiva del rapporto obbligatorio nel periodo 2003/2007, nonché della esistenza di alcuni precedenti giurisprudenziali in materia e dell'elevato valore economico del contenzioso, rende opportuno estendere il contraddittorio alla Regione (*omissis*) (ex artt. 107/270 c.p.c.), come sollecitato dagli attori, al fine di decidere, nel predetto contraddittorio, sulla individuazione del soggetto passivo del rapporto nel predetto periodo.

Ed è noto che “il giudice di primo grado può ordinare in ogni tempo l'intervento del terzo a norma dell'art. 107 cod. proc. civ., quando ritenga necessario che il processo si svolga anche nei suoi confronti per essere la causa a lui comune e per esigenze di economia processuale. Ne consegue che, nel caso in cui l'intervento avvenga dopo l'espletamento dei mezzi istruttori, il terzo ha piena libertà di difesa e non è vincolato all'attività probatoria precedentemente svolta” (Cass. Sez. 2, sentenza n. 1252 del 14/02/1985; Cass. Sez. 2, sentenza n. 3237 del 11/11/1971); inoltre, il terzo assume nel processo una posizione autonoma, tale da consentirgli di proporre domande e difese senza riguardo allo stato della lite, salvo il limite generale della proposizione delle stesse con l'atto di costituzione in giudizio (Cass. Sez. 2, sentenza n. 459 del 23/01/1982).

Tutte le altre questioni dovranno essere decise nel prosieguo.  
(*omissis*)

Tribunale di Teramo – decr. 12 febbraio 2021 – Est. Marcheggiani

**Condotta antisindacale – Assemblea - Esclusione assemblea dirigente esterno di sindacato non firmatario del C.C.N.L. applicabile in azienda – Non sussiste**

*Non è antisindacale la condotta del datore di lavoro che inibisce la partecipazione all'assemblea dei lavoratori di un dirigente esterno di organizzazione sindacale che non sia firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva ovvero che non abbia partecipato alle trattative per la sua stipulazione, ancorché il sindacato di appartenenza di tale dirigente sia rappresentato all'interno della RSU.*

*(omissis)*

Con ricorso ex art. 28 Legge 20 Maggio 1970 n° 300 (Statuto dei Lavoratori) depositato in data 12.11.2024 il sindacato (*omissis*) Coordinamento provinciale di (*omissis*), affermando la sussistenza di un comportamento antisindacale da parte della (*omissis*) S.r.l., esponeva:

\* che il 4 settembre 2020 erano state svolte presso la società convenuta, esercente attività di produzione di manufatti ceramici ed applicante il CCNL “Ceramica Industria”, le elezioni per la nomina dei componenti della rappresentanza sindacale unitaria e che erano stati nominati rappresentanti della lista (*omissis*) i dipendenti (*omissis*) e (*omissis*) (dopodiché la stessa *omissis* aveva comunicato alla *omissis* S.r.l. in data 10 settembre 2020 la costituzione del sindacato in azienda);

\* che in data 05.10.2020 la R.S.U. aveva comunicato all'azienda di aver convocato un'assemblea con all'ordine del giorno “andamento e prospettive aziendali, previsione di fermata, stabilizzazione lavoratori precari, chiarimenti lavoratori in staff-leasing, varie ed eventuali”, alla quale avrebbero partecipato anche i dirigenti esterni dei tre sindacati costituenti la R.S.U., (*omissis*);

\* che, con in data 08.10.2020, prima dell'inizio dell'assemblea, al varco di accesso allo stabilimento era stato impedito l'accesso in azienda al responsabile regionale (*omissis*) dal sig. (*omissis*), lavoratore con mansioni promiscue di portineria, in forza di specifiche disposizioni aziendali, alla presenza del sig. (*omissis*);

\* che tale comportamento veniva subito confermato dalla dirigenza aziendale, in persona del sig. (*omissis*), procuratore speciale della resistente, incaricato, tra le altre incombenze, di rappresentare la società nei rapporti con

la (*omissis*) e l' (*omissis*), il quale, chiamato dal sig. (*omissis*), leggeva al segretario dell' (*omissis*), sig. (*omissis*), che non poteva entrare in azienda;

\* che, a quel punto, anche i segretari provinciali degli altri due sindacati che avevano eletto i propri iscritti nella R.S.U. decidevano di uscire dallo stabilimento per solidarietà sindacale e abbandonavano il sito;

\* che, stanti la sussistenza dei requisiti di nazionalità dell'organizzazione sindacale ricorrente e di rappresentatività della stessa, dimostrata dalla vasta attività negoziale compiuta sia prima della costituzione dell' (*omissis*) per fusione tra sindacati preesistenti, sia successivamente ad essa, il diniego di partecipazione all'assemblea del relativo dirigente provinciale integrava una condotta antisindacale del datore di lavoro reprimibile con l'azione ex art.28 L.300/70, che è concessa avverso la violazione dell'esercizio del diritto di partecipare all'assemblea indetta nel luogo di lavoro quale riconosciuto dall'art.20 dello Statuto dei lavoratori ai dirigenti esterni del sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale;

\* che, infatti, la (*omissis*) aveva costituito la R.S.U. aziendale insieme alle altre sigle sindacali (alle quali era stato invece consentito di far partecipare propri dirigenti all'assemblea) con due eletti e nell'Accordo Interconfederale del 10 gennaio 2014 – parte seconda –, cui la (*omissis*) aveva aderito, è stabilito che, se in azienda viene scelta quale forma di rappresentanza la R.S.U., questa rileva tutti i poteri della R.S.A.;

\* che la conseguenza del negato accesso al dirigente sindacale invitato a partecipare all'assemblea era la palese delegittimazione del sindacato cui questi appartiene, condizione rafforzata dalla discriminazione rispetto ai dirigenti esterni delle altre OO.SS., cui era stato concesso di accedere all'area aziendale senza opposizione,

\* che il predetto comportamento aziendale era stato ritenuto passibile di repressione con lo strumento ex art. 28 St. lav. anche in occasione del verificarsi di un caso pressoché identico, giunto all'esame della S.C. a seguito di ricorso proposto dal sindacato attuale ricorrente avverso il diniego di partecipazione ad un'assemblea indetta dalla componente di quest'ultimo presso uno degli stabilimenti aziendali della società (produttrice di auto) resistente in quel procedimento.

Ciò premesso, si chiedeva che, ai sensi dell'art.28 della L.300/70, venisse accertata e dichiarata la sussistenza di una condotta antisindacale da parte della (*omissis*) S.r.l., consistente nell'impedire la partecipazione alle assemblee sindacali del dirigente esterno della (*omissis*) Coordinamento provinciale, con ordine alla società di attenersi al disposto dell'art. 20 L.300/70 nei confronti

della O.S. ricorrente (come la società faceva nei confronti della *omissis*) anche per il futuro e – stante l'elevata probabilità del ripetersi della situazione che aveva dato luogo alla condotta contestata (convocazione di altre assemblee in capo alla R.S.U., con invito di dirigenti esterni), di non reiterare i comportamenti dichiarati antisindacali, il tutto con affissione della parte dispositiva del decreto a spese della convenuta ed a cura della ricorrente nelle bacheche esistenti nei locali dell'unità produttiva sita in Teramo per un periodo non inferiore a trenta giorni, quale forma di pubblicità adeguata per il nocumento che la lamentata condotta della resistente aveva prodotto all'immagine ed alla credibilità sindacale dell'O.S. ricorrente.

A seguito di costituzione nel procedimento speciale della società intimata, che resiste al ricorso con memoria difensiva depositata entro il termine assegnatole, si procedeva all'assunzione di sommarie informazioni.

Il ricorso non è fondato e, come tale, va rigettato.

A norma dell'art.20 della Legge 20 Maggio 1970 n° 300 (Statuto dei Lavoratori), “i lavoratori hanno diritto di riunirsi, nella unità produttiva in cui prestano la loro opera, fuori dell'orario di lavoro, nonché durante l'orario di lavoro, nei limiti di dieci ore annue, per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione. Migliori condizioni possono essere stabilite dalla contrattazione collettiva”. Dispone poi l'art. 15 contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori addetti alle aziende che producono manufatti in ceramica, sottoscritto in data 16.11.2016, che “Nelle singole unità produttive che occupino più di 15 dipendenti, potranno essere promosse, congiuntamente o singolarmente dalle Organizzazioni dei lavoratori firmatarie del presente contratto, assemblee del personale in forza presso l'unità medesima, con ordine del giorno su materie di interesse sindacale e del lavoro. (commi da 2 a 5: *omissis*) Alle assemblee potranno partecipare dirigenti sindacali esterni del Sindacato che ha costituito la Rappresentanza sindacale aziendale, previamente indicati al datore di lavoro”.

Le predette assemblee, a norma dell'art. 20, comma 2, della legge 20 maggio 1970, n° 300, “sono indette, singolarmente o congiuntamente, dalle rappresentanze sindacali aziendali nell'unità produttiva, con ordine del giorno su materie di interesse sindacale e del lavoro...” e ad esse, ai sensi del successivo comma 3, “possono partecipare, previo preavviso al datore di lavoro, dirigenti esterni del sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale”.

Ciò premesso, sostiene la società convenuta, da un lato, l'impossibilità di procedere alla convocazione di assemblea da parte dell'O.S. priva del requi-

sito di rappresentatività di cui all'art. 19, lett. b), L.300/70, quale risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013, e, dall'altro, la carenza della legittimazione a partecipare alle assemblee dei dirigenti esterni dell' (*omissis*), organizzazione sindacale priva di tale requisito di rappresentatività.

La resistente ricorda che con la citata sentenza additiva la Corte costituzionale si è pronunciata in ordine alla questione relativa alla perdurante compatibilità, con i parametri costituzionali evocati nell'ordinanza di rimessione, del criterio selettivo dei sindacati ammessi all'esercizio del diritto di costituire proprie rappresentanze presso le aziende. La vicenda, com'è noto, trae origine dal conflitto innescatosi a livello nazionale tra una primaria casa produttrice dell'industria automobilistica d O.S. particolarmente rappresentativa, che, venuto meno il requisito ex art.19, comma 1, lett. a), L.300/70, dopo l'abrogazione parziale referendaria della disposizione citata, risultava, stante la mancata applicazione di contratti collettivi da essa sottoscritti presso l'azienda (uscita dalla *omissis*), priva del requisito alternativamente fissato alla lett.b) della norma.

La soluzione accolta dal Giudice delle leggi, implicante la rielaborazione del criterio di selezione in conformità con i parametri costituzionali evocati dal Giudice remittente, di cui agli artt.2, 3 e 39 Cost., è stata quella di subordinare la legittimità costituzionale di tale criterio all'estensione di esso oltre l'ipotesi prevista, sino a ricomprendere, nella fattispecie costitutiva della rappresentatività idonea ex lege a legittimare la costituzione di rappresentanze aziendali, la mera partecipazione del sindacato alle trattative per la stipulazione del contratto di lavoro applicato nell'unità produttiva, senza più la necessità che tale partecipazione si sia tradotta nella sottoscrizione del testo dell'accordo finale.

Ciò posto, la resistente reputa inconferente l'ampia produzione documentale operata da parte ricorrente a dimostrazione della sussistenza del requisito della nazionalità della relativa organizzazione, ossia della partecipazione del sindacato a molteplici trattative aventi ad oggetto la stipulazione di accordi collettivi di interesse dei lavoratori addetti ad attività produttive in una pluralità settori economici diversi da quello di appartenenza di essa, di accordi di gestione di crisi aziendali e conciliazioni di controversie di lavoro.

A parere del giudicante tale impostazione è corretta e va condivisa.

La giurisprudenza della S.C., espressa anche nella motivazione della sentenza 9 giugno 2014, n.12885, invocata dalla ricorrente per sostenere il possesso del requisito di cui alla norma risultata dall'esito referendario, è infatti univoca nell'enunciare il principio per cui "Non deve confondersi, anche per

la pretesa incidenza della recente sentenza n. 231 del 2013 della Corte Costituzionale prospettata da parte ricorrente, la legittimazione ai fini dell'art. 28, con i requisiti richiesti dall'art. 19 della medesima legge per la costituzione di rappresentanze sindacali titolari dei diritti di cui al titolo terzo: l'art. 19, a questo specifico fine, richiede la sottoscrizione di contratti collettivi nazionali (o anche provinciali o aziendali, purché applicati in azienda); l'art. 28 non prevede analogo requisito, implicante il consenso della controparte datoriale, ma richiede esclusivamente che l'associazione sia nazionale (Cass. n. 16787 del 2011; Cass. n. 5209 del 2010; Cass. n. 13240 del 2009; Cass. n. 29257 del 2008). L'accertamento di fatto relativo al requisito di rappresentatività necessario per l'accesso alla tutela prevista dall'art. 28 dello Statuto costituisce indagine demandata al giudice di merito e, pertanto, è incensurabile, in sede di legittimità, ove assistita da sufficiente motivazione (Cass. n. 21941 del 2012; Cass. n. 3545 del 2012; Cass. n. 3544 del 2012; Cass. n. 16787 del 2011; Cass. n. 15262 del 2002)".

Ebbene, la circostanza dell'aver la parte ricorrente dimostrato (tramite la copiosa produzione di verbali di conciliazione in sede sindacale stipulati da propri rappresentanti e tramite l'elencazione di contratti collettivi sottoscritti, sia nel settore del lavoro privato sia in quello del lavoro pubblico, oltre che attraverso la rievocazione delle fasi storiche di avvio dell'attività sindacale da parte degli organismi la cui fusione avrebbe dato vita all'attuale *omissis*) di essere un organismo locale – coordinamento provinciale di (*omissis*) – di un'O.S. nazionale attiva nella promozione della tutela dei diritti dei lavoratori, con la partecipazione a trattative volte alla conclusione di accordi collettivi disciplinanti i rapporti di lavoro subordinato, con le inerenti attività di pressione, compresa l'indizione di astensioni collettive dal lavoro, miranti, queste, anche al riconoscimento di altri valori di solidarietà sociale eccedenti la sfera degli iscritti e dei lavoratori dipendenti in genere - è circostanza che lascia impregiudicata la soluzione della diversa questione consistente nel verificare il possesso da parte dell'O.S. del requisito di rappresentatività previsto ex lege per l'ammissione all'esercizio dei diritti di attività sindacale nei luoghi di lavoro riconosciuti nel titolo III dello Statuto dei lavoratori, di cui fa parte l'art.19, relativo alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, richiamato nel successivo art.20. L'avvenuta sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva resta, in altri termini, requisito necessario ai fini dell'ammissione dei dirigenti esterni dell'O.S., i cui iscritti sono stati eletti nella R.S.U., a partecipare alle assemblee indette presso l'unità produttiva aziendale da tale ultimo organismo (subentrato nelle prerogative della R.S.A.

giusta l'Accordo interconfederale 10.01.2014, cui ha aderito l'U.S.B.).

La ricorrente ha dedotto, nelle note di trattazione scritta per l'udienza del 13 gennaio 2021, in via logicamente subordinata, che il possesso di tale requisito doveva ritenersi incontestato, una volta che la società resistente aveva consentito lo svolgimento dell'assemblea, per aver l' (*omissis*) partecipato, tramite i propri rappresentanti nella R.S.U., eletti in numero di due su quattro componenti complessivi, ad indire l'assemblea stessa.

In proposito la ricorrente richiama il passo motivazionale della sentenza della S.C. 9 giugno 2014, n.12885, già citata in ricorso, in cui si osserva che, come constatato dalla Corte distrettuale, l'assemblea indetta dal (*omissis*) era stata autorizzata dalla società, per cui "oggetto del contendere era la partecipazione di dirigenti esterni all'assemblea oramai autorizzata e non se la stessa fosse stato o meno convocata da soggetto titolato".

La resistente ha replicato nelle note di trattazione scritta, depositate nel successivo termine assegnato per le repliche, che la citazione giurisprudenziale era inconferente ed ha argomentato che "la Corte si è pronunciata su una questione diversa: ha rigettato l'appello del datore di lavoro avverso la sentenza con cui il Giudice di primo grado ha statuito che il diritto ad indire l'assemblea non è della RSU unitariamente considerata bensì del singolo componente, in forza dell'art. 4 dell'Accordo Interconfederale del 1993. Nulla ha statuito la Corte in merito al diritto di Dirigenti esterni di partecipare all'assemblea. Anzi, la Corte conclude rilevando proprio che la questione non è stata sollevata".

Dalla lettura della motivazione della sentenza citata emerge, in effetti, che il ricorso per cassazione era stato proposto per sei motivi, i primi cinque riferiti ad *errores in iudicando* o a vizi di motivazione relativi all'accertamento compiuto dalla Corte distrettuale circa la sussistenza del requisito di nazionalità dell'organizzazione sindacale il cui organismo rappresentativo locale aveva depositato il ricorso ex art. 28 L. 300/70. Con il sesto motivo venivano, invece, lamentate violazione e falsa applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 20, perché la sentenza impugnata avrebbe erroneamente statuito che il diritto ad indire l'assemblea non è della RSU unitariamente considerata bensì del singolo componente, in forza dell'art. 4 dell'Accordo interconfederale del 1993.

Risulta, quindi, estraneo alla cognizione devoluta alla Corte di legittimità il riesame di questioni ulteriori e diverse rispetto alla questione anzidetta, essenzialmente di diritto.

La motivazione di rigetto del ricorso proposto dalla società datrice di lavoro in ordine a tale questione di diritto (vale a dire, si ripete, la questione se la

legittimazione ad indire l'assemblea sia attribuita a ciascun componente della r.s.u.) in nulla interferisce con la soluzione della diversa questione, che involge invece un accertamento di fatto e che, come tale, restava necessariamente estranea al controllo di legittimità, consistente nello stabilire se l'iniziativa di indire l'assemblea fosse stata nello specifico assunta da un componente della r.s.u. eletto nella lista presentata dall'O.S. non sottoscrittrice di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva. Non deve indurre in errore, sul punto, la circostanza dell'aver la S.C. apparentemente affrontato anche tale questione, nella parte della motivazione in cui ha rilevato che l'assemblea era stata consentita dal datore di lavoro (cioè che questi avesse debitamente concesso la disponibilità dei locali). Infatti, come ipotizzato anche dalla parte ricorrente (invero dolutasi dell'impossibilità di reperire il testo della sentenza del Tribunale di Cassino davanti al quale il giudizio si era svolto in primo grado, onde chiarire meglio la posizione ivi assunta dall'azienda), tale affermazione indica che la S.C. ha ritenuto precluso ogni accertamento di fatto, con conseguente insindacabilità della motivazione della sentenza impugnata, stante l'esistenza di una circostanza pacifica, che espungeva dal *thema decidendi* la questione e rendeva, invece, rilevante solo stabilire se la legittimazione ad indire l'assemblea sia riferibile al singolo componente della r.s.u., stante la natura di condotta ricognitiva della agibilità sindacale della sigla sindacale, nella cui lista era stato eletto tale componente, attribuita (evidentemente quale dato pacifico in causa) alla (qui impropriamente detta) autorizzazione data dalla società a svolgere in azienda l'assemblea che era stata indetta. Diversamente, nel caso di specie, in cui si contesta proprio l'esistenza del requisito della agibilità sindacale della sigla nella cui lista sono stati eletti i due componenti della r.s.u., diviene rilevante quell'accertamento, essenzialmente di fatto, mirante a verificare se la legittimazione ad indire l'assemblea sia stata spesa singolarmente da tali componenti, sì da precludere, una volta seguita la cd. autorizzazione datoriale allo svolgimento di essa, la contestazione dell'avvenuta sottoscrizione da parte del sindacato di appartenenza dei medesimi componenti di un contratto collettivo di lavoro applicato nell'unità produttiva.

L'assemblea sindacale dell'08.10.2020 è stata indetta da tre dei componenti della R.S.U. della (*omissis*) s.r.l. di (*omissis*) (di cui due eletti nella lista dell'*omissis*) con un atto a firma congiunta. L'iniziativa, che avrebbe potuto assumersi individualmente, è pertanto riferibile ad uno dei due componenti della R.S.U. iscritti alla (*omissis*) e alla (*omissis*) e tale circostanza rende ragione di come l'assemblea sia stata "autorizzata" dalla società.

È, infatti, costante nella giurisprudenza della S.C. - come ricordato an-

che nella citata sentenza 9 giugno 2014, n.12885 – l’affermazione del principio, cui il giudicante ritiene di doversi uniformare stante la persuasività delle sue ragioni fondanti, secondo il quale “Il combinato disposto degli artt. 4 e 5 dell’Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 (T.U. sulla rappresentanza, applicabile *ratione temporis*) deve essere interpretato nel senso che il diritto di indire assemblee, di cui all’ art. 20 della l. n. 300 del 1970 , rientra, quale specifica agibilità sindacale, tra le prerogative attribuite non solo alla r.s.u. considerata collegialmente, ma anche a ciascun componente della r.s.u. stessa, purché questi sia stato eletto nelle liste di un sindacato che, nell’azienda di riferimento, sia, di fatto, dotato di rappresentatività, ai sensi dell’ art. 19 della l. n. 300 del 1970 , quale risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013” (cfr. Cass., 6 febbraio 2020, n.2862, con richiamo a Cass., S.U., n.13978 del 2017).

La sottoscrizione dell’atto di indizione dell’assemblea anche da uno dei quattro componenti della r.s.u. eletto nelle liste di un’O.S. firmataria di contratto collettivo di lavoro applicato nell’unità produttiva deve dunque ritenersi verificata, legittimamente, dalla società, la quale si è astenuta dal contestare la legittimità della convocazione dell’assemblea in sé ed ha, invece e successivamente, in occasione dello svolgimento di essa, negato l’accesso al rappresentante esterno della (sola) organizzazione sindacale (tra quelle presenti nella r.s.u.) priva del requisito di rappresentatività costituito dall’aver partecipato alle trattative su contratto collettivo di lavoro applicato nell’unità produttiva. La mancanza solo di tale requisito è stata addotta a giustificazione del rifiuto di ammettere tale dirigente sindacale all’assemblea, come emerge dalle sommarie informazioni rese da (*omissis*), sentito a richiesta della resistente in qualità di esponente della sede locale della (*omissis*), il quale ha dichiarato che, per la motivazione del rifiuto stesso suggerita alla ditta associata, si era fatto riferimento “a quanto stabilito dalla sentenza di Cassazione 5 maggio 2003, n.6821”, per cui hanno “diritto a partecipare a tali assemblee i dirigenti esterni del sindacato firmatario del CCNL applicato”.

In tale pronuncia risulta essere stato enunciato il principio di diritto secondo il quale “Il diritto di partecipare alle riunioni di cui al comma 3 dell’art. 20 l. n. 300 del 1970 spetta esclusivamente ai dirigenti esterni delle organizzazioni sindacali firmatarie di contratti applicabili in azienda. Con particolare riferimento a quanto previsto dagli art. 4, 5 e 8 dell’accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, si deve infatti rilevare che:

a) la mera rappresentanza interna in seno alle assemblee della r.s.u. non costituisce titolo per ottenere la partecipazione di dirigenti esterni del proprio

sindacato alle assemblee aziendali, poiché il collegamento tra r.s.a. e r.s.u. operato con il citato accordo non consente di ipotizzare un'automatica trasmissione del requisito di rappresentatività e neppure di estendere analogicamente alle prime tutta la normativa relativa alle seconde; b) l'accordo, per far riferimento all'attribuzione di diritti e permessi, si richiama esclusivamente ai componenti esterni delle r.s.u. e non anche ai componenti esterni del sindacato; c) diversi sono i requisiti di consistenza per la presentazione di una lista all'elezione della r.s.u. (firme del 5 per cento dei dipendenti dell'unità produttiva) e per la costituzione della r.s.a. (sottoscrizione dei contratti di lavoro applicati nell'unità produttiva)".

In effetti, la carenza di tale requisito, come già detto, emerge dalle stesse produzioni ed elencazioni effettuate dalla parte ricorrente, limitate a verbali di conciliazione in sede sindacale di controversie di lavoro e ad accordi di gestione di crisi aziendali e contratti collettivi di lavoro per settori produttivi diversi da quello dei prodotti ceramici, cui appartiene la resistente.

Va pertanto accolta l'eccezione sollevata dalla resistente, secondo cui l'O.S. ricorrente ha omesso di dedurre e provare di essersi resa partecipe di trattative dirette alla stipulazione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva e di aver così integrato il requisito di rappresentatività utile ai fini della possibilità di assumere l'iniziativa di costituzione di r.s.u., dopo la parziale invalidazione del disposto dell'art. 19, lett.b), L.300/70 operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 231 del 2013, e, di conseguenza, indire assemblee dei lavoratori in azienda ai sensi del successivo art.20, a cui è inscindibilmente connesso il diritto di partecipazione alle assemblee dei dirigenti esterni dei sindacati che hanno visto eleggere i propri iscritti nella r.s.u. presso l'azienda. Nessuna condotta discriminatoria, infine, si ravvisa nell'esclusione del dirigente della ricorrente O.S. dall'assemblea a fronte del diverso trattamento riservato ai dirigenti delle OO.SS. nelle cui liste erano stati eletti gli altri due componenti della R.S.U. in azienda. La condotta è giustificata dal difetto di titolarità del diritto di partecipare all'assemblea.

Va pertanto esclusa l'esistenza del carattere antisindacale della condotta attuata dalla resistente anche con riferimento alla denunciata lesione della immagine della ricorrente, la cui esclusione dall'assemblea è dovuta ad un fattore privo di natura oggettivamente discriminatoria ex art. 15 L. 300/70 e fondato, per contro, sulla corretta applicazione della disciplina regolativa dell'esercizio del diritto di assemblea all'interno dei locali aziendali.

È per mera completezza opportuno rilevare che la titolarità del diritto di far eleggere dei propri iscritti nelle rappresentanze sindacali unitarie – rico-

nosciuto ad ogni O.S. – resta distinto dal diritto di costituzione delle r.s.u., cui accede quello di indizione, da parte dei componenti della r.s.u., di assemblee cui possono essere invitati a partecipare dirigenti esterni dell'O.S. a cui è iscritto il singolo componente che indice l'assemblea. In particolare, il diritto di assemblea, consacrato nell'art. 20, comma 1, della legge 20 maggio 1970, n°300, è un diritto che il legislatore riconosce in capo ai lavoratori, e non in capo alle organizzazioni sindacali. Legittimati ad indire le assemblee sul luogo di lavoro, invece, sono le rappresentanze sindacali aziendali (r.s.a.), e, dopo l'Accordo Interconfederale del 20.12.1993, le rappresentanze sindacali unitarie (r.s.u.).

I componenti di questa, pertanto, quali lavoratori dell'unità produttiva in cui la rappresentanza è costituita, hanno ex se diritto di partecipare all'assemblea, mentre, nella qualità di componenti della r.s.u., sono investiti delle prerogative delle r.s.a. tra cui è compresa quella di convocazione delle assemblee e di invitare ad esse dirigenti esterni della singola O.S. di appartenenza del componente della r.s.u. che procede all'indizione, a condizione che la rispettiva O.S. possieda il requisito di maggiore rappresentatività che la legittima a promuovere la costituzione della rappresentanza unitaria, anziché semplicemente a concorrere alle elezioni di quella promossa da altri sindacati. Tale disciplina è giustificata dalla circostanza del costituire l'indizione di un'assemblea l'azione sindacale sul luogo di lavoro che ha maggiore incidenza sull'attività aziendale. Le conseguenze che l'adozione del criterio di maggior rappresentatività - risultante dalla parziale abrogazione referendaria dell'art. 19 L.300/70, seguita dalla sentenza correttiva delle distorsioni del sistema così modificato resa dalla Corte costituzionale (n. 231 del 2013) - determina in ordine all'esercizio del diritto di convocazione dell'assemblea e di partecipazione ad essa di dirigenti sindacali esterni si riallacciano al richiamo da parte dell'art. 20 L.300/70 al precedente art.19 e si sottraggono a dubbi di compatibilità della disciplina ai parametri costituzionali di ragionevolezza nel trattamento differenziato di situazioni giuridiche (art. 3 Cost.) e garanzia di libera organizzazione sindacale (art. 39).

Anche nel CCNL applicato presso la società resistente, del resto, l'istituto della rappresentanza sindacale unitaria trova disciplina nell'art.13, mentre quello del diritto di assemblea è regolato nell'art.15, che attribuisce la competenza alla convocazione dell'assemblea "congiuntamente o singolarmente dalle Organizzazioni dei lavoratori firmatarie del presente contratto". Tale dissociazione della disciplina del diritto di assemblea, spettante ai singoli lavoratori, rispetto a quello di indizione di essa e di partecipazione alla stessa

di dirigenti sindacali esterni, ricalca, come osservato dalla parte resistente, la regolamentazione legislativa della materia e, va aggiunto, rispecchia l'intenzione dei contraenti di continuare a dare applicazione a tale regolamentazione anche nel CCNL del 2016, stipulato dopo la modifica dell'art. 19 L. 300/70 ad opera prima del referendum e poi della sentenza della Corte costituzionale citata, all'evidenza ritenute da esse interventi inidonei a mettere in discussione la legittimità della scissione tra il diritto di assemblea ed il diritto di invitare a parteciparvi dirigenti sindacali esterni. Alla luce di tali considerazioni, non emergono dunque elementi di fondatezza in ordine alla denunciata lesione di diritti sindacali. Il ricorso di cui in premessa va dunque rigettato.

La complessità delle questioni trattate costituisce una di quelle gravi ed eccezionali ragioni che giustificano la compensazione delle spese del procedimento tra le parti.

*(omissis)*

Tribunale di Pescara – sentenza 25 novembre 2020 – Est. Pulini

### **Apprendistato – Revocabilità dimissioni nel corso del periodo di prova – Sussiste**

*La norma che consente la revocabilità delle dimissioni entro sette giorni dalla sua comunicazione si applica anche nel corso del periodo di prova che non rientra tra le eccezioni espresse e tassative previste dalla norma stessa che, attesa la generale equiparazione tra contratto di lavoro subordinato e contratto di apprendistato, si applica altresì agli apprendisti.*

(*omissis*)

Con ricorso ex art.414 c.p.c. depositato in data 20.1.2020, (*omissis*) conveniva in giudizio (*omissis*) S.p.a. domandando la propria reintegrazione nel rapporto di lavoro instaurato sottoscrivendo in data 4.9.2019 la lettera di assunzione per il “conseguimento della Figura Professionale di Macchinista – Livello professionale B Tecnico specializzato – Posizione retributiva B3 del CCNL della Mobilità/ Area contrattuale Attività ferroviarie del 16 dicembre 2016”.

Erano poi seguite le dimissioni rassegnate, con l’apposita procedura telematica, il successivo giorno 5.9.2019, revocate tuttavia in data 12.9.2019.

Il ricorrente deduceva l’efficacia della revoca delle predette dimissioni in quanto comunicata con l’apposita procedura telematica prevista dall’art. 26 (Dimissioni volontarie e risoluzione consensuale) del D.Lgs. 151/2015.

Sosteneva comunque altresì l’invalidità delle medesime dimissioni ai sensi dell’art. 428 c.c. (perché comunicate a seguito del turbamento avuto dalla madre nell’apprendere che egli avrebbe dovuto allontanarsi da Pescara per seguire un corso di formazione previsto dopo la presa di servizio) ovvero degli artt. 1427 ss. c.c.

(*omissis*) S.p.a. si costituiva in giudizio resistendo alla domanda.

Istruita documentalmente, la controversia, all’esito della discussione tenuta ai sensi dell’art. 221, comma 4, D.L. 34/2020 conv. in L. 77/2020, mediante trattazione scritta con scambio e deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, viene decisa con Sentenza con motivazione contestuale.

\*\*\*

Il ricorso è fondato, considerata la incontestata revoca delle dimissioni comunicata nella forma telematica prevista dall’art. 26 (Dimissioni volontarie e risoluzione consensuale) del D.Lgs. 151/2015 (recante Disposizioni di

razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), che dispone quanto segue:

\* “1. Al di fuori delle ipotesi di cui all’articolo 55, comma 4, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sono fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali attraverso il sito [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it) e trasmessi al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente con le modalità individuate con il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui al comma 3. 2. Entro sette giorni dalla data di trasmissione del modulo di cui al comma 1 il lavoratore ha la facoltà di revocare le dimissioni e la risoluzione consensuale con le medesime modalità.

(*omissis*)

Non può infatti dubitarsi dell’applicabilità della norma relativa alla revocabilità delle dimissioni pur durante il periodo di prova, considerata la portata della disposizione, che prevede (al comma 7) eccezioni espresse e tassative tra le quali non figura la pendenza del periodo di prova, e considerato, inoltre, che detta disposizione introduce un regime peculiare di favore per il solo lavoratore, attribuendogli la eccezionale facoltà di revoca dell’atto di recesso (differentemente dalla ipotesi della recedibilità durante il periodo di prova ex art. 2096 c.c., concessa anche al datore di lavoro e nel solo caso di pattuizione del patto di prova).

Si tratta, dunque, di un beneficio ulteriore e non collegato alla *ratio* della introduzione delle dimissioni in forma telematica (la quale, peraltro, non sembra limitarsi solo all’intento di precludere il fenomeno delle dimissioni scritte senza data consegnate dal lavoratore al datore di lavoro al momento dell’assunzione, ma anche all’esigenza di evitare le incertezze che nella prassi si verificano sulla effettiva causa di estinzione del rapporto di lavoro (nel ricorrente dubbio se si tratti in concreto di licenziamento orale ovvero di dimissioni orali o per fatti concludenti).

La tesi sostenuta da (*omissis*) S.p.a., invece, seppure recepita anche dal Ministero del lavoro in apposita circolare, sembra finalizzata ad apportare alla disposizione una correzione interpretativa che il Legislatore non ha tuttavia previsto e che pare preclusa dalla chiarezza del disposto normativo, esulando in definitiva dal compito del Giudice, che è quello di applicare la normativa vigente, senza apportare interpretazioni non consentite da un chiaro tenore letterale.

\*\*\*

Neppure può dubitarsi dell'applicabilità della norma all'esame al contratto di apprendistato che è un rapporto di lavoro subordinato, seppure connotato da talune peculiarità.

L'art. 41 (Definizione) D.Lgs. 81/2015 (recante Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183) dispone infatti al comma 1 che "L'apprendistato è un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani".

L'art. 42 (Disciplina generale) del cit. D.Lgs. 81/2015 conferma la natura di contratto di lavoro subordinato, con equiparabilità alla disciplina generale, salve le diverse statuizioni espressamente previste dalla normativa per detto contratto e che lo contraddistinguono specificamente ... (*omissis*)

(*omissis*)

Ne consegue la necessaria riammissione in servizio, con assorbimento degli ulteriori motivi di dedotta invalidità delle dimissioni, che non è necessario pertanto esaminare.

\*\*\*

Va invece rigettata la domanda relativa al pagamento delle retribuzioni nelle more maturate, il rapporto di lavoro del ricorrente dovendo essere ripristinato nello stato iniziale al quale si trovava al momento della intervenuta revoca delle dimissioni (e, pertanto, nella pendenza del periodo di prova).

In ragione della soccombenza del ricorrente nella fase ex art.700 c.p.c. in corso di causa e, quanto alla fase attuale, con riferimento alla domanda di pagamento delle retribuzioni, e considerata altresì l'assoluta novità della questione interpretativa, le spese del giudizio possono essere integralmente compensate.

(*omissis*)



## Giurisprudenza penale

Tribunale di Pescara - Sent. 26.11.2020 - G.U.P. Colantonio - Imp. D'A. + 2

### **Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) - Elemento materiale - Modiche introdotte dal D.L. n. 76/2020.**

*La violazione delle prescrizioni di un atto amministrativo non può integrare la violazione di legge o regolamento, rilevante per la commissione del delitto di abuso d'ufficio.*

*A seguito della novella normativa introdotta dal D.L. n. 76/2020, il reato di cui all'art. 323 c.p. può configurarsi solo in conseguenza della violazione di regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.*

*(omissis)*

Ritiene il Giudicante che le risultanze investigative, tenuto conto della novella normativa che andava a modificare il precetto di cui all'art. 323 cp, hanno permesso di dimostrare la insussistenza del fatto di reato.

Ed invero, presso l'Università (omissis), veniva indetta una procedura di valutazione comparativa per il reclutamento di n. 01 posto di ricercatore con rapporto di lavoro a tempo determinato (omissis). La commissione esaminatrice veniva composta dai professori D'A. (Presidente), S. e G. (Segretario). All'appello in seduta pubblica partecipavano solo due candidati: la denunciante R. e tale M.. La commissione esaminatrice, all'esito della valutazione dei titoli e dei requisiti dei candidati, designava M. vincitore della procedura selettiva.

Come si rileva nell'imputazione, e come emerge negli atti, la commissione esaminatrice, pur facendo riferimento al bando di gara ed al D.M. n. 243/11, inseriva tra i titoli valutabili anche un criterio non indicato nel bando di gara e non previsto espressamente nel decreto ministeriale citato: G) Direzione e partecipazione a comitati editoriali di riviste e collane editoriali; Organizzazione o partecipazione al comitato scientifico di congressi e convegni in Italia e all'estero.

La denunciante, sulla scorta di tale emergenza fattuale, allegava che l'inserimento indebito del criterio di valutazione citato era stato effettuato dai

commissari al fine esclusivo di avvantaggiare il candidato M..

La denunciante, inoltre, evidenziava che la commissione esaminatrice aveva effettuato una ponderazione dei criteri e dei parametri in maniera non equilibrata, irrazionale e non motivata.

Così compendiata la vicenda oggetto di giudizio, subito deve affermarsi che la inosservanza alle prescrizioni contenute nel bando del concorso non può avere (né poteva avere anche all'epoca della condotta) rilievo per la configurabilità dell'ipotesi di reato di cui all'art. 323 cp, atteso che trattasi di violazione alle prescrizioni di un mero atto amministrativo e, quindi, di fonte normativa non riconducibile a quelle tassativamente indicate nel precetto penale (Cfr. Cass. Sez. VI° n. 27823/15).

Procedendo nell'esame della vicenda, non può tacersi che l'art 323 cp veniva novellato in forza delle disposizioni di cui al D.L. n. 76/20, convertito nella Legge n. 120/20; si rileva, in particolare, che le parole "in violazione di norme di legge e di regolamento" sono state sostituite con i seguenti termini "in violazione di specifiche regole di condotta espressi ente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini discrezionalità". In sostanza, a seguito della novella normativa reato di cui all'art. 323 cp può configurarsi solo in conseguenza della violazione di regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge cioè da fonti primarie con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano inoltre un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa (Cfr. Cass. Sez. F. n. 32174). Sulla scorta di tale considerazione può ragionevolmente affermarsi che, alla luce del tenore della novella normativa, le prescrizioni indicate nel Decreto Miur n. 243/11, in quanto disciplinate nell'ambito di un atto amministrativo espressione del potere regolamentare ministeriale, non possono essere valutate quale presupposto per la configurabilità del reato di cui all'art. 323 cp. Parimenti, non può integrare la fattispecie di reato di cui all'imputazione l'attività della commissione diretta alla valutazione ponderale dei requisiti dei candidati, atteso che, chiaramente, la stessa costituiva espressione di attività discrezionale e non vincolata. Per chiarezza, sul punto, è buona regola evidenziare che, sulla scorta del precetto di cui all'art. 323 cp, le eventuali violazioni alle prescrizioni regolamentari al bando di gara ed, infine, ai criteri di ragionevolezza nell'effettuazione delle scelte discrezionali possono avere rilievo esclusivo in sede di giustizia amministrativa (ed infatti, la vicenda risulta già valutata dal T.A.R. e dal Consiglio di Stato).

Le disposizioni di cui al D.L. n. 76/20 che hanno modificato il precetto del reato di cui all'art. 323 cp, riducendo l'estensione dell'area del penalmente rilevante costituiscono previsioni normative più favorevoli al reo che, ai sensi

del disposto di cui all'art 2, comma secondo, cp, devono trovare applicazione anche alle condotte, come quella descritta nell'imputazione, poste in essere in epoca antecedente alla entrata in vigore della novella. Di conseguenza, può affermarsi che la condotta descritta nell'imputazione, in forza del precetto di cui all'art. 323 cp novellato (quale normativa più favorevole), non ha rilievo penale, potendo essere oggetto di valutazione esclusivamente in sede amministrativa.

Ciò posto, deve emettersi la declaratoria di proscioglimento degli imputati, ai sensi degli artt 425 cpp e 2, comma secondo, cp, per insussistenza del fatto di reato.

*(omissis)*

Tribunale di Teramo - ord. 30.3.2021 - G.I.P. Prudenzano - Ind. R. + 8

**Archiviazione - Poteri del G.I.P. – Limiti.**

**Reati ambientali - Persona offesa - Opposizione alla richiesta di archiviazione (inammissibilità).**

**Rifiuto di atti d'ufficio (art. 328, co. 1, c.p.) - Persona offesa - Opposizione alla richiesta di archiviazione (inammissibilità).**

**Reati colposi di evento - Causalità della colpa.**

**Colpa specifica - Norme in materia di pianificazione urbanistica ed edilizia.**

*Il perimetro oggettivo entro il quale deve muoversi il G.I.P. chiamato a valutare la fondatezza della richiesta di archiviazione è il fatto così come individuato dal P.M., e non come ritenuto dal denunciante.*

*Persona offesa delle fattispecie penali in tema di inquinamento è solo lo Stato, nell'articolazione del Ministero dell'Ambiente.*

*Ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.p. è inammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione presentata da un ente rappresentativo ambientalista, peraltro non iscritto alla lista delle associazioni di tutela ambientale previste dall'art. 13 L. n. 349/1986, che non abbia ricevuto il consenso del Ministero dell'Ambiente.*

*Nel reato di rifiuto di atti d'ufficio (art. 328, co. 1, c.p.), persona offesa è la pubblica amministrazione e non il privato, e quindi unicamente la prima è legittimata a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione.*

*Nei reati colposi di evento (di danno o di pericolo), il mancato rispetto della regola cautelare di comportamento da parte di uno dei soggetti coinvolti non è di per sé sufficiente per affermare la responsabilità di questo per l'evento dannoso verificatosi, se non si dimostri l'esistenza in concreto del nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento (c.d. causalità della colpa).*

*Le norme di rilevanza amministrativa dettate in materia di pianificazione urbanistica ed edilizia non contemplano regole cautelari in vista della prevenzione di eventi naturalistici in materia ambientale, e dunque la loro violazione non può integrare la colpa specifica.*

*(omissis)*

A opinione di questo giudice gli atti di opposizione debbono essere dichiarati inammissibili e va accolta la richiesta del Pubblico Ministero.

Va premesso che il perimetro oggettivo entro il quale deve muoversi il giudice per le indagini preliminari chiamato a valutare la fondatezza della

richiesta di archiviazione è il fatto così come individuato dal Pubblico Ministero e non come ritenuto dal denunciante.

E ciò perché è il Pubblico Ministero il *dominus* dell'individuazione del fatto-reato meritevole di costituire oggetto delle indagini preliminari in vista delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

Tale assunto è confermato da quella giurisprudenza di legittimità che inibisce l'assunzione da parte del giudice per le indagini preliminari di ordini di imputazione coatta per reati diversi da quelli per i quali sono state iscritte in base ai provvedimenti del Pubblico Ministero le persone indagate (al riguardo v. di recente Cass. pen., Sez. IV, n. 1217/2018, la cui massima recita: "costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari, sia l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione").

Nel caso che ci occupa il Pubblico Ministero, nell'esercizio delle sue prerogative istituzionali, si è determinato nel senso di avviare e coltivare le indagini preliminari per il reato di cui all'art. 452 *quinquies* co. 2 c.p., investigando sulla produzione da parte di soggetti a vario titolo coinvolti nella vicenda dei (omissis) di un pericolo di inquinamento della falda acquifera.

È questo, e soltanto questo, il perimetro entro il quale deve muoversi il giudizio odierno.

Si tratta di ipotesi di reato colposa del tutto differente da quelle evocate negli atti di opposizione degli enti esponenziali, che fanno riferimento addirittura a ipotesi delittuose caratterizzate da differente coefficiente psicologico (artt. 439 c.p.) ovvero poste a presidio di beni giuridici affatto diversi da quello dell'ambiente (art. 650 c.p., contravvenzioni edilizie relative a omesse attivazioni di procedimenti amministrativi tesi al conseguimento di titoli edilizi, nulla osta dell' (omissis), omissioni di atti di ufficio relative alla predisposizione di programmi e regolamenti addebitate ai soggetti istituzionali più disparati, vagamente connessi a (omissis)).

Tale essendo la premessa metodologica deve concludersi per l'inammissibilità degli atti di opposizione.

Si è pienamente consapevoli della giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata, che ammette la facoltà delle associazioni ambientaliste a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali, peraltro al "solo fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti dal sodalizio a causa del degrado ambientale, mentre non possono agire in giudizio per il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica" (fra le tante v. Cass. pen., Sez. III, n. 14828/2010).

Si reputa tuttavia che vada adeguatamente distinto il profilo dell'esperi-

mento dell'azione risarcitoria in vista della tutela di interessi propri dell'associazione ambientalista da quello dell'esercizio di facoltà connesse alla titolarità del bene giuridico protetto dalle norme penali a tutela dell'ambiente.

Va a tal proposito rammentato, come ha fatto opportunamente ed efficacemente la difesa di (omissis), il combinato disposto degli artt. 91 e 92 c.p.p.

“Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato” (art. 91 c.p.p.).

“L'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato è subordinato al consenso della persona offesa” (art. 92 co. 1 c.p.p.).

Al riguardo si condivide qui l'impostazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità la quale, muovendo dal presupposto logico-giuridico secondo cui è solo lo Stato, nell'articolazione del Ministero dell'Ambiente, il titolare dell'interesse protetto dalle fattispecie penali in tema di inquinamento, ritiene che “Le associazioni ambientaliste, pertanto, pur potendo in astratto essere portatrici di una pretesa risarcitoria «concorrente» per danni «propri» ulteriori e diversi rispetto al danno ambientale di natura pubblica (Sez. III n. 14828 del 11.2.2010, rv 246812) non possono - in quanto tali - ritenersi persone offese ma solo potenziali danneggiati, legittimati a costituirsi parte civile in ipotesi di esercizio dell'azione penale lì dove prospettino la ricorrenza di danni patrimoniali correlati alla concreta azione posta in essere (in riferimento al perseguimento degli scopi statutari) nel territorio oggetto della condotta illecita. Solo in ipotesi di consenso espresso ricevuto da parte della persona offesa - da identificarsi, per quanto sinora detto, nel Ministero dell'Ambiente - dette associazioni, in presenza dei requisiti formali di cui all'art. 91 cod. proc.pen., potrebbero surrogarsi nei diritti spettanti alla persona offesa, tra cui quello di esercitare la facoltà di opposizione alla richiesta di archiviazione” (Cass. pen., Sez. I, n. 10993/2015).

Si condivide tale impostazione, che trova peraltro riconoscimento in altre pronunce della Suprema Corte che si sono occupate dello specifico profilo della legittimazione degli enti ambientalisti alla presentazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione in procedimenti penali per reati ambientali (fra le quali Cass. pen., Sez. III, n. 554/2007, richiamata peraltro dalla difesa di (omissis)), ed è pienamente conforme al dettato del codice di procedura penale vigente, il quale separa nettamente le figure della persona offesa e del danneggiato dal reato.

Nel caso che ci occupa non risulta manifestato in modo esplicito il consenso dello Stato nella sua articolazione del Ministero dell'Ambiente.

Fra l'altro le due associazioni opponenti non risultano neppure iscritte alle liste delle associazioni di tutela ambientale previste dall'art. 13 L. n. 349/1986.

Da ultimo l'effettività della tutela ambientale del (omissis) è del tutto opinabile, tenuto conto dell'epoca della sua costituzione giustamente evidenziata dal Pubblico Ministero nella richiesta di archiviazione.

Considerazioni non dissimili valgono per quello che riguarda la legittimazione a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione in relazione al delitto di cui all'art. 328 c.p., oggetto del procedimento penale riunito.

Viene qui in rilievo la giurisprudenza di legittimità per la quale "Nel reato di rifiuto di atti d'ufficio di cui all'art. 328, comma primo, cod pen., persona offesa è la pubblica amministrazione e non il privato, il quale può risentire solo eventualmente, quale persona danneggiata, della condotta antigiuridica del pubblico ufficiale e non è pertanto legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero" (Cass. pen., Sez. VI, n. 41114/2019). Sicché sotto questo profilo le opposizioni sono radicalmente inammissibili.

Nel merito non si può che concordare con la richiesta del Pubblico Ministero, la quale costituisce il frutto di un'attività di indagine che definire monumentale appare perfino riduttivo, tenuto conto della notevole quantità di elementi di prova e di valutazione della prova raccolti durante la lunga fase investigativa che ha poi condotto all'emissione del decreto di citazione diretta a giudizio.

Ineccepibile deve dirsi il richiamo al principio del *ne bis in idem* da parte del Pubblico Ministero.

Al riguardo va osservato che la data di consumazione del fatto-reato, enfatizzata dagli enti esponenziali, non costituisce elemento dirimente nella direzione della diversità del fatto storico oggetto di addebito nei procedimenti penali paralleli per il medesimo titolo di reato.

Sul punto ci si può limitare a richiamare la recente giurisprudenza di legittimità che ritiene la data di consumazione del reato elemento non essenziale dell'imputazione e la considera suscettibile di correzione, anche in corso del dibattimento, senza che ciò comporti necessariamente una vera e propria modifica dell'originaria imputazione, laddove rimanga immutato il fatto storico nel suo nucleo essenziale (Cass. pen., Sez. I, n. 9887/2021; Sez. V, n. 48879/2018). Ciò che appare essere accaduto nella specie.

Come argomentato dal Pubblico Ministero in sede di discussione all'u-

dienza camerale, peraltro, in relazione alle condotte accertate dal personale dell'A.R.T.A. Abruzzo nel febbraio 2019 si sta procedendo in separato procedimento penale, richiamato analiticamente dal Pubblico Ministero.

È stato illustrato in modo analitico, inoltre, come alcune delle doglianze oggetto delle denunce delle associazioni siano state radicalmente escluse dalle investigazioni demandate all'organo di polizia giudiziaria. Quanto alle condotte relative al mancato conseguimento del nulla osta dell'Ente Parco ovvero alla mancanza di titoli edilizi in relazione alle opere presenti nei laboratori, va anzitutto rammentato che ai fini dell'affermazione di responsabilità per reati colposi di evento (di danno o di pericolo) occorre "che il risultato offensivo sia la concretizzazione del pericolo preso in considerazione dalla norma cautelare; ovvero, in altri termini, che l'evento lesivo rientri nella classe di eventi alla cui prevenzione era destinata la norma cautelare. Si evidenzia così la cd. causalità della colpa e cioè il principio secondo cui il mancato rispetto della regola cautelare di comportamento da parte di uno dei soggetti coinvolti in una fattispecie colposa non è di per sé sufficiente per affermare la responsabilità di questo per l'evento dannoso verificatosi, se non si dimostri l'esistenza in concreto del nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento" (da ultimo Cass. pen., Sez. IV, n. 9749/2021; n. 27242/2020).

Tanto premesso occorre in questa sede precisare che le norme, di rilevanza amministrativa, dettate in materia di pianificazione urbanistica ed edilizia non paiono contemplare regole cautelari (integranti profili di colpa specifica) in vista della prevenzione di eventi naturalistici del tipo di quelli previsti dalla fattispecie penale di cui all'art. 452 *quinquies* c.p.

Di conseguenza si tratta di violazioni del tutto irrilevanti ai fini dell'integrazione del fatto reato oggetto di addebito provvisorio da parte del Pubblico Ministero.

Non risultano, da ultimo, omissioni di atti di ufficio in relazione alla presentazione del rapporto di sicurezza relativo a stabilimenti in cui sono presenti sostanze pericolose discendente dall'art. 8 D.Lgs. n. 334/2018, come risulta dalla nota del Ministero dell'Interno, Dipartimento dei vigili del fuoco, soccorso pubblico e difesa civile, Direzione regionale Abruzzo del (omissis).

Di qui la declaratoria di inammissibilità delle opposizioni e l'accoglimento della richiesta di archiviazione avanzata dal Pubblico Ministero (omissis)

Tribunale di L'Aquila - Sent. 28.10.2020 - Est. Pistone - Imp. S.

### **Processo penale - Diversità del fatto - Nullità**

*L'ordinanza con cui il Giudice, esaurita la discussione, inviti il P.M. alla modifica dell'imputazione per diversità del fatto rispetto a quello contestato, è nulla per violazione dell'art. 521, co. 2, c.p.p.*

*La nullità si estende a tutti gli atti successivi all'ordinanza, compresa la sentenza di primo grado.*

*(omissis)*

L'esame degli atti utilizzabili per la decisione impone di dichiarare la nullità della sentenza di primo grado, cui segue il rinvio degli atti al Giudice di Pace di L'Aquila.

È infatti emerso che all'udienza del (omissis) il giudice ha dichiarato chiuso il dibattimento e le parti hanno concluso come da verbale in atti; in particolare, il difensore dell'imputata ha concluso chiedendo in via principale la pronuncia di una ordinanza ex art. 521 comma 2 c.p.p. e la restituzione degli atti al p.m.

Il giudice si è ritirato in camera di consiglio e, successivamente, ha emesso un'ordinanza con la quale, rilevata la parziale diversità del fatto rispetto a quello oggetto del capo di imputazione, ha invitato il p.m. ad una modifica dell'imputazione medesima. Modificata la stessa e notificato il verbale all'imputata, all'udienza del (omissis), sentite le conclusioni delle parti, il giudice ha emesso la sentenza di condanna oggi impugnata.

Sul punto risulta fondato l'atto di impugnazione nella parte in cui rileva la nullità dell'ordinanza del (omissis) e di tutti gli atti ad essa conseguenti.

Come noto, infatti, l'art. 516 c.p.p. stabilisce che, se nel corso dell'istruttoria il fatto risulta diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio, il p.m. modifica l'imputazione e procede alla nuova contestazione; qualora ciò non avvenga e sia ormai terminata la fase dell'istruttoria dibattimento, il giudice, se accerta che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio, dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al p.m. ex art. 521 comma 2 c.p.p.

Inequivocabile, peraltro, il dato letterale di cui all'art. 522 c.p.p., secondo cui la violazione delle norme prima indicate costituisce un'ipotesi di nullità.

Ebbene, nel presente processo, a seguito della chiusura dell'istruttoria, dopo la discussione delle parti e nel corso della fase deliberativa, il giudice ha invitato il p.m. alla modifica dell'imputazione, invece che emettere un'ordinanza di restituzione degli atti al p.m., come previsto nelle ipotesi in cui, nel corso della fase deliberativa, il fatto risulti diverso da come descritto.

Si osserva, d'altronde, che la giurisprudenza richiamata dal giudicante

nell'ordinanza pronunciata il (omissis), reiettiva delle eccezioni del difensore dell'imputata, appare in realtà inconfidente. Da un lato, infatti, essa afferisce all'ipotesi di genericità ed indeterminatezza del capo di imputazione e non all'ipotesi del fatto diverso da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio (si veda sul punto la stessa giurisprudenza richiamata nell'ordinanza prima indicata, secondo cui *“non è abnorme l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento, rilevata la diversità del fatto contestato e non costituente reato (nella specie: mera falsificazione di assegni) rispetto a quello emerso all'esito dell'istruttoria e penalmente rilevante (uso degli assegni falsificati), dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen., pur senza averlo preventivamente sollecitato a modificare o integrare il capo d'imputazione. (In motivazione, la S.C. ha evidenziato la necessità di distinguere tale ipotesi da quella in cui il giudice rileva la genericità o indeterminatezza dell'imputazione)”*, Cass. Sez. V, sentenza n. 46134 del 13.6.2014, deposito del 7.11.2014); dall'altro, essa è stata dettata in relazione alla fase dell'udienza preliminare (cfr. Cass. SS.UU. 5307 del 20.12.2007 citata nella medesima ordinanza del giudicante) e non è applicabile nell'ambito del dibattimento, in cui non solo non è ammesso l'invito ad una modifica del capo di imputazione per l'emersione di un fatto diverso da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio, ma è altresì vietato invitare il p.m. ad esercitare i propri poteri in relazione ad un capo di imputazione generico o indeterminato (cfr. *“in caso di genericità o indeterminatezza del fatto descritto nel capo di imputazione, il giudice del dibattimento deve dichiarare la nullità del decreto che dispone il giudizio, ai sensi dell'art. 429, comma 2, cod. proc. pen. (o del decreto di citazione a giudizio, ai sensi dell'art. 552, comma 2, dello stesso codice), senza alcuna previa sollecitazione, rivolta al pubblico ministero, ad integrare o precisare la contestazione, non essendo estensibile alla fase dibattimentale il meccanismo correttivo che consente al giudice dell'udienza preliminare di sollecitare il pubblico ministero alle opportune precisazioni e integrazioni, indicandogli, con ordinanza interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche alla base del rilevato getto dell'imputazione”*, Cass. Sez. II, sentenza n. 23545 del 18.4.2019, deposito del 29.5.2019).

L'ordinanza pronunciata il (omissis) è pertanto affetta da nullità, risultando pertanto affetti da nullità tutti gli atti ad essa conseguenti, compresa la sentenza di primo grado.

L'accoglimento del predetto motivo di appello, comportando la nullità della sentenza, risulta assorbente.

Ai sensi dell'art. 604 commi 1 e 4 c.p.p., gli atti devono essere trasmessi al Giudice di Pace di L'Aquila; il giudice, tuttavia, dovrà essere diverso da quello che ha emesso la sentenza annullata.

(omissis)

(1)

Tribunale di Pescara - Ord. 21.1.2020 - Pres. Villani - Est. de Rensis - Ind. C. + 1.

### **Misure cautelari reali - Appello - Giudicato cautelare.**

*Nel giudizio di appello proposto avverso un decreto di sequestro preventivo possono essere dedotte solo questioni diverse da quelle relative alla legittimità dell'imposizione del vincolo, attinenti alla persistenza delle ragioni che giustificano il mantenimento della misura, mentre il riscontro del fumus commissi delicti è riservato alla fase del riesame, con conseguente inammissibilità del gravame che deduca per la prima volta in sede di appello motivi inerenti unicamente alla carenza, nel momento genetico della misura, delle condizioni previste dall'art. 321 c.p.p.*

*(omissis)*

OSSERVA

La giurisprudenza in tema di appello contro i provvedimenti in materia di sequestro preventivo.

Appare doveroso rappresentare come questo Tribunale presti ossequio agli orientamenti secondo i quali:

- in materia di appello avverso ordinanze su misure cautelari reali, i termini in cui si articola il procedimento non sono perentori, atteso che l'art. 310 c.p.p., cui fa riferimento l'art. 322-bis c.p.p., non richiama il disposto del quinto, nono e decimo comma dell'art. 309 c.p.p.;
- pertanto, la mancata trasmissione degli atti da parte dell'Autorità Giudiziarica procedente entro il giorno successivo alla richiesta, o la mancata decisione da parte del Tribunale entro venti giorni dalla ricezione degli atti, non comportano la perdita di efficacia del provvedimento cautelare (cfr. Cass. sez. III n. 44013 del 24-9/2-11-2015, rv. 265073);
- nel giudizio di appello proposto avverso un decreto di sequestro preventivo possono essere dedotte solo questioni diverse da quelle relative alla legittimità dell'imposizione del vincolo, attinenti alla persistenza delle ragioni che giustificano il mantenimento della misura, mentre il riscontro del *fumus delicti* è riservato alla fase del riesame. Ne consegue l'inammissibilità del gravame che deduca per la prima volta in sede di appello motivi inerenti unicamente alla carenza, nel momento genetico della misura, delle condizioni previste dall'art. 321 c.p.p. (cfr. Cass. sez. V n. 31725 del 22-4/21-7-2015, rv. 265303);
- in tema d'impugnazione di misure cautelari reali, la riserva di enunciazione

dei motivi di cui all'art. 324, comma 4, c.p.p., trova esclusiva applicazione con riferimento al procedimento di riesame, instaurato ai sensi degli artt. 322, 257, 318 e 355, comma 3, c.p.p., ma non è estensibile all'appello previsto dall'art. 322-bis c.p.p. (cfr. Cass. sez. III n. 19011 dell'11-2/7-5-2015, rv. 263553, in cui la Corte ha ritenuto che correttamente l'ordinanza del Tribunale avesse dichiarato inammissibili i motivi enunciati nelle note d'udienza e non tempestivamente dedotti nell'appello cautelare);

- in sede di appello relativo a provvedimenti *de libertate*, il principio della domanda, se preclude al Giudice la possibilità di mutare il fatto posto a fondamento della imputazione cautelare, ovvero di disporre misure più gravi di quelle richieste con il promuovimento dell'azione (o, nelle misure reali, di sostituire con un altro il bene della vita di cui è chiesto il sequestro), non impedisce allo stesso di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica né di ravvisare gli indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari per ragioni diverse o ulteriori rispetto a quelle prospettate dall'organo di accusa (cfr. Cass. sez. III n. 29966 del 1-4/9-7-2014, rv. 260253);
- nel procedimento conseguente all'appello contro provvedimenti in materia di sequestro preventivo, è legittima la produzione di documentazione relativa ad elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, sempre che sia rispettato l'ambito del *devolutum* e sia assicurato il contraddittorio delle parti (cfr. Cass. sez. II n. 12245 del 14-2/15-3-2013, rv. 255539);
- in tema di misure cautelari reali, è immediatamente esecutiva l'ordinanza emessa a norma dell'art. 322-bis c.p.p. dal Tribunale che, in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero, abbia disposto il sequestro preventivo, in quanto la clausola di compatibilità che regola il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 310 c.p.p. esclude l'operatività del comma 3 di tale articolo, ai sensi del quale l'efficacia del provvedimento è differita fino alla definitività dello stesso, trattandosi di previsione riferita esclusivamente alla libertà personale (cfr. Cass. sez. II n. 11204 del 9-2/17-3-2016, rv. 266371).

Il rigetto dell'impugnazione.

Ferma l'evidente sussistenza del *fumus commissi delicti* della truffa aggravata compendiata al capo F) dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari del (omissis) {fumus peraltro sindacabile soltanto ai sensi dell'art. 322 c.p.p. e quindi non in sede di appello - ampiamente illustrato dal Giudice per le indagini preliminari nel decreto del (omissis)}, deve ritenersi la sussistenza del *periculum in mora* legittimante il mantenimento della cautela reale per quanto di ragione.

(omissis)

(2)

Tribunale di L'Aquila - Ord. 24.12.2020 - Pres. Est. Ilari - Ind. M.

### **Misure cautelari personali - Appello - Giudicato cautelare**

*La mancata proposizione di riesame avverso l'ordinanza applicativa della misura cautelare fa sì che su di essa si formi il giudicato cautelare, con la conseguenza che è preclusa al giudice dell'appello (ex art. 310 c.p.p.) la valutazione delle questioni inerenti alla sussistenza dei presupposti di applicazione della misura.*

*(omissis)*

L'appello è infondato.

Osserva il collegio che i motivi di impugnazione articolati si risolvono per lo più nella censura dell'ordinanza genetica: la difesa, in sostanza, ha rivisitato le risultanze delle indagini ed ha concluso che non sussistevano i presupposti per l'imposizione della misura cautelare, difformemente da quanto ha ritenuto il G.I.P. con l'ordinanza del (omissis).

Tale operazione non è consentita, in quanto il mezzo di impugnazione qui esperito è l'appello avverso l'ordinanza reiettiva del (omissis) (il riesame non è stato proposto e sono decorsi i termini previsti a pena di decadenza).

Il giudizio - del G.I.P. prima, e di questo Tribunale ora - consiste nel valutare se i presupposti di applicazione della misura cautelare sono venuti meno o non alla luce di nuovi elementi sopravvenuti.

Pertanto, non si tornerà sulle questioni inerenti alla sussistenza dei presupposti di applicazione della misura, in quanto sul giudizio espresso dal G.I.P. nell'ordinanza genetica è sceso il c.d. giudicato cautelare: la valutazione sarà qui limitata all'incidenza sull'impianto accusatorio delle nuove emergenze dedotte dalla difesa, al fine di accertare la correttezza dell'ordinanza reiettiva dell'istanza di revoca della misura cautelare, o di sua sostituzione.

La difesa ha dedotto un solo nuovo elemento, costituito dalla sospensione dal servizio dell'indagato, al quale ha aggiunto le dichiarazioni rese da questi in occasione dell'interrogatorio di garanzia, risoltesi in sostanza nella totale negazione degli addebiti.

Ha così parcellizzato la condotta ascritta all'indagato, dando ad ogni elemento posto dal P.M. a fondamento della domanda cautelare un significato diverso da quello attribuitogli dal Pubblico Ministero, prima, e dal G.I.P., poi.

Tale operazione è certo consentita, ma deve essere operata attraverso l'impugnazione dell'ordinanza impositiva, con il mezzo del riesame.

Con il diverso strumento dell'appello, l'indagato deve portare alla cogni-

zione del giudice nuovi elementi, e non limitarsi a dare la propria interpretazione degli elementi a suo carico.

Dunque, l'unico elemento sopravvenuto - tale peraltro da influire non sulla valutazione del quadro indiziario, ma su quello delle esigenze cautelari - è costituito dalla sospensione dal lavoro dell'indagato.

Tale emergenza non è tale da condurre ad una diversa valutazione delle esigenze cautelari o ad una diversa scelta della misura.

Ciò in quanto si tratta di mera sospensione con conservazione dello stipendio che dipende unicamente dal volere del coindagato P., il quale potrebbe in qualunque momento revocarla, cosicché, in sostanza, la tutela delle esigenze cautelari finirebbe per essere demandata dal Tribunale alle buone intenzioni del coindagato.

Non vi è chi non veda che - indipendentemente dal fondato sospetto di inquinamento probatorio che desta una così tempestiva sospensione, ma con mantenimento dell'intera retribuzione - si tratta di circostanza del tutto irrilevante, che non conduce alla conclusione auspicata dalla difesa.

Alla stregua di tali considerazioni, si impone il rigetto dell'appello, e la conseguente condanna di M. al pagamento delle spese del procedimento.  
(*omissis*)

#### NOTA REDAZIONALE

*Entrambe le pronunce, rese l'una in tema di misure cautelari reali e l'altra in tema di misure cautelari personali, hanno rigettato gli appelli proposti dagli indagati sull'assunto per cui il c.d. giudicato cautelare si formi anche in assenza di riesame avverso il provvedimento genetico della misura.*

*Così statuendo, però, esse si sono poste in contrasto con il granitico orientamento della Giurisprudenza di legittimità per cui, ove l'indagato non abbia esperito alcun mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza genetica della misura, allora non possa legittimamente ravvisarsi un giudicato cautelare.*

*Tale regola iuris è cristallizzata sin da tempo: elaborata dapprima in diverse pronunce delle Sezioni semplici in tema di misure cautelari personali, è stata avallata dalle sentenze Buffa, Palumbo e Pirro pronunciate in data 8.7.1994 dalle Sezioni Unite sempre in tema di misure cautelari personali (Cass. pen, Sez. Unite, 08/07/1994, n. 11, Buffa; Cass. pen, Sez. Unite, 08/07/1994, n. 12, Palumbo; Cass. pen, Sez. Unite, 08/07/1994, n. 13, Pirro), per poi essere estesa anche alle misure cautelari reali (Cass. pen., Sezioni Unite, n. 29952/2004 e n. 46201/2018).*

*Le due ordinanze in commento sono state cassate con rinvio dalla Corte di Cassazione.*

Tribunale di Pescara - Sent. 6.10.2020 - Est. Marino - Imp. L.V.

**Diffamazione (art. 595 c.p.) - Causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.) - Diritto di critica - Limiti**

*L'esimente del diritto di critica non è applicabile alla comunicazione, inviata agli organi disciplinari, con cui oltre a riportare atti o manifestazioni della persona offesa si effettuino anche considerazioni che si riverberino direttamente sulla persona denigrandone la reputazione.*

*(omissis)*

La sentenza gravata merita conferma.

Quanto ai primi due motivi di gravame, che possono essere esaminati unitariamente, deve ritenersi pacifico che l'imputata indirizzò la missiva contenente le espressioni oggetto di incriminazione a tre soggetti tutti titolari di poteri autoritativi o ispettivi per la valutazione del comportamento lamentato dalla L. nei confronti della persona offesa G., caratteristica della condotta che, in presenza degli ulteriori presupposti legittimanti, avrebbe comportato l'applicazione dell'esimente dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.).

Premesso che alla condotta dell'imputata non può applicarsi la più favorevole (rispetto all'ambito di applicabilità dell'art. 51 c.p.) esimente di cui all'art. 598 c.p., atteso che la stessa è configurabile soltanto quando l'autore delle espressioni ingiuriose acquisti la qualità di "parte" del procedimento davanti all'Autorità giudiziaria o amministrativa, e non è tale l'autore di un esposto volto a provocare un procedimento disciplinare (cfr., ex plurimis, Cass. pen. sez. V, 06\07\2018, n.39486).

Nel caso di specie, le espressioni "inesistente competenza professionale e illogicità linguistica", riferite direttamente alla persona di G. esulano certamente dall'ambito di copertura dell'esimente di cui all'art. 51 c.p., trattandosi di considerazioni che riverberando direttamente sulla persona (*argumentum ad personam*) e non su determinati atti o manifestazioni della stessa, di per sé esorbitano dai limiti del diritto di critica, trasmodando in una denigrazione della reputazione della persona. Né le espressioni lesive dell'onore utilizzate dall'appellante potevano ritenersi funzionali al diritto di far sottoporre il bersaglio della propria critica alla responsabilità disciplinare, atteso che l'esposto aveva anche ricostruito analiticamente (secondo l'ottica dell'esponente) una serie di comportamenti attribuiti (anche) alla persona offesa, ciò che sarebbe

stato sufficiente, anche senza l'aggiunta delle espressioni ingiuriose oggetto di imputazione, a raggiungere il fine di sottoporre a valutazione disciplinare i fatti attribuiti alla G..

È appena il caso di rilevare che sulla configurazione dell'illecito penale contestato non rileva in alcun modo la fondatezza delle ragioni dell'imputata, peraltro sconfessate dalla circostanza che fu proprio l'inerzia di L. nel fornire la documentazione medica richiesta dalla persona offesa (confermata dalle acquisite s.i.t. del teste V.) la ragione per la quale fu espresso il diniego all'accesso della terapia richiesta dall'appellante.

Da ultimo, non ha pregio nemmeno il terzo motivo di gravame, atteso che l'esposto vergato dall'imputata risulta datato (omissis), mentre il fatto ingiusto lamentato dall'appellante (ammesso che fosse tale) risale al (omissis) dello stesso anno, data in cui fu emesso, a firma della persona offesa, il verbale di valutazione con il diniego della terapia. Difetta, evidentemente, il requisito della tempestività della reazione rispetto al fatto ingiusto altrui, presupposto imprescindibile dell'invocata applicazione dell'esimente di cui all'art. 595 comma II c.p.

*(omissis)*

Tribunale di Pescara - Ord. 19.11.2020 - G.I.P. Di Carlo - Ind. C.

**Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.) - Elemento soggettivo - Emergenza pandemica.**

*Non è ravvisabile il dolo richiesto dall'art. 388 c.p. in capo al genitore collocatario che ritenga prioritario il diritto alla salute del figlio rispetto agli incontri con il genitore non collocatario nel periodo pandemico.*

*(omissis)*

S., in sintesi, ha presentato querela per essergli stato impedito dall'ex moglie C. a far data dal (omissis) di esercitare il suo diritto di visita e di incontro fisico con le loro due figlie minori nei termini formalizzati nei provvedimenti giudiziari relativi alla separazione.

Coincidendo il periodo temporale incriminato con quello di emergenza Coronavirus in cui il Governo italiano ha adottato misure limitative della libertà personale, sul tema della compatibilità dell'esercizio del diritto di visita dei genitore con i divieti imposti dai D.P.C.M. la giurisprudenza di merito ha espresso posizioni dissonanti, ora privilegiando il diritto alla salute (Tribunale di Bolzano, decreto 4.04.2020 - Tribunale di Verona, decreto 27.03.2020 - Tribunale di Trento, decreto 31.03.2020 - Tribunale di Bari, decreto 27.03.2020 - Corte di Appello di Bari, decreto 26.03.2020 - Tribunale di Napoli, decreto 26.03.2020 - Tribunale di Terni, decreto 30.03.2020) ora quello della bigenitorialità (Tribunale di Milano, decreto 11.03.2020 - Tribunale di Salerno, decreto 13.03.2020 - Tribunale di Vallo della Lucania, decreto 26.03.2020 - Tribunale di Treviso, decreto 3.04.2020 - Tribunale dei Minorenni di Roma, decreto 6.04.2020 - Tribunale di La Spezia 7.04.2020 - Tribunale di Lecce, decreto 9.04.2020 - Tribunale di Pesaro, decreto 16.04.2020), prospettando un ventaglio di soluzioni che vanno dalla sospensione temporanea delle visite dei genitore non collocatario, alla modifica delle modalità di svolgimento degli incontri, postposti o accorpati, mantenendo integro il periodo concesso a ciascun genitore, al mantenimento del diritto di visita anche nel periodo dell'emergenza, pur con la previsione di accorgimenti che limitassero l'esposizione a potenziale contagio dei minori e degli altri familiari che fossero venuti a contatto con gli stessi.

Nel caso di specie, piuttosto, ai fini dell'utile esercizio dell'azione penale difetta il versante soggettivo del reato di cui all'art. 388 c.p., nel senso che non appare sostenibile che C. abbia deliberatamente impedito a S. di vedere

le figlie nella consapevolezza in tal modo di contravvenire ai termini stabiliti dall'A.G.

La posizione della C. di ritenere prioritario il diritto alla salute delle figlie, pure avallata dalla giurisprudenza di merito, alla luce degli atti allegati alla memoria depositata dalla difesa dell'indagata ulteriormente si connota e sempre più snatura il versante del dolo generico laddove si registra che in un messaggio del (omissis) S. rinvia il suo incontro con le figlie perché lui aveva la febbre, che da marzo a maggio le bambine hanno avuto rapporti con il padre telefonici come in videochiamata, che a limitazioni cessate gli incontri del padre con le figlie sono ripresi come cadenzati.

*(omissis)*

## Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sentenza del 28 gennaio 2021 n. 26 - Pres. Umberto Realfonzo - Est. Maria Colagrande

### **Procedura di valutazione comparativa per il conferimento di incarico lavorativo apicale – Giurisdizione del Giudice Amministrativo – Sussistenza – Conoscenza “aliunde” del provvedimento oggetto di impugnazione – Inizio del termine di decadenza dell’impugnazione**

*1. Qualora una procedura di valutazione comparativa presenta i tratti distintivi di una selezione concorsuale (nel caso di specie pubblicazione di un bando, nomina di una Commissione, predeterminazione dei criteri di valutazione del curriculum e del colloquio, selezione della terna dei candidati che hanno conseguito il miglior punteggio), sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo.*

*2. La presenza del ricorrente ad una riunione presso l’Ufficio con la partecipazione del Dirigente vincitore della selezione, costituisce conoscenza “aliunde” della sua nomina e da tale data inizia a decorrere il termine per l’impugnazione. Da ciò consegue la pronuncia di irricevibilità per il decorso del termine di 60 giorni.*

*(omissis)*

Considerato che:

- il ricorrente ha aderito all’avviso pubblico del 25.5.2018 con il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha indetto una procedura di valutazione comparativa per il conferimento dell’incarico triennale di titolare dell’USRA, scelto d’intesa tra il Sindaco del Comune dell’Aquila e il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, fra tre nominativi selezionati fra i dieci candidati ammessi al colloquio dopo la valutazione del curriculum. Il ricorrente, inserito nella terna dei nominativi selezionati all’esito del colloquio, contesta la nomina del controinteressato sotto il duplice, gradato, profilo del difetto di uno dei requisiti richiesti per l’ammissione - sebbene egli ne avesse dichiarato il possesso - e dell’erronea valutazione dei titoli presentati; sostiene inoltre di essere stato egli stesso penalizzato nella valutazione dei titoli.

Resistono le Amministrazioni intime e il controinteressato.

Il Comune dell'Aquila eccepisce il difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, la Presidenza del Consiglio eccepisce l'incompetenza territoriale in favore del TAR Lazio e tutte le parti eccepiscono l'irricevibilità del ricorso.

Dopo lo scambio di memorie e repliche il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza di 13 gennaio 2021.

Non è fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune, in quanto, da un lato, il procedimento di nomina per cui è causa, testualmente definito nel bando "*procedura di valutazione comparativa*", presenta tutti i tratti distintivi di una selezione concorsuale riservata funzionalmente alla giurisdizione amministrativa dal comma 4 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 (pubblicazione del bando, nomina di una commissione, predeterminazione dei criteri di valutazione del *curriculum* e del colloquio, selezione della terna dei candidati che hanno conseguito il miglior punteggio), dall'altro, le censure esposte nel ricorso riguardano proprio l'applicazione discrezionale dei criteri di ammissione alla selezione e di valutazione dei *curricula*.

Su una questione del tutto sovrapponibile a quella in esame (selezione mediante valutazione del *curriculum* di una rosa di dieci candidati fra i quali scegliere, all'esito del colloquio, tre nominativi da proporre per la nomina) il Consiglio di Stato ha condivisibilmente affermato la giurisdizione amministrativa valorizzando proprio l'intrinseca natura concorsuale di una tale procedura (Consiglio di Stato sez. VI, 2/2/2018, n.677).

L'eccezione di difetto di giurisdizione pertanto è respinta.

Deve essere respinta anche l'eccezione di incompetenza territoriale perché, come affermato in sede di incidente cautelare, gli effetti dell'atto impugnato sono limitati all'ambito territoriale della Regione Abruzzo, con conseguente competenza del TAR adito ai sensi dell'art. 13, comma 1, del c.p.a.

È invece fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso.

Risulta dai documenti prodotti dalla difesa del controinteressato che in data 9.4.2019 il ricorrente ha partecipato a una riunione nella sede dell'USRA, presente lo stesso controinteressato nella veste di "*titolare dell'Ufficio speciale per la ricostruzione dell'Aquila*", e in tale qualità, nel verbale del 19.4.2019 trasmesso via pec al ricorrente, si dà atto che egli era intervenuto alla riunione.

Pertanto, il ricorrente già in data 19.4.2019 aveva acquisito formale conoscenza del fatto che l'incarico al quale aspirava era stato conferito al controinteressato, né tale circostanza poteva apparirgli equivoca per avere il controinteressato già assunto la veste di "*responsabile dell'area tecnica dell'USRA*",

come sostenuto in replica all'eccezione, trattandosi per vero di un incarico diverso dalla posizione di vertice di titolare dell'USRA in seguito assunta dal controinteressato.

Il fatto che sia mancata una notifica personale dell'esito della selezione a coloro che vi avevano preso parte, non esclude che abbia efficacia ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la conoscenza acquisita *aliunde* di tale esito, come affermato dalla giurisprudenza e di recente confermato da Consiglio di Stato sez. VI, 11/06/2020, n.3731: *“La “piena conoscenza” di un provvedimento della p.a.- il cui verificarsi determina il dies a quo per il computo del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale - si ha quando la parte interessata percepisce l'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sua sfera giuridica, in modo da rendere distinguibile l'attualità e la concretezza dell'interesse ad agire contro di esso; può, dunque, parlarsi di piena conoscenza quando la parte interessata individua l'atto e il suo contenuto essenziale, non essendo necessaria la conoscenza di tutti i suoi elementi, essendo invece sufficiente che la stessa sia stata edotta di quelli essenziali, quali l'autorità amministrativa che l'ha emanato, la data, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo”*.

Pertanto il ricorso è chiaramente tardivo, in quanto notificato il 26.7.2019, ben oltre il sessantesimo giorno dalla conoscenza acquisita il 19.4.2019 del conferimento ad altri dell'incarico di titolare dell'USRA.

L'esito in rito della controversia giustifica la compensazione delle spese processuali, restando impregiudicate le questioni di merito e salva la successiva, doverosa attività di verifica della veridicità delle dichiarazioni rese in sede procedimentale dal controinteressato e l'eventuale adozione di altrettanto vincolati provvedimenti di autotutela, ove ne risulti accertata la falsità (Consiglio di Stato sez. VI, 31/12/2019, n. 8920).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sentenza del 26 marzo 2021 n. 163 - Pres. Umberto Realfonzo - Est. Mario Gabriele Perpetuini

**Servizi pubblici – Affidamento dei servizi ferroviari di interesse regionale – Approvazione schema di Regolamento da parte della Regione Abruzzo – Omessa previsione di un sistema di monitoraggio del servizio ferroviario che verifichi il rispetto di tutti i parametri previsti nella convenzione con il concessionario - Illegittimità**

*1. La Regione Abruzzo, nell’approvazione della disciplina regolamentare relativa ai servizi ferroviari in concessione, è obbligata ad applicare il principio del “price-cap” ai fini di una dinamica tariffaria agganciata agli indicatori di qualità.*

*2. Per tale ragione l’Ente Regionale, con la partecipazione delle Associazioni dei Consumatori, deve procedere alla periodica verifica dei parametri “Puntualità – Affidabilità – Pulizia- Decoro e Confort”, ai fini dell’approvazione di un possibile aumento delle tariffe e ciò attraverso l’aggancio ad un miglioramento della qualità complessiva del servizio.*

*(omissis)*

1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente sostiene l’illegittimità dello schema contrattuale approvato dall’Ente R. che si baserebbe sulla previsione di un sistema di corrispettivi contrattuali e di ricavi tariffari crescenti nel corso dell’affidamento contrattuale, a parametri quantitativi e qualitativi del servizio invece invariati e la cui verifica sarebbe affidata a un sistema di monitoraggio che vede la partecipazione del solo Ente R.

Lo schema contrattuale approvato dall’Ente Regionale prevede un aggiornamento tariffario anno per anno ancorato al solo indice ISTAT, come previsto dall’articolo 13 del Contratto denominato “Politica Tariffaria” e la modifica delle tariffe nei casi previsti dall’articolo 8 del Contratto, intitolato “Variazione del Corrispettivo e Rimodulazione del PEF”, di scostamento tra i dati attesi (di costi e ricavi del servizio) e i dati effettivi dello stesso, non ancorato quindi a un parametro di qualità previamente definito in contratto né a un sistema, anch’esso previamente definito, di recupero di efficienza dei costi dello stesso, come invece previsto dalla normativa sopra richiamata in tema di “price-cap”.

Eguale, rispetto ai parametri di qualità del servizio, lo schema contrattuale prevede all’articolo 14, rubricato “Politica della qualità dei servizi”, la definizione di parametri dello stesso riferiti alle seguenti voci riporta-

te nell'Allegato n. 2 del contratto: "puntualità, affidabilità, pulizia, decoro e comfort", la cui verifica è affidata esclusivamente all'Ente Regionale e senza la partecipazione delle Associazioni dei Consumatori, mancando di considerare alcuni parametri di qualità previsti dalla normativa vigente richiamata dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti e di fissare obiettivi minimi di miglioramento nonché un sistema di aggiornamento degli stessi nel corso della durata dell'affidamento contrattuale.

2. Nello specifico, con il primo motivo di censura si lamenta l'illegittimità della Deliberazione della Giunta Regionale n. 675 del 2016 e dell'Allegato A alla stessa contenente il contratto di servizio relativo all'affidamento del trasporto ferroviario locale alla società T. per il periodo dal 2015 al 2023 nella parte in cui non prevede l'applicazione del metodo del price-cap nell'aggiornamento delle tariffe applicate all'utenza.

La censura è fondata.

L'applicazione del metodo del *price-cap* nell'aggiornamento delle tariffe applicate all'utenza è previsto dall'articolo 18, comma 2 lettera g) del Decreto Legislativo 19 novembre 1997 n. 422 e specificato dalla Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 2015, alla Misura 19, richiamata dalla Misura n. 17 della medesima Delibera quale contenuto minimo obbligatorio dei contratti di servizio aventi ad oggetto l'affidamento in esclusiva del trasporto pubblico locale ferroviario.

Il *price-cap* è, nel dettaglio, un metodo di regolazione della dinamica tariffaria che consiste nell'applicazione di un tetto (cap) alla variazione media di un paniere di tariffe applicate dall'impresa affidataria, che ha una funzione incentivante della qualità del servizio.

Il metodo del *price-cap* è disciplinato dalla legge 14 novembre 1995 n. 481, articolo 2, commi 18 e 19, cui fa esplicito rinvio il Decreto Legislativo n. 422 del 1997 per la sua applicazione in tema di trasporto pubblico locale.

La citata previsione legislativa prevede in particolare l'applicazione di tre parametri nell'elaborazione del metodo:

a) un tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI) rilevato dall'ISTAT;

b) un obiettivo di variazione del tasso annuale di produttività, prefissato per l'intera durata del contratto;

c) un recupero di qualità del servizio nel corso del periodo contrattuale rispetto a uno standard iniziale prefissato.

Il meccanismo previsto dall'Autorità di regolazione dei Trasporti con la Delibera n. 49 del 2015 prevede per l'appunto un metodo di *price-cap* tarif-

fario basato su una dinamica tariffaria agganciata anno per anno all'aumento o alla diminuzione degli indicatori di qualità del servizio previamente definiti in contratto, e quindi con un possibile aumento delle tariffe verificabile al solo aumento della qualità complessiva del servizio, la cui verifica è affidata al sistema di monitoraggio del servizio aperto alla partecipazione delle Associazioni dei Consumatori.

Nello schema contrattuale invece approvato dalla Giunta Regionale con la Deliberazione n. 675/2016 non si dà attuazione a tali disposizioni.

3. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta l'illegittimità della Deliberazione impugnata nella parte in cui non prevede gli standard quali-quantitativi minimi del servizio e i connessi obiettivi minimi di miglioramento in conformità e rispetto a tutti i fattori e criteri di qualità del servizio di trasporto come definiti nella Carta della Mobilità di cui al D.P.C.M. del 30 dicembre 1998 e nella norma UNI EN 13816.

Il motivo è fondato.

Lo schema contrattuale approvato dall'Ente Regionale, all'art. 14, prevede la valutazione della qualità del servizio rispetto ai parametri indicati nell'Allegato 2 del contratto e quali nel dettaglio "Puntualità – Affidabilità – Pulizia – Decoro e Comfort", senza tuttavia regolamentare, nemmeno rispetto a questi, degli obiettivi minimi di miglioramento anno per anno degli stessi.

Lo schema contrattuale approvato dall'Ente Regionale non prevede dunque la valutazione del servizio rispetto a tutti i criteri previsti sia dalla Carta dei Servizi definita dal DPCM 30.12.1998 sia dalla norma UNI EN 13816, richiamati dall'art. 19 del D.lgs. 422/1997 e dalla Misura n. 17 della Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 2015 e quali accessibilità del servizio (in termini di capillarità e frequenza dello stesso), sicurezza del viaggio, grado di informazioni alla clientela, aspetti relazionali/comunicazionali con l'utenza, livello di servizio nelle operazioni di sportello, integrazione modale, attenzione all'ambiente.

Eguale va precisato che anche per i parametri di qualità indicati nei contratti di servizio non vengono previste unità di misurazione degli stessi dettagliate ed in conformità a quanto previsto dall'articolo 3.2 della Carta della Mobilità emanata con il D.P.C.M. del 30.12.1998.

Infine, non si prevede alcun piano di miglioramento anno per anno degli standard di qualità del servizio, come invece obbligatorio ai sensi delle disposizioni vigenti sopra riportate.

4. Con la terza e quarta censura si lamenta l'illegittimità dell'articolo 16 dell'Allegato Schema di Contratto di Servizio approvato con Deliberazione della Giunta Regionale n. 675 del 2016 per violazione dell'art. 2 comma 461

lettere c), d), e) ed f) della Legge n. 244 del 2007.

Le censure sono fondate.

Lo schema contrattuale approvato dall'Ente affidante è illegittimo in quanto non stabilisce la previsione di un sistema di monitoraggio del servizio permanente, che verifichi il rispetto di tutti i parametri del servizio previsti nel Contratto, sotto la diretta responsabilità dell'ente locale e con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, nonché l'istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento del servizio mediante la disamina dei reclami e delle osservazioni giunte nel corso dell'anno, nonché, in linea anche con la normativa comunitaria di riferimento in ordine al coinvolgimento e alla valorizzazione del ruolo delle associazioni dei consumatori, la previsione di un prelievo a carico del gestore del servizio, predeterminato nel contratto stesso per la sua intera durata e volto a finanziare l'attività di monitoraggio e verifica svolta dalle associazioni dei consumatori.

La normativa citata, nell'ottica del rafforzamento del ruolo delle associazioni dei consumatori, prevede alla lettera c) *“che sia periodicamente verificata l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge”*, prevedendo altresì alla lettera f) che le attività di cui alla lettera c) siano *“finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto stesso”*.

Lo schema contrattuale approvato dall'Ente Regionale non prevede alcun sistema di adeguamento dei parametri contrattuali qualitativi e quantitativi aperto alle osservazioni delle associazioni dei consumatori, né tantomeno il finanziamento di tali attività mediante un prelievo posto a carico del gestore.

In particolare l'art. 14 comma 3 dello schema contrattuale approvato dall'Ente Regionale affida l'individuazione dei possibili adeguamenti degli standard qualitativi del servizio alla stessa T., senza prevedere la partecipazione delle Associazioni dei Consumatori, né definire il prelievo a carico del gestore per il finanziamento di tali attività.

5. Per i motivi predetti il ricorso deve essere accolto.

La particolare complessità delle questioni trattate rende opportuna la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe;  
(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza del 24 maggio 2021 n. 269 - Pres. Paolo Passoni - Est. Renata Emma Ianigro

**Accesso alla facoltà di Medicina – Istanze di trasferimento - Sistema universitario - Fabbisogno di professionalità sanitarie – Offerta potenziale - Flessibilità – Adeguamento – Pubblicazione di nuovo bando – Nuovo avviso – Atto generale – Commissario ad Acta – Inadempimento – Iscrizione in sovrannumero – Diritto allo studio - Prevalenza**

1. *Dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5429/2020, cui questo Tar si è conformato, emerge che l’offerta potenziale di laureati in medicina, di cui all’articolo 3 della legge 264 del 1999, è sì condizionata da precisi elementi strutturali e di personale, docente e non docente, disponibili, ma deve tenere conto e dunque adeguarsi non solo al fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo (anche nel rispetto dell’accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni), ma pure a quello formativo degli aspiranti a partecipare ai corsi di medicina (e dunque al fabbisogno di maggiore offerta formativa) e a ricevere un “livello di istruzione minimo e adeguato in Atenei gestiti in condizioni adeguate”; e dunque, a tal fine, l’offerta potenziale deve assicurare “un’adeguata flessibilità” (a tal fine si rileva che alcuni parametri sono di per sé già derogabili, senza incidere sulle dotazioni materiali e di personale, si veda l’art. 3 del D.P.C.M. 24.05.2001 secondo cui “di norma” il numero dei posti letto messo a disposizione delle facoltà di medicina è pari a tre per ogni studente; nonché l’articolo 2 lett. c) della legge 264 del 1999, che prevede la “possibilità di organizzare, in più turni, le attività didattiche nei laboratori e nelle aule attrezzate, nonché dell’utilizzo di tecnologie e metodologie per la formazione a distanza”).*

2. *Pertanto il parametro dell’offerta formativa potenziale (che comunque deve essere accertato ed esplicito in modo veritiero, chiaro e intellegibile, nonché motivato con una tabella di corrispondenza a tutti i parametri previsti dalle norme di legge e regolamentari) non è da ritenere un dato rigido e immutabile nel tempo (una mera fotografia dell’esistente), ma deve essere ritenuto appunto flessibile e funzionalmente orientato, in quanto si deve costantemente adeguare a quelle che sono le mutate esigenze formative, sia degli studenti che partecipano alla selezione di ingresso al primo anno sia di quelli che chiedono il trasferimento da altri corsi affini, non potendo perdurare una costante situazione di inadeguatezza formativa resa palese dal proliferare, non solo a livello locale, dei contenziosi come quello di specie (T.A.R. Pescara, sentenze nn. 58, 68, 73, 74, 80, 84, 86, 87, 23, 126, 163 del 2021, passate in giudicato).*

3. Dunque, nell'esecuzione del presente dictum giurisdizionale, l'Amministrazione e, successivamente, il Commissario ad acta dovranno operare nel rispetto dei succitati principi così ulteriormente dettagliati, provvedendo senza ritardo alla pubblicazione del bando per l'anno in corso previa rideterminazione dei criteri di selezione e dei posti disponibili adeguati ai parametri sopra richiamati, ed alla formulazione della graduatoria ivi includendovi gli studenti interessati (dal presente contenzioso) all'iscrizione a Medicina, senza richiedere il rinnovo dell'istanza di immatricolazione; mentre, per le istanze relative agli anni accademici precedenti, in mancanza della possibilità di adottare un bando per il passato, l'Università dovrà procedere, comunque, a una valutazione complessiva e contestuale delle medesime, previa predisposizione di un atto generale contenente i criteri predeterminati e uniformi secondo i principi già enunciati da questo Tribunale (cfr. ex multis: T.a.r. Pescara sentenza n. 352/2020).

4. In caso persistente inadempimento dell'Università nei primi 30 giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza, e del Commissario ad acta (individuato nel Segretario Generale del Ministero dell'Università), nei successivi 30 giorni, la parte ricorrente dovrà essere iscritta in sovrannumero (Consiglio di Stato ordinanza 1836 del 2021), non potendo il diritto allo studio essere condizionato dalla mera inerzia.

(omissis)

#### CONSIDERATO

- che, rispetto alle istanze di iscrizione ad anni successivi al primo per le Facoltà a numero chiuso, questo T.a.r., per l'anno accademico 2019/2020, ha, in un primo momento accolto i ricorsi per silentium effettuati dagli studenti ricorrenti di provenienza da altre sedi o Facoltà, e, in seguito all'impugnazione del bando per i trasferimenti pubblicato per il detto anno accademico il 3.12.2019 con avviso di trasferimento rep.n.2554/19 prot.88857 del 2.12.2019, a partire dal ricorso iscritto al n.189/2020 definito con sentenza n.283 del 25.09.2020, ha annullato il bando ritenendo fondate le censure circa la natura palesemente discriminatoria dell'atto in specie sul requisito del numero minimo di crediti formativi per accedere al corso;

- che, con la medesima pronuncia n. 283/2020, e allo stesso modo su casi analoghi con altre successive sentenze, non fatte oggetto di gravame da parte dell'amministrazione resistente, questo T.a.r., avendo annullato il bando di selezione per i trasferimenti dell'anno 2019/2020, e dando atto dell'intervenuto annullamento con sentenza del Consiglio di Stato n.5429 dell'11.09.2020 del d.m. 28 giugno 2018 n.524 di determinazione del fabbisogno formativo a

causa del disallineamento con la offerta formativa universitaria, e della insussistenza di un limite numerico ragionevolmente imposto per l'accesso tramite trasferimento, ha accolto "ai fini del riesame" i ricorsi proposti da studenti che avevano fatto domanda di trasferimento nelle more della elaborazione di criteri uniformi secondo i principi enunciati in motivazione e previa elaborazione di criteri generali e astratti valevoli per tutti i candidati e corsi di laurea con crediti riconoscibili;

che con la predetta pronuncia n. 5429 cit. il Consiglio di Stato dava atto che:

- per l'anno accademico 2018/2019 per la prima volta il fabbisogno era stato superiore alla complessa offerta formativa degli Atenei senza che sia stato spiegato perché mai per l'anno in questione la capacità ricettiva sia risultata più bassa rispetto agli anni precedenti;

- l'art. 3 comma 1 della legge n. 264/1999, nel fissare il riparto delle competenze in materia tra il Ministero della Salute e il MIUR, impone a quest'ultimo di valutare altresì l'offerta potenziale del sistema universitario tenendo anche conto del fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo, per cui è stretta e autonoma competenza del Ministero e non del sistema universitario valutare l'essenza e l'efficacia dell'offerta potenziale anno per anno, nel cui giudizio entra pure il fabbisogno per assicurare un gettito omogeneo e costante di professionisti sanitari in ciascun anno accademico;

- è scorretto quindi predicare la supremazia dell'offerta formativa rispetto al fabbisogno, posto che è l'una che deve tendere verso l'altro, negli ovvi limiti della ragionevole duttilità organizzativa del sistema universitario, e non viceversa;

- gli esuberanti sono da ritenersi "strutturali" a causa di un contenzioso alimentato anche da errori della P.A. specie per l'assenza di ogni seria e leale capacità di contenimento di fenomeni massivi di contenzioso che tendono a ripetersi ad intervalli regolari e che possono essere evitati con un più accorto uso da parte dell'amministrazione del contenimento degli interessi coinvolti nel procedimento;

- che, in conseguenza del predetto annullamento, il Consiglio di Stato in sede cautelare ha disposto l'iscrizione degli studenti - che avevano fatto ricorso - al secondo anno del corso di Laurea per l'anno accademico 2019/2020 con diritto a seguire le lezioni e sostenere i relativi esami (cfr ex plurimis ordinanze cautelare n. 5609 del 21.09.2020);

- che, rispetto al pregresso anno accademico 2019/2020, contrariamente a quanto sostenuto in atti dall'amministrazione universitaria, questo T.a.r. con le pregresse pronunce non ha introdotto surrettiziamente, né in sede di ricorsi per

silentium né successivamente in sede di annullamento del bando, una procedura di trasferimento c.d. “a sportello”, dal momento che alle pronunce cautelari di accoglimento sono seguite sentenze di accoglimento delle istanze di trasferimento “ai fini del riesame” che, non essendo state impugnate, avrebbero richiesto un’ulteriore attività di ottemperanza da parte dell’amministrazione, di concerto con il Ministero, che avrebbe dovuto adeguarsi, prima, al giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5429 sopra richiamata, e poi alla riedizione del potere secondo le coordinate dettate da questo T.a.r. in giudicato, per ricondurre nell’alveo della legittimità la procedura di selezione indetta per il precedente anno accademico;

- che, rispetto all’anno accademico in corso 2020/2021, l’amministrazione intimata, nel motivare l’impugnato diniego, ripropone in parte le medesime motivazioni già censurate da questo T.a.r. con le predette pronunce, e inoltre incorre nella censura evidente, intrinseca e palese contraddittorietà, dal momento che, da un lato, oppone la necessità di presentare domanda previa pubblicazione di un bando ai sensi del regolamento di cui al DM 218/2020, e poi, in maniera incongrua, rappresenta comunque l’assenza di posti disponibili per far luogo a nuove domande di trasferimento;

- che secondo il d.m. 218/2020, punti 12 e 13, l’iscrizione agli anni successivi al primo può avvenire a seguito di presentazione di domanda da effettuarsi “esclusivamente” in un momento successivo alla pubblicazione di specifici avvisi o bandi emanati dall’Ateneo, in presenza di disponibilità di posti per la coorte di studenti delle precedenti programmazioni relative all’anno di corso di possibile assegnazione, nonché a seguito del riconoscimento dei CFU conseguiti in precedente carriera;

- che rispetto al motivo relativo all’ “indisponibilità dei posti” risulta fondata la censura di difetto di istruttoria stante l’accertata assenza di un’attività di ottemperanza espletata successivamente alle precedenti sentenze di appello e di primo grado menzionate con cui si era imposto al Ministero dell’Università di provvedere di concerto con il Ministero della Salute alla rideterminazione del fabbisogno, nonché di ottemperanza da parte dell’Università intimata alle pronunce con cui questo T.a.r. ha annullato il bando trasferimenti per l’anno accademico 2019/2020;

- che, come già anticipato in precedenza, la rideterminazione del fabbisogno dell’anno accademico 2018/2019, il cui d.m. è stato annullato dal giudice d’appello, è destinata a riverberare i suoi effetti anche per i successivi anni accademici dal momento che la quantificazione dei posti disponibili avviene anche sulla base dei posti resisi vacanti, ivi inclusi quelli destinati ai cittadini non comunitari, in base alla programmazione del precedente anno;

- che tale ultimo principio è stato ribadito da ultimo dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 7441 del 28.12.2020 con cui –dopo approfondimento istruttorio sulla dichiarata mancanza di posti dichiarata da un Ateneo romano per l'iscrizione ad anni successivi al 1<sup>o</sup> del corso di laurea magistrale in Medicina e Chirurgia con conseguente impossibilità di iscrivere la ricorrente al corso a.a. 2019/2020- ha ritenuto tale asserzione "...sfornita di apposita istruttoria, in quanto come già detto, per effetto e a seguito della nota sentenza di questa Sezione 11/9/2020 n. 5429, il Ministero della Università e della Ricerca e le istituzioni universitarie statali e non, per quanto di rispettiva competenza, debbono procedere a rideterminare l'offerta formativa ai fini dell'accesso programmato nazionale ai corsi di laurea magistrale a ciclo unico in Medicina e Chirurgia, con attenzione all'imbutto formativo causato dallo scarso numero di borse di specializzazione medica, ad oggi ingiustificatamente inferiore di c.a. 6-7 mila unità rispetto ai laureati di Medicina";

- che le censure che sottolineano la mancata attenzione al fabbisogno di personale medico e sanitario alla luce della pandemia in atto non rappresenta (come invece delineato in sede di discussione orale dalla difesa dell'Amministrazione) una mera considerazione metagiuridica, appropriata per altri contesti ma non per dibattiti in aule di giustizia, visto tra l'altro che lo stesso Consiglio di Stato nella richiamata ordinanza 7441/2020 ha ricordato in modo ineccepibile "che i numeri attuali dei medici in servizio e di quelli che stanno per entrarvi non è sufficiente per fronteggiare l'emergenza sanitaria, sia di quella in atto che di quella prevedibilmente futura"; e tali considerazioni valgono ovviamente per tutti i legittimi canali di accesso ai corsi di laurea dell'area medica; anzi, sono più pregnanti per gli anni successivi al primo che garantiscono una più immediata disponibilità di profili professionali più che mai richiesti e necessari in questo periodo storico; per cui rispetto alla domanda attuale non può ritenersi incisiva la circostanza che siano stati incrementati i posti per il solo accesso al primo anno;

- che la ricognizione dei posti disponibili per ciascun anno di corso, ai sensi del punto 13 del d.m. 218 cit, deve tener conto, altresì, delle rinunce agli studi, dei trasferimenti di sede o passaggio ad altro corso in atenei esteri, del passaggio ad altro corso nel medesimo o in diverso ateneo in Italia, o comunque, deve essere conteggiata in relazione ai posti a suo tempo definiti nei decreti annuali di programmazione pubblicati dal Ministero dell'Università e Ricerca e restati vacanti;

- che, a tutto ciò, può inoltre aggiungersi la precisazione che, poiché la programmazione deve avvenire sulla base del fabbisogno e non viceversa (tenendo anche conto del rapporto tra il diritto fondamentale allo studio e

la doverosa conseguente programmazione delle risorse di bilancio, cfr. Corte Costituzionale sentenza 275 del 2016), in tale attività programmatoria dovrà anche tenersi conto della esigenza di riservare una significativa quota di posti disponibili per i trasferimenti, la cui esigenza e meritevolezza di tutela è emersa proprio dai numerosi contenziosi insorti e dai loro esiti finora favorevoli ai ricorrenti, che hanno fatto emergere la concorrente possibilità di accedere ai corsi di medicina tramite trasferimento da percorsi affini; possibilità di cui pertanto l'Ateneo e il Ministero non possono non tenere conto in modo congruo;

- che si dovrà tenere anche conto del fatto che oramai “non è più ipotizzabile un problema di minore o insufficiente offerta formativa per inadeguata ricettività strutturale, in quanto è già esplicitamente consentita una più efficace ed economica didattica a distanza, utile a sostituire, almeno per i primi quattro anni del corso di laurea, se unita ad idonea dotazione tecnologica, la frequenza a lezioni ed esercitazioni in modalità frontale e, anzi, le Università sono anche autorizzate a predisporre corsi ed esami on-line, e non solo per il periodo dell'emergenza “Covid-19”” (cfr. ord. Cons. St. sez. VI, n. 3315 del 9.06.2020);

- che nella specie non risulta né che il Ministero né che l'Università intimata abbiano posto in essere alcuna delle attività di ottemperanza alle pregresse pronunce giurisdizionali e comunque istruttorie prescritte dalla normativa, doverose e in ogni caso utili ad accertare in modo congruo il numero di posti vacanti e disponibili per ciascun anno del corso di studi a numero programmato, e prodromiche alla adozione di ogni determinazione circa la doverosa redazione e pubblicazione di un bando;

- che nel corso della discussione orale è emerso che l'“avviso di disponibilità” dell'Università G. D'Annunzio di Chieti menzionato nell'ordinanza cautelare n.452/2021 del Consiglio di Stato (che ha respinto l'appello cautelare di uno studente avverso l'ordinanza n.5899/2020 del T.a.r. Lazio, nell'erroneo presupposto che “attesa la recente pubblicazione dell'avviso di disponibilità, sussiste la possibilità per la ricorrente di presentare l'istanza di iscrizione ad anni successivi al primo presso il corso di laurea ambito, concorrendo in tale modo per la realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione del ricorso”), risalirebbe ad un atto del 16 gennaio 2021 con cui l'Università comunicava invece l'assenza di posti disponibili nei corsi di laurea in questione;

- che tale comunicazione, dunque, in quanto tale, appare essere un atto meramente confermativo dei precedenti dinieghi basati sulla ragione della indisponibilità di posti, senza alcuna rinnovata e documentata istruttoria; e dunque in ragione di tale sua natura non v'è alcun onere per le parti di impu-

gnazione espressa del medesimo;

- che, stante l'urgenza determinata dall'esigenza di assicurare una pronta decisione in tempo utile per garantire la reale ed effettiva, e non più eludibile, possibilità per gli aventi titolo di partecipare alle attività didattiche e di esami del corso oggetto di richiesta, con numerose sentenze brevi resi a seguito della camera di consiglio del 12 febbraio 2021 questo Tribunale ha ritenuto necessario assegnare all'Università un termine di giorni trenta a decorrere dalla comunicazione della presente decisione per procedere all'effettuazione della ricognizione dei posti da poter rendere disponibili sulla base dei principi sopra enunciati, e alla conseguente pubblicazione del relativo avviso;

- che dopo la pubblicazione di tale avviso l'istanza presentata da parte ricorrente sarà considerata come già inoltrata con assegnazione all'interessato della facoltà di procedere all'eventuale adeguamento della medesima alle prescrizioni del bando nel termine fissato per la presentazione delle domande;

- che, siccome, nella inerzia della Università resistente, le varie posizioni degli aspiranti al trasferimento si sono stratificate e intersecate nel tempo, è necessario chiarire come l'Amministrazione dovrà agire, a seconda che le istanze presentate siano per l'anno accademico in corso o per il precedente, e a tal proposito il Tribunale dispone:

- per le istanze relative all'anno accademico in corso, ossia quelle presentate a far data dalla pubblicazione del D.M.218/2020 citato che reca la disciplina dei trasferimenti, come già illustrato, si dovrà procedere previa pubblicazione di un nuovo bando secondo i criteri indicati in questa sede;

- per le istanze relative all'anno accademico precedente, viceversa, in mancanza della possibilità di adottare un bando per il passato, l'Università dovrà procedere comunque a una valutazione complessiva e contestuale delle medesime, previa predisposizione di un atto generale contenente i criteri predeterminati e uniformi secondo i principi già enunciati da questo Tribunale (cfr. ex multis Tar Pescara sentenza 352/2020);

- nello stesso senso saranno ivi incluse le istanze relative all'anno accademico precedente, oggetto di ordinanza di accoglimento della richiesta di sospensione cautelare, ai fini del riesame, stante la evidente natura elusiva dei provvedimenti adottati dall'amministrazione sulla base dei criteri di valutazione previgenti, oggetto di annullamento giurisdizionale, con il preteso della dichiarata "incompatibilità" del termine assegnato dal T.a.r. con l'adozione delle modifiche regolamentari richieste, ciò anche rispetto alla ritenuta incongruenza del criterio di obsolescenza, che non valorizza l'esperienza acquisita, e che non tiene conto della possibilità già prevista dal regolamento di verificare le competenze anche tramite colloqui orali;

- che alle medesime conclusioni si perviene quanto alle ordinanze di ammissione con riserva cui non può conseguire, come richiesto, l'iscrizione "in sanatoria" a seguito degli esami espletati, che può essere riconosciuta limitatamente all'iscrizione al primo anno laddove il superamento con esito favorevole degli esami di corso determina il venir meno della rilevanza del test idoneativo per l'ammissione al corso di laurea a numero chiuso. Diversamente, nella specie, non è in discussione il requisito della idoneità alla iscrizione al primo anno, bensì la capienza dei posti disponibili per gli anni successivi al primo nonché la legittimità della procedura di selezione e del bando per i trasferimenti dell'anno 2019/2020, che sono stati annullati da questo T.a.r. per profili pregiudiziali rispetto al merito dello studente che è unico requisito posto a base della procedura di selezione per il primo ingresso, mentre i trasferimenti sono subordinati ad una pluralità di condizioni, molte delle quali nella specie ancora da rielaborare ad opera dell'amministrazione intimata per effetto dell'intervenuto annullamento giurisdizionale;

- che viceversa si determinerebbe una disparità di trattamento tra situazioni ab origine simili, ben potendo comunque gli studenti, che hanno nelle more sostenuto e superato gli esami con riserva, far valere tali ulteriori crediti formativi maturati ai fini della graduatoria per i trasferimenti che l'Università dovrà elaborare;

- che le istanze reiterate a far data dal DM 218 cit. a seguito di reiezione di richieste di trasferimento per l'anno precedente, con domanda di sospensione respinta, non possono che essere riferite al corrente anno accademico 2020/2021, non potendo l'amministrazione pronunciarsi con effetto retroattivo su un anno di corso di studi già espletato e non rinnovabile ora per allora;

- che tali due operazioni dovranno avvenire in modo coordinato per gli evidenti risvolti sulla complessiva programmazione dei posti disponibili; nonché per garantire uniformità e dunque parità di trattamento;

- che dunque l'amministrazione dovrà valutare alla luce dei criteri generali per l'anno precedente o alla luce del nuovo bando, per l'anno in corso, tutte le istanze che hanno dato luogo ai numerosissimi contenzioni giurisdizionali pendenti o definiti presso questo Tribunale;

- che le rilevate illegittimità a monte - e riguardanti appunto la mancata legittima elaborazione di criteri generali o del bando con la previsione di un numero adeguato di posti per il trasferimento e di parametri non discriminatori e irragionevoli in relazione ai crediti formativi minimi necessari - inducono a un generale accoglimento ai fini del riesame di tutte le istanze presentate a questo Tribunale, essendo tutte le decisioni o i silenzi dell'Amministrazione viziate all'origine per le descritte ragioni;

- che nel caso di persistente inottemperanza, al fine di assicurare la pronta attuazione della decisione, si provvede sin d'ora alla nomina di un Commissario ad Acta, nominato come da dispositivo – ai sensi del comma 1 lettera e) dell'articolo 34 CPA-, che interverrà d'ufficio in via sostitutiva, nel caso di persistente inadempimento al trentunesimo giorno dalla comunicazione o notifica del presente provvedimento avendo cura che tutte le attività vengano svolte in maniera uniforme e unitaria per tutti i ricorrenti (cfr *ex plurimis* sentenza T.a.r. Pescara n. 87 del 20.02.2021);

- che la Segreteria provvederà a comunicare senza ritardo la presente decisione all'Università e al Commissario ad Acta nominato come da dispositivo;

- che, alla luce della serialità dei contenziosi e delle comuni problematiche emerse in fase esecutiva, appare opportuno sin da ora precisare che la presente statuizione giurisdizionale ha fatto propri i principi espressi dalla sentenza 5429 del 2020 del Consiglio di Stato, la quale incidendo in radice su atti di programmazione di carattere generale e astratto ha valore *erga omnes*, e dunque la corretta esecuzione di quel giudicato costituisce presupposto anche per la corretta esecuzione della presente sentenza; sicché l'obbligo di ottemperare la presente sentenza include quello di ottemperare alla sentenza 5429 del 2020, e dunque non può ritenersi sospeso nelle more;

- che da tale sentenza del Consiglio di Stato, cui questo Tar si è conformato, emerge che la offerta potenziale di cui all'articolo 3 della legge 264 del 1999 è sì condizionata da precisi elementi strutturali e di personale, docente e non docente, disponibili (come poi specificati con atti regolamentari a valle della succitata legge, anche in funzione del rispetto degli standard previsti per il mantenimento degli accreditamenti), ma deve tenere conto e dunque adeguarsi non solo al fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo (anche nel rispetto dell'accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni) ma pure a quello formativo degli aspiranti a partecipare ai corsi di medicina (e dunque al fabbisogno di maggiore offerta formativa) e a ricevere un "livello di istruzione minimo e adeguato in Atenei gestiti in condizioni adeguate"; e dunque a tal fine la offerta potenziale deve assicurare "un'adeguata flessibilità" (a tal fine si rileva che alcuni parametri sono di per sé già derogabili, senza incidere sulle dotazioni materiali e di personale, si veda a esempio l'art. 3 D.P.C.M. 24.05.2001 secondo cui "di norma" il numero dei posti letto messo a disposizione delle facoltà di medicina è pari a tre per ogni studente; nonché l'articolo 2 lett. c) della legge 264 del 1999, che prevede la "possibilità di organizzare, in più turni, le attività didattiche nei laboratori e nelle aule attrezzate, nonché dell'utilizzo di tecnologie e metodologie per la formazione a distanza");

- che pertanto il parametro dell'offerta formativa potenziale (che comunque deve essere accertato ed esplicito in modo veritiero, chiaro e intellegibile, nonché

motivato con una tabella di corrispondenza a tutti i parametri previsti dalle norme di legge e regolamentari) non è da ritenere un dato rigido e immutabile nel tempo (una mera fotografia dell'esistente) ma deve essere ritenuto appunto flessibile e funzionalmente orientato, in quanto si deve costantemente adeguare a quelle che sono le mutate esigenze formative, sia degli studenti che partecipano alla selezione di ingresso al primo anno sia di quelli che chiedono il trasferimento da altri corsi affini, non potendo perdurare una costante situazione di inadeguatezza formativa resa palese dal proliferare, non solo a livello locale, dei contenziosi come quello di specie (T.A.R. Pescara, sentenze nn. 58, 68, 73, 74, 80, 84, 86, 87, 23, 126, 163 del 2021, passate in giudicato);

- che dunque, nell'esecuzione del presente dictum giurisdizionale, l'Amministrazione e, successivamente, il Commissario ad acta dovranno operare nel rispetto dei succitati principi così ulteriormente dettagliati, provvedendo senza ritardo alla pubblicazione del bando per l'anno in corso previa rideterminazione dei criteri di selezione e dei posti disponibili adeguati ai parametri sopra richiamati, ed alla formulazione della graduatoria ivi includendovi gli studenti interessati dal presente contenzioso senza richiedere il rinnovo dell'istanza di immatricolazione; mentre, per le istanze relative agli anni accademici precedenti, come già specificato, in mancanza della possibilità di adottare un bando per il passato, l'Università dovrà procedere comunque a una valutazione complessiva e contestuale delle medesime, previa predisposizione di un atto generale contenente i criteri predeterminati e uniformi secondo i principi già enunciati da questo Tribunale (cfr. ex multis Tar Pescara sentenza 352/2020), qui ulteriormente dettagliati e specificati;

- che in caso persistente inadempimento dell'Università nei primi 30 giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza, e del Commissario ad acta, nei successivi 30 giorni, la parte ricorrente dovrà essere iscritta in sovrannumero (Consiglio di Stato ordinanza 1836 del 2021), non potendo il diritto allo studio essere condizionato dalla mera inerzia;

che ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione.

Nomina quale Commissario ad Acta il Segretario Generale del Ministero dell'Università e della Ricerca o un funzionario competente per materia da lui delegato.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza del 3 febbraio 2021 n. 40 - Pres. Paolo Passoni - Est. Massimiliano Balloriani

**Concessioni demaniali marittime ad uso turistico – Proroga delle concessioni – Estensione della durata, ex lege n. 145 del 30 dicembre 2018 ed ex lege n. 77 del 17 luglio 2020 – Normativa nazionale e diritto comunitario – Prevalenza di quest’ultimo – Direttiva 2006/123/CE “c.d. Bolkestein” – Concessioni demaniali marittime ad uso turistico – Proroghe della durata – Contrasto con il diritto comunitario – Onere di impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto europeo**

*1. Ai sensi dell’art. 12 direttiva 2006/123/CE (c.d. “Bolkestein”), che costituisce applicazione dell’articolo 49 del TFUE, e che è applicabile anche alle concessioni demaniali (come chiarito dalla Corte di Giustizia): “Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l’autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario”.*

*2. L’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”.*

*3. Ne deriva che l’operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara (cfr. Consiglio di Stato sentenza*

1368 del 2019; Tar Salerno sentenza 265 del 2021). Né appare invocabile una ipotizzata violazione di diritti fondamentali incompressibili previsti dalla nostra Costituzione (peraltro solo genericamente evocata e fermo restando che in tal caso la cognizione in merito ai cd. contro limiti sarebbe rimessa alla Corte Costituzionale, cfr. sentenza 173 del 1983), e ciò - non solo per i dubbi sulla natura assolutamente incompressibile del diritto di proprietà il cui statuto è viceversa naturalmente connotato da una funzione sociale tra cui rientra anche il non costituire ostacolo monopolistico alla concorrenza (cfr. articolo 41 e 42 Cost.) - ma soprattutto perché - benchè le opere stabili autorizzate sopra le aree demaniali possano essere assimilabili alla proprietà superficaria (Tar Firenze sentenza 328 del 2015) - tale diritto appare geneticamente e funzionalmente collegato alla durata del titolo e alle sue vicende, non potendo dunque ricevere tutela autonoma e indipendente in grado di incidere sulla durata del rapporto stesso.

4. E' poi appena il caso di osservare che quella da ultimo disposta è solo una delle proroghe che il Legislatore italiano ha disposto in deroga ai richiamati principi eurounitari, e ciò la priva anche in radice del carattere di eccezionalità nonché di un legame effettivo con la particolare situazione sanitaria in atto.

5. In ogni caso, la proroga è consentita solo nel rispetto dei richiamati principi europei, vale a dire previa partecipazione dei concessionari in scadenza a comparazione con le istanze provenienti da eventuali altri aspiranti.

(omissis)

Considerato che:

- il 4 settembre 2020 il dirigente del settore promozione e sviluppo locale del Comune di Vasto, attuando le direttive impartite dalla GC con delibera 183 del 2020 in merito alla estensione prevista dalla legge 145 del 2020, ha pubblicato un avviso pubblico per la proroga fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime, rivolto agli intestatari di concessioni interessati a tale proroga;

- con istanza del 14 settembre 2020, la ricorrente, preso atto dell'avvenuta decadenza di due concessioni demaniali marittime, la n. 57 e la n. 56 (secondo la numerazione delle aree demaniali approvata dal Comune di Vasto con provvedimento n.25941 del 17.6.2014, e rispettivamente intestate alle controinteressate L. e L.), e ritenuta la inapplicabilità in tal caso - cioè in quello di decadenza per fatto del concessionario - della proroga, ha chiesto al Comune resistente, con due separate istanze, il rilascio di dette concessioni; aggiungendo inoltre che, visto comunque il contrasto della proroga ex lege con il diritto eurounitario, tali concessioni, in scadenza al 31.12.2020, erano

da intendere comunque non rinnovabili (“e comunque non prorogabile”), e in ogni caso dette istanze erano da intendersi estese a ogni concessione scaduta e per tali ragioni non prorogabile ex lege (chiarendo poi, con successiva diffida, che il proprio interesse era comunque relativo a concessioni su aree simili a quelle due richieste: “concessioni ad esse equiparabili, per pregio, ampiezza, collocazione e valore”);

- a tali istanze il Comune di Vasto ha risposto con la nota del 5 ottobre 2020, rappresentando che dette concessioni sono in effetti decadute “a seguito di provvedimento di questo Ente, così come confermato da sentenza del Tar Abruzzo n.83/2019, si fa presente che la causa è incardinata presso il Consiglio di Stato e siamo in attesa di sentenza per poi valutare le attività amministrative da porre in essere”; e a tale nota la parte oggi ricorrente replicava precisando che “...la vicenda connessa alla prospettata decadenza costituisce solo un ulteriore ed autonomo limite alla concessione della proroga, stante infatti l’inapplicabilità della fattispecie normativa prevista dalla L. n. 145/2018 ...alla vicenda in questione...”;

- in effetti, con ordinanza n.2654 del 2019, il Consiglio di Stato ha sospeso gli effetti della sentenza 83 del 2009 succitata; e il giudizio non è ancora stato definito;

- dopo aver così manifestato il suo interesse, la ricorrente ha dunque impugnato, con il ricorso introduttivo sia la succitata delibera di GC 183 del 2020 sia il bando dirigenziale che ne costituisce attuazione;

- con provvedimenti del 12/11/2020 il Comune di Vasto ha sospeso ogni determinazione su tali concessioni fino alla definizione del giudizio;

- con i motivi aggiunti la ricorrente ha quindi impugnato il provvedimento di proroga n.406/2020 del 26.11.2020 della concessione demaniale intestata alla Lido Aurora sas; facendo valere in via derivata nei confronti di tale ulteriore provvedimento i medesimi vizi sollevati con il ricorso introduttivo, oltre a denunciare la mancanza di pubblicità delle istanze pervenute come avrebbe previsto la summenzionata delibera di GC 183 del 2020;

- alla camera di consiglio del 15 gennaio 2021 la causa è passata in decisione;

- giova premettere che, secondo condivisa giurisprudenza, il provvedimento amministrativo adottato dall’Amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario non va considerato nullo, ai sensi dell’art. 21-septies l. 241/1990 e per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all’amministrazione procedente (mentre non rileva nel presente giudizio la questione se gravi sulla stessa Amministrazione l’obbligo di non applicare la norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario),

ma solo annullabile, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'impugnabilità del provvedimento medesimo (Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019);

- preliminarmente il Collegio rileva l'infondatezza dell'eccezione relativa alla mancanza di procura per la proposizione dei motivi aggiunti, atteso che l'art. 24 Cod. proc. amm. stabilisce che la procura rilasciata per agire e contraddire davanti al giudice si intende conferita anche per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale, salvo che sia diversamente disposto (Consiglio di Stato sentenza 6134 del 2018); e nel caso di specie peraltro nella procura era specificamente prevista la facoltà di proporre motivi aggiunti e di impugnare anche le concessioni eventualmente rinnovate o prorogate; considerando poi viepiù che, come si illustrerà nel prosieguo, i motivi aggiunti appaiono un naturale sviluppo dell'impugnazione originaria e di atti a essa connessi;

- sempre in via preliminare, si rileva che sussiste l'interesse della ricorrente, atteso che le due istanze dalla medesima formulate, pur non contenendo tutti gli elementi per la valutazione comparativa di cui all'articolo 37 del Codice della Navigazione, vanno viceversa valutate per la funzione che svolgono, vale a dire quella di manifestare la volontà di partecipare a un'auspicata comparazione tra più aspiranti sulle concessioni in scadenza (si tratta dunque di una mera manifestazione di interesse allo svolgimento della procedura comparativa, cfr. Tar Cagliari sentenza 77 del 2020), e ciò proprio in assenza di una spontanea pubblicizzazione della procedura a opera dell'Amministrazione, ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento di esecuzione al Codice della Navigazione;

- peraltro, la ricorrente stessa ha depositato il proprio statuto societario e da esso e dalle visure camerali in atti si evince che la medesima può operare nel settore turistico-ricettivo, ed è stata infatti già titolare di una struttura ricettiva residenziale (affittacamere), sebbene solo per circa un anno dal 12 settembre 2018 al 3 giugno 2019, come sottolineato tra l'altro dalle controinteressate L. e L., sicché ha una posizione legittimante, quale operatore potenzialmente interessato a operare nel mercato di riferimento, a prescindere dalle singole istanze presentate, tanto più che esse contenevano una subordinata riguardante, come specificato, altre concessioni prorogate;

- la circostanza che non sia titolare di un codice Ateco per l'esercizio di stabilimenti balneari appare solo dimostrare che non ne eserciti già uno, e non che non abbia la possibilità giuridica o l'interesse a farlo; avendo tale codice solo valenza di tipo statistico ("il codice ATECO ha valenza statistica e la determinazione sulla qualificazione dell'impresa non può basarsi su di esso")

cfr. Tar Napoli sentenza 3264 del 2020; Consiglio di Stato sentenza 3285 del 2015);

- peraltro non esiste alcuna riserva di affidamento in favore di soggetti che già gestiscono altri stabilimenti balneari, e dunque al fine della dimostrazione di essere un operatore di settore interessato è sufficiente la prova del fatto che l'attività in questione rientri nell'oggetto sociale come risultante dallo statuto (Tar Firenze sentenza 534 del 2020);

- nel caso di specie, le controinteressate L. e L. depositato copia della visura camerale della ricorrente alla data di notifica del ricorso (29 ottobre 2020), e da essa risulta effettivamente ricompresa nell'oggetto sociale anche la costruzione e gestione di strutture turistico-ricettive (che permane anche nella visura dell'11 gennaio 2021);

- ciò premesso, dunque, non assume alcun rilievo nel presente giudizio la circostanza che tra i soci vi sia uno degli avvocati che oggi la patrocinano così come non rileva l'età dell'amministratore unico o che l'attività prevalente sia la gestione di beni propri;

- con riferimento alla mancata notifica del ricorso introduttivo alle altre società interessate alla proroga e all'avviso pubblico, e in particolare alla L. (poi evocata in giudizio con i motivi aggiunti), è sufficiente rilevare che, ai sensi dell'articolo 41 comma 2 cpa, il ricorso deve essere notificato "ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge"; e nel caso di specie il ricorso introduttivo è stato correttamente notificato alle titolari delle due concessioni alla quale la ricorrente era specificamente interessata; e dunque a due controinteressate;

- peraltro, al momento della notifica del ricorso introduttivo, sussisteva già l'interesse alla impugnazione della proroga con riferimento anche tali due concessioni intestate alle controinteressate L. e L., rilevando correttamente la ricorrente che, a prescindere dalle ragioni di decadenza, la proroga per tali concessioni (in scadenza al 31.12.2020) non poteva essere comunque disposta in ragione della disapplicazione della disciplina nazionale che l'ha prevista, per contrasto con il diritto eurounitario;

- con l'atto di proposizione dei motivi aggiunti, impugnandosi anche la proroga della concessione in favore della L. (con riferimento alla quale esiste una connessione sotto il profilo dell'interesse azionato, trattandosi di concessione avente ad oggetto una delle aree rientranti oggettivamente, come si evidenzierà a breve, tra quelle che la ricorrente aveva segnalato all'Amministrazione come di suo particolare interesse), è stato di fatto esteso il contraddittorio anche a quest'ultima; e al contempo si è così circoscritto l'interesse alla impugnazione solo di tali tre concessioni, rendendo così superflua l'inte-

grazione nei confronti delle altre titolari di concessioni oggetto di proroga, pur essendo alcune di esse intervenute *ad adiuvandum*;

- sono stati poi adottati dal Comune, nelle more, i ricordati provvedimenti di sospensione della valutazione di siffatti due rapporti concessori, fino alla definizione del giudizio pendente in Consiglio di Stato;

- la ricorrente non ha impugnato tali provvedimenti, limitandosi a specificare che “La sospensione dell’istruttoria che il Comune ha stabilito in data 12.11.2020 (e che ha prodotto in giudizio sub doc. 10 e 12) avente ad oggetto l’istanza di proroga inoltrata dalle controinteressate è *sine die* impeditiva dell’istruttoria dell’istanza di rilascio di concessione presentata dalla ricorrente. Ma impedire *sine die* l’espletamento di tale attività costituisce un inammissibile blocco dell’attività concessoria che non solo va consentita ai terzi richiedenti – quale è la ricorrente – ma anzi appare doverosa esplicitazione della naturale obbligatorietà dell’azione amministrativa” (cfr. pag. 13 della memoria di parte ricorrente del 7.12.2020);

- ciò premesso, il Collegio rileva che la mancata impugnazione di tali provvedimenti non fa venir meno l’interesse della ricorrente all’annullamento degli atti impugnati che hanno disposto la proroga *ex lege* anche di tali concessioni, sebbene, con riferimento a esse, il provvedimento di sospensione succitato introduce la condizione del mancato accertamento di una causa di decadenza;

- ciò in quanto la sospensione non è disposta nei confronti della ricorrente ma solo delle controinteressate, e non incide sulla volontà di prorogarle *ex lege* come le altre ma solo di condizionare tale proroga al mancato accertamento della causa di decadenza in sede giurisdizionale;

- ovviamente dunque tale condizione non sarà in grado di produrre alcun effetto sulle istanze delle controinteressate, qualora, dall’accoglimento del presente ricorso, dovesse derivare in radice l’impossibilità di concedere comunque la proroga *ex lege*, a prescindere dall’accertamento definitivo della causa di decadenza;

- in conclusione, quindi, la ricorrente non aveva alcun interesse a impugnare tali provvedimenti di sospensione della valutazione delle istanze delle controinteressate, atteso che l’annullamento della delibera di GC comunale e dell’avviso pubblico, in parte qua, e dunque l’affermazione della impossibilità di procedere a una proroga *ex lege*, sono in grado di far venir meno all’origine il procedimento di proroga, travolgendo quindi anche tale sospensione che ha la sola funzione di condizionare l’accoglimento delle istanze delle controinteressate all’esito del giudizio sulla decadenza;

- pertanto, nel corso del giudizio, la ricorrente ha concentrato la propria

azione su tre aree, nella sequenza indicata, escludendo le rimanenti, e chiarendo anche le ragioni della particolare specifica attrattiva (cfr. l'ultima memoria di parte ricorrente in cui specifica che si tratta di "aree omogenee sul piano del rilievo economico, essendo le stesse collocate al centro della riviera, di analoghe dimensioni, e confinanti le une con le altre, senza soluzione di continuità");

- sicché appare sufficiente che permanga l'interesse all'assegnazione di tali tre concessioni, per giustificare il perdurante interesse al ricorso;

- non appare poi contraddittoria la domanda di annullamento della proroga, con conseguente richiesta di indizione di una pubblica selezione per l'assegnazione, con quella di assegnazione diretta, atteso che entrambe le domande sono coerenti con il procedimento previsto dall'articolo 37 del codice della navigazione, che presuppone comunque la mancanza di una proroga automatica, e la seconda (quella di assegnazione diretta) si caratterizza solo per tener conto di un fatto futuro e incerto, ossia che all'invito non seguano altre istanze di soggetti interessati;

- tuttavia, come rilevato dalle controinteressate L. e L., la domanda di assegnazione diretta non può essere valutata nel presente giudizio, attenendo a poteri che dovranno essere esercitati solo nel caso in cui la procedura selettiva dovesse andare deserta (cioè nel caso in cui dovesse verificarsi tale fatto futuro e incerto); detta domanda si presenta dunque allo stato inammissibile;

- inoltre non può essere accolta la domanda di annullamento dell'avviso pubblico di proroga delle altre concessioni diverse dalle tre succitate, in quanto l'omessa impugnazione delle proroghe rilasciate a valle fa venir meno tale interesse; che comunque è stato proprio così espressamente circoscritto dalla stessa ricorrente;

- è appena il caso di specificare poi che l'avviso pubblico in esame era rivolto solo ai titolari di concessioni demaniali interessati a ottenere la proroga, e dunque tale provvedimento non può essere valutato, come appare voler sostenere invece il controinteressato Bergia Livio, come una pubblicazione diretta a stimolare la presentazione, anche da parte di terzi interessati, di domande in concorrenza;

- ciò premesso, e così delineato l'oggetto del presente giudizio, passando dunque al merito, il Collegio rileva che, ai sensi dell'articolo 1, comma 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), "Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti

climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”;

- tuttavia, ai sensi dell'art. 12 direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), che costituisce applicazione dell'articolo 49 del TFUE, e che è applicabile anche alle concessioni demaniali (come chiarito dalla Corte di Giustizia), “1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”;

- come sottolineato dalla Corte di Giustizia UE, sez. V, nella sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, in particolare, “l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale ... che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”;

- se il giudice nazionale accerta che le concessioni oggetto di proroga automatica *ex lege* hanno a oggetto una risorsa naturale “scarsa” e che vi è un interesse transfrontaliero verso di esse, allora si deve concludere per il contrasto della disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva con le succitate disposizioni e principi eurounitari (Consiglio di Stato 7874 del 2019; Tar Salerno sentenza 265 del 2021);

- ne deriva che l’operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara (cfr. Consiglio di Stato sentenza 1368 del 2019; Tar Salerno sentenza 265 del 2021);

- del resto anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha recentemente statuito (segnalazione AS1684 del 1° luglio 2020 nel parere AS1701 del 4 agosto 2020, su cui pur Tar Salerno sentenza 265 del 2021) che “Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ..., integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”;

- il Collegio rileva peraltro che la “scarsità” e l’interesse frontaliero devono essere valutati nel complesso dei beni coinvolti nei provvedimenti adottati dall’Amministrazione e dunque occorre a tal fine considerare tutte le concessioni in corso di validità e oggetto di proroga, che pertanto devono essere unitariamente valutate, sia perché così considerate nel bando di proroga oggetto del presente giudizio sia perché la considerazione parcellizzata del territorio oggetto di intervento pubblico, e dunque dei singoli lotti, sarebbe artificiosa e contrasterebbe con il principio dell’effetto utile del diritto sovranazionale (Consiglio di Stato sentenza 3061 del 2019);

- trattandosi dunque di una proroga generalizzata di più concessioni in corso di validità nel territorio del Comune di Vasto, appare oggettiva la sussistenza di un probabile interesse anche di operatori transfrontalieri in ragione del rilievo economico che rende poco incisivi i maggiori vincoli e oneri supplementari con i quali detti operatori debbono confrontarsi a differenza di quelli nazionali (Corte giustizia UE sez. IV, 06/10/2016, n.318); potendo peraltro essi aspirare a gestirne nel tempo più di una;

- in ogni caso, come sottolineato dalla ricorrente, gli stessi valori economici degli investimenti sostenuti dalle controinteressate depongono, secondo

un criterio di ragionevolezza economica, nel senso che si tratti di attività particolarmente attrattive sotto il profilo della redditività;

- la circostanza che vi siano altre porzioni di spiaggia libera, dedotta dal Comune resistente, pur suggestiva, non può assumere rilievo dirimente, atteso che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative hanno come oggetto un bene/servizio che è ontologicamente “limitato” nel numero e nell’estensione a causa appunto della scarsità delle risorse naturali, poiché la spiaggia è un bene pubblico demaniale comunque limitato nell’estensione;

- la scarsità, cioè, non viene meno perché una parte del tutto non è stata ancora assegnata, in quanto è un connotato che riguarda il bene nel suo complesso, che è appunto limitato nello spazio e dunque non accessibile astrattamente a tutti, e perciò la sua assegnazione deve rispettare il principio di concorrenza (Tar Lecce sentenza 1329 del 2017);

- in ogni caso, la ricorrente ha depositato il resoconto della decisione su caso di infrazione del 3 dicembre 2020 della Commissione europea, ex articolo 258 TFUE, con la quale si è deciso di inviare una lettera di costituzione in mora all’Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all’uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi (concessioni balneari) proprio perché la recente proroga fino al 2033 appare in contrasto con la sentenza del 2016 della Commissione europea (oltre a rilevare che tale normativa “scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l’economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane”); e in tale contesto anche la Commissione sottolinea che le spiagge sono da ritenere beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato per la scarsità delle risorse naturali (“Gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (ad esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi”);

- l’applicabilità della direttiva europea succitata non può essere messa poi in dubbio dalla circostanza, allegata dal Comune resistente, che alcune concessioni sarebbero state rilasciate prima dell’adozione della direttiva stessa, atteso che come noto trova applicazione il principio *tempus regit actum*, e il provvedimento, che va esaminato alla luce della disciplina, anche eurounitaria, vigente, non è il rilascio ma appunto la proroga della concessione, in deroga al principio di concorrenza;

- peraltro, lo stesso Comune di Vasto, a pag. 9 della propria memoria del 17 novembre 2020, precisa che il “Consiglio Comunale si sia espresso

più volte nell'ambito dell'esperimento delle procedure di evidenza pubblica per l'assegnazione delle nuove concessioni, facendo esplicito riferimento alla circostanza che prima di procedere si attende un riordino della materia da parte del legislatore nazionale affinché si possa avere un quadro di riferimento più chiaro al fine di dare certezze agli operatori economici che dovranno poi investire sulle concessioni demaniali marittime"; dunque appare evidente che allo stato si sia comunque deciso di rinviare la pubblicazione dei bandi per le assegnazioni delle altre aree del demanio marittimo non già assegnate in concessione; cui pertanto al momento la ricorrente non può comunque accedere;

- quanto alla disciplina di cui all'articolo 1 comma 1 legge 77 del 2020, pure invocata dal Comune resistente, che impedirebbe l'avvio dei procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili delle concessioni scadute nonché di procedere a nuove assegnazione mediante gara (stabilendo nelle more il pagamento del canone previsto negli atti di concessione), dalla data di entrata in vigore della medesima legge e per finalità di rilancio del settore turistico e di contenimento dei danni causati dall'emergenza Covid-19, appare sufficiente osservare che, in ogni caso, ove tale disciplina sia diretta, come appare, a conseguire comunque una proroga di fatto delle concessioni scadute - richiamando infatti anche espressamente l'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 -, non potrebbe comunque seguire sorte diversa da tale ultima disciplina, e dunque, deve essere anch'essa disapplicata, anche d'ufficio dal Giudice (Consiglio di Stato sentenza 1219 del 2019, Cassazione sentenza 11934 del 1995; anche per scongiurare ulteriori procedure di infrazione nei confronti dello Stato di cui il Giudice è organo, cfr. Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019), chiamato a stabilire la normativa applicabile al caso di specie (e corre d'obbligo evidenziare che anche in tal caso è citata l'emergenza epidemiologica come ragione della deroga, quando, a prescindere dalla circostanza se l'incidenza sul settore vi sia stata o meno, come sottolineato, il paragrafo 3 dell'articolo 12 della direttiva in questione consente una deroga per ragioni di sanità o altre di interesse pubblico solo in sede di redazione della *lex specialis* delle procedure concorsuali che comunque devono essere in ogni caso espletate, cfr. Consiglio di Stato sentenza 873 del 2018); difatti, "proprio in ragione dei principi raccolti nella sentenza della Corte di giustizia UE del 2016 sopra citata, anche i successivi interventi normativi nazionali ... debbono ritenersi non impeditivi ... alla doverosa disapplicazione della disposizioni legislative nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime" (Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019);

- né appare invocabile una ipotizzata violazione di diritti fondamentali

incomprimibili previsti dalla nostra Costituzione (peraltro solo genericamente evocata e fermo restando che in tal caso la cognizione in merito ai cd. contro limiti sarebbe rimessa alla Corte Costituzionale, cfr. sentenza 173 del 1983), e ciò - non solo per i dubbi sulla natura assolutamente incomprimibile del diritto di proprietà il cui statuto è viceversa naturalmente connotato da una funzione sociale tra cui rientra anche il non costituire ostacolo monopolistico alla concorrenza (cfr. articolo 41 e 42 Cost.) - ma soprattutto perché - benché le opere stabili autorizzate sopra le aree demaniali possano essere assimilabili alla proprietà superficiaria (Tar Firenze sentenza 328 del 2015) - tale diritto appare geneticamente e funzionalmente collegato alla durata del titolo e alle sue vicende, non potendo dunque ricevere tutela autonoma e indipendente in grado di incidere sulla durata del rapporto stesso;

- è poi appena il caso di osservare che quella da ultimo disposta è solo una delle proroghe che il Legislatore italiano ha disposto in deroga ai richiamati principi eurounitari, e ciò la priva anche in radice del carattere di eccezionalità nonché di un legame effettivo con la particolare situazione sanitaria in atto;

- ciò premesso, inoltre, si rileva che la delibera di GC 183 del 2020 appare in contrasto anche con la delibera di C.C. 39 del 2020 (allegato B della risoluzione di maggioranza) – benché quest'ultima non appaia chiarissima nei suoi intenti -, la quale infatti premette una corretta ricostruzione del quadro normativo e della giurisprudenza europei, e sottolinea l'opportunità di pervenire a una proroga della estensione temporale delle concessioni demaniali che sia tuttavia legittima, e rispettosa dei suindicati principi europei;

- tale delibera appare dunque interpretabile nel senso che la proroga doveva essere consentita solo nel rispetto dei richiamati principi europei, vale a dire previa partecipazione dei concessionari in scadenza a comparazione con le istanze provenienti da eventuali altri aspiranti;

- non appare meritevole di favorevole considerazione neanche la questione sollevata da alcune parti controinteressate, circa il loro affidamento che sarebbe da tutelare, avendo le medesime sopportato ingenti investimenti per realizzare opere sui beni demaniali;

- in disparte la circostanza, sottolineata dalla ricorrente, che a tal fine occorrerebbe anche la prova dettagliata del mancato ammortamento di tale investimento (oltre al rilievo che non può apparire ragionevole e dunque meritevole di tutela confidare nell'uso esclusivo e sine die di un bene demaniale di interesse economico e di uso pubblico come una spiaggia, che viceversa perderebbe proprio tale sua irrinunciabile destinazione pubblicistica), in ogni caso, si discute in questa sede della legittimità di una proroga generalizzata che è stata adottata dall'Amministrazione per più concessioni, senza alcuna

valutazione di tali aspetti specializzanti le posizioni di ciascuna, ma in applicazione della proroga ex lege disposta dal legislatore nazionale; a voler seguire la tesi delle controinteressate si dovrebbe quindi operare una sorta di integrazione postuma della motivazione del provvedimento, peraltro pro parte, e ad opera del suo destinatario;

- in altre parole, ferma restando la illegittimità di una proroga generalizzata e indiscriminata, si tratta di questioni che riguardano semmai la scadenza dei singoli rapporti concessori, e il presente giudizio non può essere esteso all'analisi di questioni che riguardano in sostanza provvedimenti non esercitati;

- in ogni caso, si sottolinea ancora una volta che la considerazione delle particolari situazioni derogatorie, a mente dell'articolo 12 comma 3 della direttiva in questione, deve essere contemplata nella disciplina di gara ("gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario"), quindi la loro operatività postula comunque, anche in tal caso, che una gara ci sia o ci sia stata (nel qual caso quest'ultima avrebbe dovuto prevedere la possibilità della proroga in caso di mancato ammortamento per ragioni di politica sociale, considerazioni di salute pubblica, o altri motivi di interesse generale, cfr. Consiglio di Stato sentenza 873 del 2018, *ibidem*);

- ne consegue che, per tutte le ragioni esposte, il presente ricorso deve essere accolto nei limiti dell'interesse residuale della ricorrente, con conseguente annullamento, in parte qua (cioè con riferimento alle sole tre concessioni per cui permane l'interesse), della delibera di GC e dell'avviso pubblico, nonché del rilascio della proroga della sola concessione in favore della controinteressata L.;

- dunque, più in particolare, quanto alla posizione delle controinteressate L. e L., l'annullamento della delibera di GC e dell'avviso pubblico di proroga in parte qua determinerà l'obbligo dell'Amministrazione di procedere comunque in modo concorrenziale all'assegnazione in concessione delle relative aree;

- gli stessi effetti derivano con riferimento all'area in concessione alla Lido Aurora sas, con la precisazione che in tal caso viene annullato anche il provvedimento di proroga medio tempore a quest'ultima concesso e impugnato con i motivi aggiunti;

- restano assorbite le censure non esaminate;

- le spese, liquidate in dispositivo, seguono il criterio della soccombenza solo tra il Comune, L., L. e la ricorrente, e pertanto sono poste a carico dei primi quattro e in favore di quest'ultima; sono integralmente compensate tra le altre parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione.

(*omissis*)

#### NOTA

*La presente nota esamina la sentenza in data 3 febbraio 2021 n. 40/2021 con la quale il TAR Pescara ha giudicato un contenzioso concernente alcune concessioni demaniali marittime ubicate nel Comune di Vasto, basando il suo giudizio sulla giurisprudenza espressa in materia dal Consiglio di Stato e sulla sentenza con la quale la Corte di giustizia UE ha interpretato la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (in prosieguo chiamata anche "direttiva servizi") per quanto riguarda in particolare le suddette concessioni balneari.*

*Al riguardo è bene ricordare che, nell'ottemperare al principio del "primato" del diritto dell'UE, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è sostanzialmente adeguata al disposto della menzionata sentenza della Corte, le cui conclusioni sono espresse nei seguenti termini.*

*1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.*

*2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.*

*La sentenza del TAR Pescara, esaminata nell'ottica del suddetto quadro giurisprudenziale, induce ai seguenti commenti.*

*Secondo il Giudice nazionale l'art. 12 direttiva 2006/123/CE "costituisce*

*applicazione dell'articolo 49 del TFUE", applicabile anche alle concessioni demaniali. Purtroppo, la questione è più complessa. La Corte di giustizia ha giudicato la controversia nell'assunto che la Direttiva servizi è una direttiva di armonizzazione, per cui non era necessario esaminare la questione alla luce dell'art. 49 TFUE. Questa norma è invece la base giuridica della decisione della Corte concernente le aree "aperte".*

*Sulla base di un erroneo riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019, la sentenza lascia intendere che, alla luce del diritto dell'UE, la proroga di una concessione balneare senza procedura selettiva è in contrasto con tale diritto se la concessione oggetto di proroga riguarda (insieme) una risorsa naturale "scarsa" e "vi è un interesse transfrontaliero". Il Giudice nazionale ha però dimenticato che, ai sensi della menzionata prima conclusione della sentenza europea, il divieto di proroga concerne tutte le concessioni balneari ubicate in arenili limitati, a prescindere dal loro interesse transfrontaliero.*

*il TAR rileva inoltre che l'insieme dei due criteri, la "scarsità" degli arenili e l'interesse frontaliero devono essere valutati "nel complesso dei beni coinvolti nei provvedimenti adottati dall'Amministrazione" concedente. Al riguardo si osserva che, a prescindere dal ripetersi dell'erroneo abbinamento dei due criteri di valutazione, l'affermazione potrebbe essere in teoria giusta per quanto riguarda la scarsità del territorio (se gli arenili in questione riguardano aree territoriali vicine), ma potrebbe risultare errata per quanto riguarda l'interesse transfrontaliero, che deve essere valutato in relazione alle singole concessioni. Ciò in quanto, a parità di ubicazione, potrebbe verificarsi una differenza di valore economico.*

*Secondo la sentenza in esame, appare "oggettiva la sussistenza di un probabile interesse anche di operatori transfrontalieri". Tuttavia, per giurisprudenza consolidata della Corte, l'interesse transfrontaliero deve essere certo. Il Giudice nazionale non può limitarsi a presentare alla Corte elementi che permettano di non escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero ma, al contrario, deve fornire i dati idonei a dimostrarne l'esistenza. La valutazione circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero deve essere effettuata, per ragioni di certezza del diritto, alla luce di elementi oggettivi e concordanti.*

*Il TAR lascia poi intendere che le attività economiche in contenzioso presenterebbero un interesse transfrontaliero per il fatto che si tratta "di attività particolarmente attrattive sotto il profilo della redditività". Al riguardo è bene invece ricordare che secondo il Giudice europeo, l'esistenza di un interesse transfrontaliero non può essere determinato unicamente a partire dal valore di mercato dell'iniziativa economica, essendo necessaria una valutazione*

*complessiva di altri criteri e di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie, quali ad esempio, l'ubicazione dell'iniziativa o l'entità degli eventuali indennizzi.*

*Il TAR afferma che “le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative hanno come oggetto un bene/servizio che è ontologicamente limitato”. Questa affermazione appare peraltro in evidente contrasto con la distinzione tra aree aperte e aree limitate alla base della disciplina differenziata prevista dalla Corte nella sentenza del 2016 in relazione alla diversa conformazione naturale delle concessioni balneari. In questo senso, tutte le concessioni balneari devono rispettare il “principio di concorrenza”, a prescindere dal tipo di area (aperta o limitata) su cui insistono. Anche la lettera di messa in mora della Commissione europea sottolinea che le spiagge sono da ritenere beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato per la scarsità delle risorse naturali. Come detto, si tratta di un'illazione non confermata dalla sentenza del 2016.*

*Il Giudice di Pescara osserva che le opere stabili autorizzate sopra le aree demaniali possono essere assimilabili alla “proprietà superficiaria”. Ora, a prescindere da un esame di tale considerazione nell'ottica del diritto nazionale (le attività in questione insistono su aree demaniali) essa sembra in contrasto con una sentenza della Corte di giustizia secondo la quale un diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di “locazione di beni immobili”. Si tratta quindi di un rapporto giuridico che per sua natura escluderebbe la possibilità di costituire un diritto di proprietà superficiaria.*

*Infine, il TAR Pescara sottolinea che ogni disciplina diretta a prorogare delle concessioni scadute deve essere disapplicata, anche d'ufficio, dal Giudice. In realtà la questione è più complessa. Prima di disapplicare una norma del genere, il Giudice dovrebbe provare ad interpretarla in armonia con il corrispondente diritto dell'UE. A questo fine, se è in grado di farlo, dovrebbe chiedersi se l'isolata sentenza europea del 2016 sia veramente in armonia con la giurisprudenza consolidata espressa dalla stessa Corte nel quadro delle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che interessano l'argomento. Questa valutazione comporterebbe che, nel dubbio, Il Giudice nazionale dovrebbe richiedere l'opinione della stessa Corte di giustizia per mezzo di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il che porta del tutto naturalmente ad esaminare, sia pure succintamente, se questa non sia la via da seguire nel caso delle concessioni balneari.*

*Si pone cioè la questione di sapere se, con il conforto della giurispruden-*

za della Corte di giustizia, non sia possibile costruire una diversa interpretazione della Direttiva servizi e, in particolare, del suo art. 12, più aderente allo spirito ed agli obiettivi dei Trattati europei che si sono succeduti nel tempo. Ora, a ben vedere, ci sono buone ragioni per credere che un'iniziativa in tale senso sarebbe giustificata da diverse "anomalie" riscontrabili nelle motivazioni della sentenza in questione nell'ottica della giurisprudenza consolidata della stessa Corte di giustizia riguardante gli articoli 49, 56 e 345 del TFUE.

In particolare, è innanzitutto opportuno ricordare che la Corte di giustizia ha più volte sottolineato l'analogia esistente tra una concessione di servizi ed un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi per quanto riguarda l'obbligo di rispettare le norme fondamentali del Trattato e i principi da esse derivanti. Norme e principi configurabili peraltro solo nel caso in cui l'attività economica può interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (il c.d. "interesse transfrontaliero certo"). È difficile, pertanto, comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte ad affermare che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE si applica a tutte le concessioni demaniali marittime e quindi, in sostanza, anche a quelle che non hanno un interesse transfrontaliero certo. Sembra, cioè, ragionevole ritenere che l'assenza di questo specifico interesse in un'attività del genere renda inapplicabile il diritto dell'Unione europea (in particolare gli articoli 49 e 56 TFUE) per la mancanza di un presupposto essenziale per la sua stessa operatività.

In secondo luogo, è evidente che la facoltà di concedere il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo al fine di avviare un'attività economica rientra nel potere delle pubbliche autorità degli Stati membri di disporre di beni appartenenti al proprio regime di proprietà. In questo senso, anche le concessioni demaniali marittime devono essere considerate come un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà degli Stati membri. Quando uno Stato membro concede il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo ciò avviene nell'esercizio di una facoltà che gli compete in quanto proprietario di tali aree. Il pensiero corre quindi all'art. 345 del TFUE ed ai principi che la Corte di giustizia ha richiamato nella sua interpretazione di tale articolo. Al riguardo, una vasta giurisprudenza del Giudice europeo relativa all'art. 345 TFUE (nelle versioni confermi dei precedenti Trattati) ha affermato che le decisioni delle autorità nazionali in materia di proprietà trovano un limite nelle norme e nei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea.

Ora, sembra lecito ritenere che ostacoli del genere possono sorgere nell'ambito delle concessioni demaniali marittime (anche se considerate delle

*locazioni di beni immobili) solo qualora le stesse rivestano un interesse transfrontaliero certo e siano aggiudicate in violazione dei principi stabiliti dalla suddetta giurisprudenza relativa agli articoli 49 e 56 del TFUE. Ne consegue che una norma di rango derivato quale la direttiva 2006/123/CE, nell'interpretazione onnicomprensiva affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2016, non sarebbe in grado di imporre agli Stati membri una limitazione ai loro regimi di proprietà che è sicuramente estranea ai canoni ammessi da tale giurisprudenza. Un obbligo del genere potrebbe cioè costituire, rispetto allo scopo perseguito dalle autorità pubbliche con le concessioni demaniali marittime, un intervento sproporzionato e quindi inaccettabile nei confronti delle loro prerogative di titolari di un diritto di proprietà, tale da ledere la sostanza stessa di tale diritto.*

*In conclusione, è ragionevole ritenere che, in considerazione del "primato" del diritto dell'Unione europea, la questione possa essere risolta in modo definitivo solo da una nuova e diversa pronuncia della Corte di giustizia. In questa prospettiva, la presente nota propone, sia pure in breve, un ragionamento inteso a contestare le motivazioni della suddetta sentenza Pro-moimpresa Srl., richiamando l'attenzione su argomenti che la stessa Corte ha già ampiamente utilizzato in passato, ma che non sono in armonia con tali motivazioni. In buona sostanza, gli argomenti utilizzati dalla presente nota intendono dimostrare che il divieto di proroga sancito dalla sentenza in esame dovrebbe riguardare solo le concessioni balneari che presentano un interesse transfrontaliero certo.*

*Giannangelo Marchegiani*

T.A.R. Abruzzo – Pescara, sez. 1<sup>^</sup> – Sentenza del 3 dicembre 2020, n. 347 – Pres. Paolo Passoni – Est. Massimiliano Balloriani

**Procedimento amministrativo – Commissari – Atti assunti nell’esercizio delle funzioni delegate – Imputazione degli atti amministrativi – Presidenza del Consiglio dei ministri – Annullamento del provvedimento – Art. 21-nonies della legge n. 241/1990 – Termine di 18 mesi – Decorrenza – Adozione del provvedimento – Irrilevanza della fase integrativa dell’efficacia – Annullamento dell’aggiudicazione – Atto sospensivamente condizionato**

*Gli atti assunti nell’esercizio delle funzioni delegate ai Commissari sono, in quanto tali, riferibili alla Presidenza del Consiglio dei ministri, autorità che esercita, nei confronti del Commissario delegato, un’attività di supervisione e di indirizzo (T.A.R. Lazio sent. N. 8595/2012; T.A.R. Lazio sent. n. 30424/2010; Cons. St. sent. 2576/2004). Dunque, espressioni dirette ad evidenziare l’estraneità del Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei ministri ai rapporti contrattuali scaturiti dalle ordinanze, possono eventualmente incidere solo sul conferimento al Commissario di una soggettività giuridica patrimoniale (come centro autonomo di imputazione dei rapporti giuridici patrimoniali), ma non sulla imputazione degli atti amministrativi, non essendo il Commissario centro autonomo di imputazione degli effetti finali di diritto pubblico, quale soggetto appunto delegato.(1)*

*L’art. 21-nonies della legge 241/1990 si esprime in termini di “adozione” del provvedimento, e non considera la fase integrativa dell’efficacia: il termine di 18 mesi decorre pertanto dal momento dell’adozione. Il suddetto termine di decadenza è applicabile anche all’annullamento dell’aggiudicazione definitiva, essendo l’ultimo atto della sequenza autoritativa su cui può incidere il contrarius actus. È appena il caso di aggiungere che l’art. 21-nonies della legge 241/1990 menziona i provvedimenti attributivi di vantaggi economici come categoria astratta e non si richiede che tali vantaggi siano stati effettivamente e definitivamente acquisiti nel patrimonio del beneficiario. Anche sotto il profilo della ratio, del resto, ciò che tale termine di decadenza preserva è proprio il contemperamento tra interesse pubblico e affidamento del destinatario dell’atto illegittimo, e, come noto, pur con l’adozione di un atto sospensivamente condizionato, sorge comunque un’aspettativa qualificata, la quale è proprio il prototipo della posizione di vantaggio già presente nel patrimonio del destinatario e che riceve tutela immediata principalmente sul piano dell’affidamento (cfr., in diritto civile, Cass. civ., SS.UU., sent. n. 18450/2005).(2)*

(omissis)

Con bando del 18.12.2015 del Commissario delegato (nominato con ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3504 del 9.3.2006) per la realizzazione degli *“interventi urgenti necessari per il superamento della situazione di emergenza socio-economico-ambientale determinatasi nell’asta fluviale del bacino del fiume Aterno”* è stata pubblicata la gara per la *“Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta sulla base del progetto preliminare”* dell’intervento di bonifica relativo alle *“aree esterne Solvay” del Sito di Interesse Nazionale di “Bussi sul Tirino”*; successivamente, con ordinanza di protezione civile n. 365 dell’8.8.2016 (pubblicata nella G.U. 22.08.2016 n. 195), al Commissario è subentrato come Stazione appaltante il Ministero dell’Ambiente (subentrando al Commissario in via ordinaria nella gestione di tale emergenza), che con convenzione ex art. 33 del d.lgs. n. 163/2006 del 31.8.2017 ha affidato al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per il Lazio, l’Abruzzo e la Sardegna il supporto tecnico-specialistico e amministrativo funzionale alla gestione della procedura di gara, ivi comprese le funzioni del RUP.

Come evidenziato dalle ricorrenti, l’art. 7.5.2., lett. b), del disciplinare di gara e l’art. 13, comma 1, del capitolato speciale descrittivo e prestazionale hanno previsto che l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva *“sarebbe stata subordinata: - all’ottenimento dei pareri tecnici e amministrativi inerenti l’intervento e di ogni altro atto di assenso, comunque denominato, con riferimento al progetto definitivo offerto dall’aggiudicatario (tra cui, trattandosi di intervento interamente finanziato con risorse pubbliche di importo superiore ai 25 milioni di Euro, rientrava anche il parere obbligatorio del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ex art. 127, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006), nonché alla verifica positiva di cui all’articolo 112 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006; - alla successiva approvazione del progetto definitivo da parte del competente organo della Stazione appaltante, cui risultava altresì subordinata la stipula del contratto (art. 8.1.1 del Disciplinare) ... Si prevedeva inoltre, in capo all’aggiudicatario, l’onere di “provvedere con tempestività ad adeguare il progetto definitivo alle eventuali prescrizioni imposte dalle diverse autorità competenti” (art. 7.5.2, lett. d)”*.

Adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva con decreto del Provveditorato prot. n. 12060 del 21.3.2018, in data 11.1.2019 si è riunito il Consiglio superiore dei lavori pubblici in prima seduta per l’esame del progetto definitivo presentato dal RTI aggiudicatario (avente la ricorrente come mandataria).

Senonché in quella sede il Consiglio superiore dei lavori pubblici ha ri-

levato degli aspetti di criticità che ha evidenziato poi nella nota n. 605 del 24.1.2019, indirizzata al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche.

Più in particolare, in tale nota, si illustra che il medesimo Consiglio superiore ha ricevuto una nota del 20 dicembre 2018 *“in cui sono state evidenziate alcuni problematiche tecnico procedurali che incidono sul parere da rilasciare”*, e che tali *“problematiche”* sarebbero: - l'individuazione di Edison spa come soggetto responsabile dell'inquinamento (evidenziando in proposito che ciò potrebbe essere una rilevante ragione di interesse pubblico per revocare il provvedimento di aggiudicazione, evitando così l'esborso di una somma rilevante per la progettazione esecutiva e l'esecuzione della bonifica, dovendo poi agire in danno verso il responsabile); - il dirigente individuato quale responsabile e coordinatore delle attività di bonifica del sito non ha mai trasmesso la relazione conclusiva alla protezione civile entro il termine del 30 giugno 2018 e per di più 5 giorni dopo l'aggiudicazione della gara ha rassegnato le proprie dimissioni; - vi sarebbero delle difficoltà di ordine contabile nell'operare sul capitolo di bilancio individuato oltre il suddetto termine del 30 giugno 2018.

Precisando di non poter entrare nel merito delle questioni di ordine giuridico, dunque, il Consiglio superiore dei LLPP, fatte queste premesse, evidenzia alcune considerazioni su aspetti tecnici, e in particolare *“il carente grado di approfondimento del progetto definitivo soggetto a parere di questo Consesso”*, segnalando che nel *“bando di gara era prevista l'esecuzione di ulteriori indagini e rilievi solo a valle della presentazione del progetto definitivo”* e che i progettisti del definitivo avrebbero affermato di *“aver ripreso come riferimento le indagini ambientali condotte in sede di progettazione preliminare”* e *“nulla viene detto in merito alle successive fasi di analisi richieste dalla normativa ambientale vigente”*; in sostanza, si evidenzia in tale nota, che *“Nel caso di specie il piano di caratterizzazione a cui i progettisti hanno fatto riferimento è quello eseguito nel 2004 da parte della Solvay S.p.A. e al piano di indagini integrativo del 2011; da allora pare che non siano stati eseguiti ulteriori accertamenti del caso”*; che, inoltre, dovendo alla caratterizzazione seguire l'analisi del rischio *“sito specifica”* per la determinazione delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), e dunque degli obiettivi di bonifica, a tal fine sarebbe fondamentale la delimitazione dell'area contaminata, e sotto tale aspetto, mentre la profondità dell'area stessa è stata individuata attraverso il rilievo del primo campione libero da contaminazioni, non sarebbe chiara la modalità di individuazione della superficie planimetrica dell'area stessa; e, d'altro canto, dalla documentazione progettuale non apparirebbe neanche chiaro se sia stata fatta o meno l'analisi di rischio per verificare il superamento delle CSR al fine della redazione del progetto di bonifica; mancherebbe inoltre

uno studio delle disponibilità delle discariche in prossimità del sito contaminato per lo stoccaggio dei rifiuti, incidendo peraltro tale elemento anche sull'importo finale dei lavori; per le "baie di stoccaggio" non sarebbero previste impermeabilizzazioni al suolo; da tutto ciò, sempre a parere del Consiglio superiore dei LLPP, emergerebbe *"uno scarso grado di approfondimento delle condizioni iniziali che, a parere della Commissione, risulta in forte contrasto con la possibilità di redigere un progetto definitivo che sia corretto, approfondito e rispondente ai requisiti minimi della normativa tecnica vigente, soprattutto per quanto riguarda la stima delle volumetrie dei rifiuti e dei terreni che saranno interessati dall'attività di rimozione, caratterizzazione e trasporto a discarica. Tutti questi aspetti, indicati dal R.T.I. aggiudicatario dell'appalto, sono stati desunti dal progetto preliminare, non approfonditi nel progetto definitivo offerto in sede di gara e sono aspetti che hanno ripercussioni dirette sul Quadro Economico, poiché non essendovi un vero e proprio piano di caratterizzazione, non può esserci alcuna sicurezza in merito alla stima a misura"*, considerato peraltro che il computo dei lavori oggetto dell'appalto è stato previsto per il 90% a misura, il che potrebbe implicare significative variazioni di prezzo nella fase esecutiva, il tutto in contrasto con l'articolo 53 del d.lgs. 163 del 2006, vigente alla data di pubblicazione del bando; per il Consiglio superiore dei LLPP tali rilievi sarebbero ostativi *"all'attuale esame documentale"*, e per tali ragioni ha concluso tale parere interlocutorio *"riservando l'emissione del parere richiesto, a valle degli ulteriori indagini e rilievi necessari a rendere il progetto meno approssimato e quindi più coerente col livello di progettazione richiesto"*.

Con nota del 16 gennaio 2020, il Ministero dell'Ambiente, presa conoscenza di tale parere interlocutorio del Consiglio superiore dei LLPP, ha invitato il Provveditorato interregionale, rammentando gli obblighi derivanti a suo carico dalla convenzione ex art. 33 d.lgs. 163 del 2006, a verificare, relazionando in merito, se l'aggiudicataria *"abbia medio tempore provveduto a effettuare le ulteriori attività di caratterizzazione"* in questione; se dunque su tale progetto definitivo siano stati acquisiti tutti i pareri e le autorizzazioni previsti dall'articolo 7.5.2. del disciplinare di gara; se il Consiglio superiore si sia pronunciato poi in via definitiva, dovendo in caso contrario il Ministero stesso provvedere alla revoca dell'aggiudicazione.

A tale nota ha fatto seguito la risposta del Provveditorato interregionale del 30 gennaio 2020, nella quale sostanzialmente si sottolinea che il Ministero aveva segnalato *"l'inopportunità di procedere alla sottoscrizione del contratto di appalto e far effettuare l'esecuzione dei lavori di bonifica al RTI aggiudicatario"* per poi agire in rivalsa verso Edison spa, una volta che questo

è stato individuato come soggetto responsabile, e dunque aveva segnalato la sussistenza dei presupposti per la revoca dell'aggiudicazione; che aveva inoltre segnalato *“perplexità in ordine alla possibilità di movimentare le risorse appostate sulla contabilità speciale n. 3911, che sembrerebbe non essere stata prorogata”*.

Nella medesima comunicazione il Provveditorato sottolinea, altresì, che la succitata nota del 24 gennaio 2019 del Consiglio superiore dei LLPP non costituisce parere consultivo ai sensi dell'articolo 127 del d.lgs. 163 del 2006, ma un semplice resoconto del primo esame istruttorio, in cui sono state solo evidenziate carenze della progettazione definitiva esaminata.

Sulla base di tali rilievi, pertanto, il Provveditorato ha comunicato al Ministero l'“assoluta necessità” di verificare, interpellando al riguardo l'Avvocatura dello Stato, la legittimità di una sospensione della procedura di gara per *“l'intervenuta indisponibilità di fondi”* nonché di una *“revoca dell'aggiudicazione per il sopravvenuto accertamento del soggetto responsabile della contaminazione”*; e conclusivamente il medesimo Provveditorato ha sottolineato che le integrazioni progettuali richieste dal Consiglio superiore dei lavori pubblici richiederebbero più approfondite indagini a cura dell'aggiudicatario in quanto eseguibili solo dopo la presentazione della progettazione definitiva, e che, dunque, è necessario comprendere le decisioni del Ministero prima di procedere ulteriormente, poiché non si potrebbero affidare tali ulteriori indagini all'aggiudicatario senza conoscere prima la attuale disponibilità di bilancio e la volontà di annullare o meno l'aggiudicazione.

Dunque, sulla base di tale situazione istruttoria, in data 18 maggio 2020 il Ministero dell'Ambiente ha dato avviso all'aggiudicatario dell'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione definitiva, motivato con la circostanza che il Consiglio superiore dei LLPP *“ha rilevato un carente grado di approfondimento del progetto definitivo soggetto al parere del citato Consesso, che costituisce l'offerta tecnica del R.T.I. aggiudicatario”*; che *“La carenza progettuale riscontrata nell'offerta tecnica presentata dal RTI Dec Deme è tuttavia di ricondurre anche ad un carente approfondimento delle indagini ambientali - richieste dalla normativa vigente - condotte in sede di progettazione preliminare posta a base di gara”* (*“- non appare chiaro se sia stata condotta un'analisi di rischio dei valori di contaminazione superiori alle CSR; - manca uno studio sulla disponibilità delle discariche site in prossimità del sito contaminato, a cui dovranno essere inviati i rifiuti non pericolosi, rifiuti pericolosi ed inerti; - per le “baie di stoccaggio” su cui dovranno essere stoccati i rifiuti dopo la rimozione dal sito contaminato, non sono state previste impermeabilizzazioni del suolo, compromettendo*

*ulteriormente la contaminazione del sottosuolo”); che, “In sintesi, è emerso uno scarso grado di approfondimento dei contenuti progettuali iniziali posti a base di gara che, a parere del Consiglio Superiore, rende impossibile redigere un progetto definitivo che sia corretto, approfondito e rispondente ai requisiti minimi della normativa tecnica vigente, soprattutto per quanto riguarda la stima delle volumetrie dei rifiuti e dei terreni che saranno interessati dall’attività di rimozione, caratterizzazione e trasporto a discarica, aspetti che hanno ripercussioni dirette sul Quadro Economico poiché, non essendovi un vero e proprio piano di caratterizzazione, non può esserci alcuna sicurezza in merito alla stima a misura prevista (al 90%) per la computazione dei lavori”.*

Nelle proprie controdeduzioni l’aggiudicataria ha dedotto la tardività dell’annullamento d’ufficio rispetto al termine di cui all’articolo 21 comma 1 nonies della legge n. 241 con riferimento sia alla data di adozione del bando sia a quella dell’aggiudicazione; la mancata specificazione dell’interesse pubblico all’annullamento ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità; che, come chiarito con la nota 5882 dell’11.08.2015 dell’ARTA Abruzzo Distretto Provinciale di Chieti, la scelta di effettuare la progettazione preliminare, rimandando solo a valle della progettazione definitiva la redazione dell’analisi di rischio sito-specifica, corrisponde alla scelta di seguire la procedura semplificata e accelerata di cui all’articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006; che del resto, come avrebbe rilevato anche il Consiglio superiore dei LLPP, tutto ciò era specificato anche nel bando di gara, prevedendosi le ulteriori indagini solo a valle della progettazione definitiva, e probabilmente proprio tale incertezza sui volumi di bonifica avrebbe indotto la Stazione appaltante a optare per l’affidamento dei lavori “a misura”; che, quanto alla supposta mancanza di uno studio sulla disponibilità delle discariche in prossimità del sito, “*il progetto definitivo presentato dallo scrivente RTI, e precisamente l’elaborato n. 01.05.03.00 “Piano di Gestione, Recupero e Smaltimento dei materiali di scavo” (che si allega), riporta un dettagliato studio sulla disponibilità dei siti di destinazione finale dei materiali/rifiuti derivanti dalla bonifica, individuando n. 9 potenziali siti di destinazione ed allegando anche, per ciascuno di essi, la lettera di disponibilità firmata dal rispettivo titolare. Il totale delle disponibilità raccolte in termini volumetrici è ben superiore alle necessità legate al progetto a base dell’appalto*”; che, quanto alla mancata impermeabilizzazione del suolo ove insistono le baie di stoccaggio dei rifiuti, “*si rileva che tale intervento può essere agevolmente eseguito (attraverso il mero inserimento in sottofondazione di un telo impermeabile in HDPE termosaldato), senza incidere particolarmente sull’economia dell’appalto (del valore di 38 milioni di euro); in sostanza, la rilevata (pretesa) “carenza” è così facilmente risol-*

*vibile da non poter essere considerata causa di annullamento di un'intera procedura d'appalto, quale che ne sia il valore*"; che, in ogni caso, lo stesso parere preliminare del Consiglio superiore dei LLPP, lungi da evidenziare vizi insanabili della procedura, ha viceversa specificato che la propria valutazione definitiva sarà effettuata *"a valle degli ulteriori indagini e rilievi necessari a rendere il progetto meno approssimato e quindi più coerente col livello di progettazione richiesto"*.

Con provvedimento 17 giugno 2020, il Ministero dell'Ambiente ha dunque disposto l'annullamento d'ufficio del bando di gara e dell'aggiudicazione definitiva, rilevando che *"la carenza progettuale riscontrata nell'offerta tecnica presentata dal R.T.I. Dec Deme è dipesa anche da un insufficiente approfondimento delle indagini ambientali - richieste dalla normativa vigente - condotte in fase di progettazione preliminare posta a base di gara"*; che, in particolare, *"ad avviso del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici: - non appare chiaro se sia stata condotta un'analisi di rischio dei valori di contaminazione superiori alle CSR; - manca uno studio sulla disponibilità delle discariche site in prossimità del sito contaminato, a cui dovranno essere inviati i rifiuti non pericolosi, rifiuti pericolosi ed inerti; - per le "baie di stoccaggio" su cui dovranno essere stoccati i rifiuti dopo la rimozione dal sito contaminato, non sono state previste impermeabilizzazioni del suolo, compromettendo ulteriormente la contaminazione del sottosuolo"*; che, di conseguenza, *"avendo il R.T.I. Dec Deme previsto l'esecuzione "a misura" di circa il 90% della computazione dei lavori, senza ulteriori accertamenti nel progetto definitivo, si sarebbe determinata una significativa variazione del prezzo dei lavori in fase esecutiva, in palese violazione dell'art. 53, comma 2, lett. c) e comma 4, del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163"*; che, quanto al rilievo della violazione del termine di cui all'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990, *"l'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico non può essere correttamente ascritta alla categoria dei "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici" essendo, piuttosto, una determinazione con la quale la stazione appaltante individua la migliore offerta"*; che in ogni caso tale termine non potrebbe decorrere prima dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, subordinata, dall'articolo 7.5.2. del disciplina di gara, all'ottenimento dei pareri tecnici e atti di assenso sul progetto definitivo offerto e dunque alla successiva approvazione dello stesso da parte della Stazione appaltante; che, tale circostanza, sarebbe di fatto impedita dalla rilevata lacunosità della progettazione preliminare; che *"l'art. 242 del D.lgs 3 aprile 2006 n.152 non figura tra le norme cui, ai sensi dell'art.3 dell'OPCM 6 marzo 2006, nonché ai sensi dell'art.3 dell'OPCM 4 ottobre 2007, il Commissario delegato era*

*autorizzato a derogare, se non nei casi in cui ciò fosse assolutamente indispensabile e in ogni caso previa esplicita dichiarazione in tal senso, nonché sulla base di specifica motivazione, elementi che non si rinvennero nella documentazione progettuale posta a base di gara”; che “non merita accoglimento la tesi, avanzata dall’aggiudicataria Dec Deme, per cui il progetto posto a base di gara sarebbe conforme al disposto di cui all’art.242-bis, che contempla una procedura semplificata che non prevede il preventivo espletamento dell’Analisi di rischio, bensì l’esecuzione di interventi di bonifica del suolo con riduzione della contaminazione ad un livello uguale o inferiore ai valori di concentrazione soglia di contaminazione, in quanto l’articolata procedura di cui all’art.242-bis, caratterizzata da una propria sequenza procedimentale, non risulta essere stata seguita; tenuto conto, in ogni caso, del fatto che tale procedura è attivata dal privato su base volontaria, ma appare, di contro, non attivabile nel caso di procedure ad evidenza pubblica, finanziate dalla pubblica amministrazione, sia pure in danno del soggetto responsabile, siccome caratterizzata da maggiori costi e comportante, in ragione dell’incertezza legata alla determinazione dei volumi di bonifica, la necessità di effettuare larga parte dei lavori a “misura”, in violazione delle normativa vigente in materia, e, in particolare, dell’art.53, comma 2, lett. b), del D.lgs. 12 aprile 2006 n.162, come rilevato anche dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e confermato dalla stessa aggiudicataria”; che “l’art.53, comma 2, lett. b) e comma 4, del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163, a norma del quale, se la gara è affidata sulla base del progetto preliminare, il contratto è stipulato a corpo, non risulta tra quelli cui il Commissario delegato era autorizzato a derogare, in ogni caso motivatamente e previa dimostrazione, nella fattispecie mancante, dell’assoluta necessità di procedere in tal senso, e che il Commissario delegato non si è avvalso di deroghe alla citata norma”; che le carenze progettuali non potrebbero essere colmate senza una modifica di quella preliminare posta a base di gara, e da ciò emergerebbe l’interesse all’annullamento della gara e dell’aggiudicazione.*

§ 2.

Con il ricorso 281 del 2020 la Dec-Deme Environmental Contractors Nv ha dunque impugnato tale provvedimento di aututela del 17 giugno 2020 del Ministero dell’Ambiente.

Nel ricorso si deduce la violazione dell’articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990, sotto il profilo della mancanza di un interesse pubblico all’annullamento, considerato che il parere del Consiglio superiore dei LLPP aveva carattere meramente interlocutorio e comunque non conteneva un giudizio tecnico di non sanabilità delle carenze in sede di progettazione definitiva

(riconoscendo viceversa che lo stesso bando di gara prevedeva indagini integrative successivamente alla presentazione del progetto definitivo); che la nota Arta 5882 dell'11.8.2015 ha chiarito che la decisione di conseguire le CSC senza analisi del rischio specifico è frutto di una precisa scelta della Stazione appaltante di seguire la procedura semplificata di cui all'art. 242-bis del Codice dell'ambiente di cui al d.lgs. n. 152/2006; che, contrariamente a quanto rilevato dal Consiglio superiore dei LL nel proprio parere preliminare, il progetto definitivo presentato dalla ricorrente, "*e precisamente l'elaborato n. 01.05.03.00 "Piano di Gestione, Recupero e Smaltimento dei materiali di scavo"*", contiene invece un dettagliato studio sulla disponibilità di 9 siti di destinazione finale dei rifiuti; che l'impermeabilizzazione del suolo di stoccaggio inciderebbe solo dello 0,25% sull'importo totale dell'appalto (che ammonterebbe a circa 38 milioni di euro); che dunque il provvedimento di annullamento sarebbe sproporzionato e irragionevole, non essendo giustificato sul piano tecnico, e comportando maggiori danni derivanti dal ritardo nella esecuzione delle opere di bonifica; che dalla stessa corrispondenza tra il Provveditorato e il Ministero (di cui si è dato conto al §1) ergerebbe che le Amministrazioni procedenti sono ben consapevoli del carattere meramente interlocutorio del parere del Consiglio superiore dei LLPP, peraltro reso circa ben un anno prima del susseguente atto di autotutela (e nelle more lo stesso Ministro dell'Ambiente avrebbe ciò nonostante rilasciato ampie dichiarazioni alla stampa sul celere avvio delle operazioni di bonifica); che la loro volontà di non dar corso all'aggiudicazione deriverebbe in realtà da questioni di ordine finanziario e dalla temuta difficoltà di recuperare poi le spese in danno del responsabile dell'inquinamento; che, a prescindere dalla fase di integrazione dell'efficacia, la validità dell'aggiudicazione risale al momento dell'adozione della stessa e dunque da quel momento dovrebbe decorrere il termine per agire in autotutela, tenendo presente che le rappresentate lacune della progettazione preliminari non sono riconducibili a errate rappresentazioni imputabili alla parte privata.

La ricorrente ha dunque richiesto, per il caso di mancato accoglimento della domanda costitutiva di annullamento, il risarcimento del danno dell'interesse positivo, e in subordine di quello negativo, relativo alle spese di progettazione e della fidejussione, ove dovessero risultare inutilmente sostenute per colpa dell'Amministrazione nella predisposizione degli atti di gara.

Il Ministero dell'Ambiente nelle proprie difese ha tra l'altro evidenziato che, essendo scaduto al 30 giugno 2018 il termine di efficacia della OPCDC 8 agosto 2016 n.365, da quella data non sarebbero più disponibili le risorse cui attingere per l'esecuzione dell'appalto e inserite nel Capitolo di conta-

bilità speciale n. 3911; che, in seguito alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato 6 aprile 2020 n.2301, che ha confermato integralmente la sentenza del Tar Pescara 22 marzo 2019 n.86 riconoscendo la piena responsabilità di Edison S.p.A per l'inquinamento del sito in esame, lo stesso Ministero avrebbe prontamente diffidato quest'ultima a porre in essere le attività di bonifica e avrebbe ritrasferito le somme di tale capitolo di contabilità speciale al Ministero dell'Economia, dopo aver dato il preavviso di avviso del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione, e pur avendo successivamente richiesto la riassegnazione di tali somme sempre per interventi a favore delle medesime aree; che già nella conferenza di servizi convocata per l'approvazione del progetto preliminare il Ministero aveva sollevato alcuni rilievi, sostanzialmente analoghi a quelli oggi emersi, su lacune progettuali anche sulla base di un parere Ispra, rilievi che non sarebbero stati superati ma semplicemente ignorati nella successiva conferenza di servizi del 15 giugno 2015 di approvazione del progetto preliminare, a cui non ha partecipato il Ministero e che è stata presieduta dal Commissario straordinario, nelle more divenuto su sua richiesta responsabile della procedura; che tale verbale di approvazione del progetto definitivo è stato comunque trasmesso al Ministero in data 1 luglio 2015 dallo stesso Commissario; che, ai sensi dell'allegato I punto 9 della direttiva 85/337/CEE (cd. Direttiva VIA), gli impianti di eliminazione dei rifiuti tossici e pericolosi devono essere sottoposti a valutazione di impatto ambientale, pena l'esposizione dello Stato italiano a procedura di infrazione, come avvenuto per il caso analogo del sito ex ACNA di Cengio; che pertanto il progetto definitivo proposto dalla ricorrente sarebbe, allo stato, ben lungi da essere immeditatamente attuabile, con evidente ricaduta dei tempi di bonifica; che le aree sono attualmente di proprietà del Comune di Bussi sul Tirino dal 24 maggio 2018, avendo quest'ultimo ritenuto di acquisire le aree medesime dal Solvay spa senza che fosse stato stipulato il contratto con l'aggiudicataria, in palese violazione di quanto previsto dall'accordo di programma stipulato con lo stesso Ministero il 3 maggio 2017 (art. 2 comma 4), e con la grave conseguenza che la stessa Solvay ha dunque conseguentemente cessato di porre in essere le attività di prevenzione a suo carico quale proprietaria (in particolare avrebbe spento la "barriera idraulica), con ulteriore compromissione dell'attuale situazione ambientale, salvo poi ripristinare tale attività su richiesta del Ministero, come comunicato dalla medesima Solvay il 7 luglio 2020.

Tutto ciò premesso, il Ministero rileva innanzitutto l'inammissibilità del ricorso, in quanto in esso non sarebbero state censurate tutte le motivazioni a base del provvedimento gravato, e in particolare laddove si evidenzia che *"avendo il R.T.I. Dec Deme previsto l'esecuzione "a misura" di circa il*

*90% della computazione dei lavori, senza ulteriori accertamenti nel progetto definitivo, si sarebbe determinata una significativa variazione del prezzo dei lavori in fase esecutiva, in palese violazione dell'art. 53, comma 2, lett. c) e comma 4, del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163"*; che, nel merito, il parere del Consiglio superiore dei LL, pur interlocutorio, determinerebbe un arresto procedimentale, poiché, proprio le rilevate carenze progettuali unite alla previsione del prezzo "a misura" comporterebbero *"una significativa variazione del prezzo dei lavori in fase esecutiva, in palese violazione dell'art. 53, comma 2, lett. c) e comma 4, del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163"*; che il termine di 18 mesi per l'annullamento d'ufficio ex articolo 21 nonies della legge 241 del 1990 non potrebbe decorrere con riferimento al bando (non derivando da esso nessun immediato vantaggio economico per il privato) e nemmeno all'aggiudicazione definitiva ove non ancora efficace; che, ai sensi dell'art.242 del d.lgs. n. 152/2006, comma 4, *"a valle dell'elaborazione delle indagini preliminari devono essere identificati i livelli di concentrazione residua accettabili calcolati mediante analisi di rischio eseguita secondo i criteri di cui in Allegato 1, sui quali impostare gli eventuali interventi di messa in sicurezza e/o di bonifica"*, e *"tale norma non figura tra quelle, ai sensi dell'art.3 dell'OPCM 6 marzo 2006, nonché ai sensi dell'art.3 dell'OPCM 4 ottobre 2007, che il Commissario delegato era autorizzato a derogare, se non nei casi in cui ciò fosse assolutamente indispensabile e in ogni caso previa esplicita dichiarazione in tal senso, nonché sulla base di specifica motivazione"*; e in ogni caso la procedura speciale in deroga ex articolo 242 bis cit., oltre a non essere prevista espressamente negli atti di gara, richiederebbe *"il raggiungimento delle CSC, con necessità di volumi di scavo molto superiori e con difficoltà tecniche che non sempre conducono ad addivenire in tempi più rapidi al raggiungimento degli obiettivi di bonifica"*.

### § 3.

Con il ricorso 293 del 2020, anche il Comune di Bussi sul Tirino ha impugnato il succitato provvedimento di autotutela del Ministero dell' Ambiente, evidenziando varie censure, alcune sostanzialmente sovrapponibili a quelle esposte dall'aggiudicataria, e in particolare la violazione del termine di 18 mesi per l'adozione del provvedimento di autotutela; il contrasto del provvedimento di annullamento con le conclusioni contenute nel parere preliminare del Consiglio superiore dei LLPP e con i rilievi contenuti nelle succitate comunicazioni del Provveditorato interregionale, incaricato di funzioni di responsabile del procedimento; che il parere del Consiglio superiore dei LLPP sarebbe errato nel ritenere lacunoso il progetto preliminare in quanto in esso sarebbe prevista la copertura delle aree di stoccaggio, vi sarebbe contenuta

l'analisi delle discariche e sarebbe molto dettagliato in ogni sua parte; inoltre l'approvazione del progetto preliminare conterrebbe la previsione di successive indagini integrative nella fase esecutiva, come confermato dallo stesso parere dell'Arta Abruzzo 5882 del 11 agosto 2015, già citato dall'aggiudicataria anche in merito all'applicazione dell'articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006, che nel caso di specie ben si giustificava essendo prevista l'integrale rimozione dei rifiuti dal sito, e dunque una bonifica più radicale in quanto basata sulle CSC invece che sulle CSR; che nello stesso decreto di indizione della gara n. 240 del 14 dicembre 2015 è stata fatta salva *“ogni doverosa azione di tutela erariale a garanzia del risarcimento del danno ambientale nei confronti del responsabile dell'inquinamento e comunque ogni azione volta ad ottenere, a termini di legge, il rimborso delle spese sostenute per i suddetti interventi di bonifica”*, e dunque l'individuazione di Edison come soggetto responsabile e la pendenza nei suoi confronti anche di una causa presso il Tribunale de L'Aquila per il risarcimento del danno ambientale sarebbero ragioni per procedere speditamente alla bonifica, nella consapevolezza di poter comunque recuperare quanto si andrà a spendere a tal fine, in danno della stessa responsabile; che pertanto sarebbe del tutto destituita di ragionevolezza la reale ragione che starebbe dietro la decisione di annullare la gara ossia la sopravvenuta individuazione del responsabile dell'inquinamento; che apparirebbe quantomeno contraddittoria la circostanza che con il gravato provvedimento il Ministero abbia deciso di provvedere, a distanza di circa 5 anni dalla pubblicazione del bando e 3 anni dall'aggiudicazione, all'annullamento di tali atti, quando, di contro, proprio il trascorrere di un lungo lasso di tempo e le previsioni dell'ordinanza della Protezione civile del 2016 erano state le ragioni utilizzate dalla stessa Amministrazione nelle proprie difese (di cui la ricorrente riporta uno stralcio: *“Con un secondo profilo di censura Toto Holding spa lamenta che sarebbe mancata la caratterizzazione delle aree e che la progettazione preliminare sarebbe erronea per carenza di istruttoria. Tale ulteriore doglianza è manifestamente inammissibile perché priva di qualsivoglia riscontro istruttorio....”*) nel ricorso 115 del 2017 intentato da una concorrente, la Toto Holding, innanzi al Tar del Lazio proprio avverso il bando in questione; che la circostanza che il Ministero abbia lasciato infruttuosamente scadere il termine del 30 giugno 2018 - previsto nella succitata ordinanza di protezione civile 365 del 2016 per relazionare in ordine all'utilizzo delle somme stanziare ed eventualmente per chiedere una proroga dello stanziamento stesso - prima di prendere la decisione di annullare la gara e dunque ritenere non necessarie tali somme evidenzerebbe un'inversione logica nell'attività procedimentale e tradirebbe una decisione preconcepita sulla volontà di non procedere oltre nella

esecuzione della gara; che a pag. 6 dell'accordo di programma sottoscritto tra il Ministero dell'Ambiente, la Regione Abruzzo e il Comune di Bussi *“la tempestiva esecuzione dei lavori di bonifica oggetto della Procedura di Gara è di primario interesse pubblico, in considerazione dello stato di contaminazione delle Aree nonché della volontà di promuovere eventuali accordi per la reindustrializzazione delle stesse”*, e ciò manifesterebbe con ancora più forza l'insussistenza di un interesse pubblico all'annullamento della gara, peraltro in violazione della suddetta disposizione dell'accordo di programma.

Il ricorso appare correttamente e tempestivamente rinotificato via Pec al Ministero dell'Ambiente per il tramite dell'Avvocatura distrettuale de L'Aquila in data 15 settembre 2020, e purtuttavia detta Amministrazione non si è costituita.

Si è costituita, in tale giudizio evocata, invece, tra gli altri, anche Edison, limitandosi tuttavia a sottolineare la propria estraneità alla specifica materia del contendere, sul rilievo che l'accertamento della propria responsabilità non sarebbe stato comunque definitivamente accertato così come non sarebbe stato accertato l'avvenuto inquinamento di cui si discute (*“Né tale estraneità è messa in discussione dall'eventuale (ancora inesistente) accertamento definitivo della pretesa responsabilità di Edison medesima per il supposto (ed indimostrato, come nota il Cons. sup. LL.PP.) inquinamento (tale non è infatti la presenza di discariche di rifiuti autorizzate), profilo del tutto estraneo alla legittimità/illegittimità dell'atto assunto in autotutela dal Ministero”*).

Si è costituita anche l'Arta Abruzzo, esponendo varie deduzioni a sostegno delle tesi della ricorrente, e in particolare che appare destituita di fondamento la tesi del Ministero sulla decorrenza del termine di 18 mesi di decadenza dal potere di annullamento atteso che l'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990 fa decorrere tale termine dal momento “dell'adozione del provvedimento” oggetto di autotutela e attributivo di vantaggi economici e dunque non dalla sua efficacia; che manca nel provvedimento impugnato una valutazione dell'interesse pubblico nel senso di una espressa comparazione tra il mantenimento o l'annullamento dell'atto; che tale valutazione sarebbe tanto più necessaria in quanto la sollecita bonifica incide nel caso di specie su interessi fondamentali che, per quanto recentemente statuito dalla Corte Costituzionale, prevalgono su ragioni finanziarie e di bilancio.

#### § 4.

Con ricorso n. 321 del 2020, il medesimo provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva è stato impugnato anche dalla Regione Abruzzo, la quale espone di avere legittimazione ad agire - oltre che come ente esponenziale di interessi della collettività e perciò anche parte attiva della

causa risarcitoria intentata insieme al Ministero dell'Ambiente avverso Edison innanzi al Tribunale ordinario di L'Aquila per il risarcimento del danno ambientale - in quanto parte contrattuale dell'Accordo di Programma stipulato il 7.05.2017 con il Comune di Bussi sul Tirino e il Ministero dell'Ambiente, e avente a oggetto le azioni finalizzate alla tempestiva esecuzione dei lavori di bonifica (e il quale a pag. 6 ha previsto, come già illustrato, che "la tempestiva esecuzione dei lavori di bonifica oggetto della Procedura di Gara è di primario interesse pubblico, in considerazione dello stato di contaminazione delle Aree nonché della volontà di promuovere eventuali accordi per la reindustrializzazione delle stesse"); che nel medesimo accordo è stato poi previsto, oltre al trasferimento delle aree da Solvay al Comune di Bussi a un prezzo simbolico di un euro e dopo l'aggiudicazione definitiva, che la Regione Abruzzo avrebbe concorso al costo delle operazioni di bonifica per la parte non coperta dagli stanziamenti statali, così come poi avvenuto con delibera 159 del 2017 per la somma di 1,5 milioni di euro in favore del Ministero dell'Ambiente; che il rilievo e l'attualità di tale interesse appaiono provati anche da uno studio epidemiologico dell'Istituto Superiore di Sanità, che ha accertato un eccesso per diverse malattie nel SIN di Bussi suggerendo conseguentemente *"di procedere rapidamente alle opere di messa in sicurezza e bonifica ambientale previsti dalla legge, nonché a tutti quegli interventi volti alla riduzione delle esposizioni anche potenziali a contaminanti da parte delle popolazioni"*.

Nel proprio ricorso anche la Regione espone varie censure, alcune delle quali sovrapponibili a quelle dedotte dagli altri due ricorrenti, e in particolare che sarebbe stato violato il termine di 18 mesi per procedere in autotutela o comunque, in difetto, la previsione residuale di un termine ragionevole; che sarebbe stato del tutto inadempito l'onere motivazionale del provvedimento di autotutela, con particolare riferimento alla cura dell'interesse pubblico, che nel caso di specie sarebbe indubitabilmente quello alla tutela della salute e dell'ambiente, e dunque quello di procedere alle integrazioni progettuali e alla esecuzione delle opere di bonifica, essendo ormai trascorsi ben 13 anni dalla scoperta del gravissimo inquinamento del sito, peraltro in mancanza di una parere negativo definitivo del Consiglio superiore dei LLPP; che la scelta del Commissario delegato di adottare la procedura semplificata di cui all'articolo 242 bis del d.lgs. mirava proprio ad accelerare i tempi della bonifica e a renderla più radicale con l'allontanamento completo dei rifiuti; che il parere reso dal Consiglio superiore dei LLPP sarebbe infatti tutt'altro che definitivo e inoltre non comporterebbe alcun arresto procedimentale; che non sussisterebbero comunque le criticità progettuali citate nel summenzionato parere, atteso peraltro che la progettazione preliminare o studio di fattibilità posti a

base di gara sarebbero altresì conformi ai requisiti dettati dall'art. 23, comma 6 del d.lgs. 50/2016; che, inoltre, nella Conferenza di servizi del 6 febbraio 2015, in risposta alle varie osservazioni formulate dagli enti partecipanti, si è sottolineato che “... *un approccio corretto in fase di stima preliminare delle volumetrie da scavare, la verifica sulle reali profondità di scavo e l'estensione areale andrà implementata in campo in funzione dello stato effettivo di contaminazione delle matrici ambientali ...*”; che a ciò si devono aggiungere anche le valutazioni dell'Arta Abruzzo di cui alla succitata nota del 11.08.2015, sicché quella di prevedere una integrazione progettuale in fase esecutiva sarebbe una precisa scelta delle Amministrazioni legata proprio alla incertezza nella determinazione dei volumi di bonifica; che, quanto alla omissione dell'analisi di rischio sito-specifica, appare sufficiente rilevare che l'O.P.C.M. n. 3614 del 4 ottobre 2007 ha consentito al Commissario delegato di derogare tra gli altri all'articolo 242 del d.lgs. 152 del 2006, dunque nel caso di specie la gara risulta espletata ai sensi dell'articolo 242 bis, imponendo come soglia da rispettare quella delle Concentrazioni Soglia di Contaminazione (CSC) e non già le Concentrazioni Soglia di Rischio (CSR).

Nella propria memoria di costituzione per le Amministrazioni resistenti, l'Avvocatura dello Stato ha eccepito il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Considerazioni in diritto

§ 5.

Tutti i ricorsi in epigrafe vengono riuniti ai fini della decisione, stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Preliminarmente, il Collegio rileva la legittimazione attiva della Regione Abruzzo e del Comune di Bussi, non solo quali enti esponenziali della comunità locale (in relazione a un atto incidente sui tempi e modi della bonifica e dunque destinato ad avere un rilevante effetto sull'ambiente nell'ambito territoriale di riferimento, cfr. Consiglio di Stato sentenza 719 del 2016), ma anche quali parti del rapporto costituito con l'accordo di programma stipulato in data 7.05.2017.

Tale atto negoziale - intervenuto tra Solvay spa, allora proprietaria delle aree in esame, il Ministero dell'Ambiente, la Regione Abruzzo e il Comune di Bussi sul Tirino - è stato infatti stipulato proprio “*al fine di garantire il completamento della Procedura di Gara*” in esame.

Inoltre, in base all'articolo 4 comma 3 di esso, la Regione si è obbligata a coprire “*ogni ulteriore spesa derivante dalla Procedura di Gara nonché dall'esecuzione e del collaudo dei servizi e lavori oggetto di aggiudicazione*”, e non appare contestato, come dedotto dalla Regione in giudizio, che vi abbia

poi provveduto, trasferendo al Ministero dell'Ambiente a tal fine la somma di euro 1,5 milioni di euro.

Sempre in via preliminare, si rileva la legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contestata dalla difesa erariale, atteso che, come si chiarirà meglio nel prosieguo, con il provvedimento impugnato è stato comunque annullato anche il bando di gara adottato dal Commissario, quale soggetto delegato proprio dal dipartimento di protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

E come noto, secondo la giurisprudenza, gli atti assunti nell'esercizio delle funzioni delegate ai Commissari sono, in quanto tali, riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri, autorità che esercita nei confronti del Commissario delegato stesso un'attività di supervisione e di indirizzo (Tar Lazio sentenza 8595 del 2012; Tar Lazio sentenza 30424 del 2010; Consiglio di Stato sentenza 2576 del 2004).

Dunque, a parere del Collegio, l'espressione contenuta all'articolo 7 comma 1 dell'OPCM 3504 del 2016, evidenziata dall'Avvocatura dello Stato (*"Il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri è estraneo ad ogni rapporto contrattuale scaturito dalla applicazione della presente ordinanza"*), così come quella analoga contenuta nell'articolo 5 comma 1 dell'OPCM 3614 del 2007, alla luce del rapporto di delega e dunque della riferibilità alla Presidenza del Consiglio dei Ministri degli atti compiuti dal Commissario delegato, può riferirsi solo alla segregazione patrimoniale del "fondo finalizzato", come accade anche per i soggetti attuatori; circostanza che, valutato quanto dedotto dall'Avvocatura dello Stato nella propria memoria difensiva (che ha infatti potuto citare a tal fine citare solo giurisprudenza ordinaria), incide solo sul conferimento al Commissario di una soggettività giuridica patrimoniale (come centro autonomo di imputazione dei rapporti giuridici patrimoniali in conseguenza appunto della segregazione del cd. "fondo finalizzato" e dunque dell'autonomia patrimoniale sebbene non perfetta), ma non ovviamente sulla imputazione degli atti amministrativi, non essendo il Commissario centro autonomo di imputazione degli effetti finali di diritto pubblico, quale soggetto appunto delegato, come affermato del resto dalla richiamata giurisprudenza.

Tale rilievo, peraltro, come si esaminerà più diffusamente nel merito, incide anche sul piano sostanziale, avendo in ultima analisi, e per le ragioni appena esposte, il Ministero dell'Ambiente annullato anche un bando comunque riferibile alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dalla medesima quantomeno implicitamente ratificato con successive ordinanze.

Passando dunque all'esame del merito, innanzitutto appare fondato il vizio

della violazione del termine di 18 mesi di cui all'articolo 21 nonies della legge 241 del 1990, atteso che, per espressa previsione di legge, esso decorre dall'adozione dell'atto e non dalla sua efficacia.

Difatti tale norma si esprime in termini di "adozione" del provvedimento, e non considera dunque la fase integrativa dell'efficacia.

Peraltro, la giurisprudenza ha già affermato l'applicabilità del suddetto termine di decadenza anche all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, sia perché essa è l'ultimo atto della sequenza autoritativa su cui può appunto incidere il *contrarius actus* sia allorché, come a maggior ragione nel caso di specie, la pubblica amministrazione abbia atteso il superamento di tale lasso di tempo ben potendo conoscere i vizi che a suo dire l'affliggerebbero (cfr. Tar Milano sentenza 1637 del 2018).

E' dunque appena il caso di aggiungere che l'articolo 21 nonies della legge 241 del 1990 menziona i provvedimenti attributivi di vantaggi economici come categoria astratta e non si richiede che tali vantaggi siano stati effettivamente e definitivamente acquisiti nel patrimonio del beneficiario.

Anche sotto il profilo della *ratio*, del resto, ciò che tale termine di decadenza preserva è proprio il contemperamento tra interesse pubblico e affidamento del destinatario dell'atto illegittimo, e, come noto, pur con l'adozione di un atto sospensivamente condizionato, sorge comunque un'aspettativa qualificata (per il caso di aggiudicazione sottoposta alla fase di integrazione dell'efficacia, cfr. Tar Venezia sentenza 152 del 2014; Tar Brescia sentenza 79 del 2019), la quale è proprio il prototipo della posizione di vantaggio già presente nel patrimonio del destinatario e che riceve tutela immediata principalmente sul piano dell'affidamento (cfr., in diritto civile, Cassazione, s.u., sentenza 18450 del 2005, si pensi, a esempio, all'obbligo di buona fede dell'altro contraente in pendenza della condizione sospensiva).

Dunque, essendo trascorsi più di 18 mesi dall'adozione dell'aggiudicazione definitiva, il provvedimento di annullamento è tardivo.

L'accoglimento di tale censura sarebbe assorbente, purtuttavia per completezza di esposizione appare opportuno affrontare altre questioni sollevate, ovvero quelle che appaiono sia rilevanti nella conformazione della successiva attività amministrativa sia in grado di evidenziare in modo più intenso la violazione dell'articolo 21 nonies della legge 241 - sotto profili non solo connessi alla tardività del provvedimento di autotutela ma anche alla sua irragionevolezza nella valutazione dell'interesse pubblico - con conseguente evidente interesse delle ricorrenti al loro esame.

Come rilevato nella premessa in fatto, con ordinanza di protezione civile n. 365 dell'8.8.2016, al Commissario delegato è subentrato come Stazione ap-

paltante il Ministero dell’Ambiente, sicché se quest’ultimo avesse veramente avuto la competenza spesa nel procedere all’annullamento della gara, non si comprende come non vi abbia già provveduto in tale data, avendo ammesso nelle proprie difese, come pure riferito in premessa, che il verbale della conferenza di servizi di approvazione del progetto definitivo - sul quale peraltro il Ministero aveva fatto rilievi che lo stesso in giudizio ha affermato ritenere sostanzialmente sovrapponibili a quelli poi trasposti nel provvedimento di autotutela - è stato trasmesso al Ministero stesso già in data 1 luglio 2015.

Appare così un primo palese indice di sviamento di potere nella circostanza che il Ministero resistente abbia deciso di provvedere in autotutela solo a distanza di ben 5 anni, dimostrando con tale comportamento che probabilmente non sono tali preesistenti ragioni tecniche, quelle che lo hanno poi indotto ad adottare il provvedimento di autotutela oggi impugnato.

E circostanza ancor più eccentrica e dunque a tal fine sintomatica è che - come segnalato dal Comune di Bussi sul Tirino - il Ministero, nelle proprie memorie nel ricorso 115 del 2017 innanzi al Tar Lazio (allegate dal medesimo Comune al presente giudizio) intentato dalla Toto Holding spa avverso il medesimo bando di gara oggetto della presente controversia, ha contestato la fondatezza della censura riguardante proprio la mancata caratterizzazione delle aree e la carenza di istruttoria nella progettazione preliminare (*“Tale ulteriore doglianza è manifestamente inammissibile perché priva di qualsivoglia riscontro istruttorio, che era onere di Toto fornire, tenuto anche conto del lungo tempo trascorso dall’indizione della gara”*).

Tale circostanza infatti dimostra che il Ministero, pur essendo consapevole già dal 2015 delle lacune progettuali oggi sottolineate, le ha anche difese in giudizio, con un comportamento del tutto contraddittorio rispetto a quanto poi deciso con il provvedimento impugnato.

Ciò finisce tra l’altro per rinforzare il sintomo dello sviamento di potere, consolidando cioè la presunzione che alla base del provvedimento impugnato non vi siano le succitate lacune progettuali, non accertate con definitività dal Consiglio superiore dei LLPP e conosciute da oltre 5 anni dal Ministero che le ha anche difese in giudizio.

Giova altresì sottolineare che il Ministero stesso, pur consapevole, come rilevato, di tali presunte lacune nella progettazione preliminare già dal 2015, in data 3 maggio 2017 ha nondimeno stipulato un accordo di programma con la Regione Abruzzo e il Comune di Bussi, che a pag. 6 prevede che *“- la Procedura di Gara è attualmente pendente ed in fase di conclusione; - la tempestiva esecuzione dei lavori di bonifica oggetto della Procedura di Gara è di primario interesse pubblico, in considerazione dello stato di contaminazione*

*delle Aree nonché della volontà di promuovere eventuali accordi per la rein-dustrializzazione delle stesse”.*

Con la stipula di tale accordo dunque, il Ministero, conoscendo già i vizi della gara oggi in esame, ha comunque confermato espressamente la volontà di darvi corso, assumendo a tal fine reciproche obbligazioni anche con altri soggetti pubblici (Regione Abruzzo e Comune di Bussi, odierni ricorrenti).

L’annullamento oggi impugnato pertanto costituisce una palese violazione del suddetto accordo di programma, che a sua volta rappresenta una ulteriore ragione di contraddittorietà con la gravata scelta di ritenere oggi sussistente un interesse pubblico all’annullamento della gara per le medesime lacune progettuali già note al momento della stipula.

In tale accordo è disposto che *“il Comune di Bussi si impegna a porre in essere le necessarie procedure per acquisire la piena disponibilità delle Aree Privati ai fini della tempestiva esecuzione degli interventi di cui alla Procedura di Gara”* (articolo 3 comma 3).

E’ ben vero, come rilevato dal Ministero, che il comma 4 dell’articolo 2 ha previsto che *“Il passaggio di proprietà delle Aree Solvay non potrà in alcun caso avvenire in caso di mancata aggiudicazione della Procedura di Gara nonché in caso di mancata stipula del contratto. In tal caso le Parti dichiarano sin d’ora non avere nulla a pretendere l’un l’altra in ragione del mancato verificarsi di tali presupposti”*.

Tuttavia, come noto, non solo il mancato avveramento di una condizione sospensiva ma anche l’avveramento di quella risolutiva, ove imputabile a colpa di una delle parti, implica che l’evento dedotto in condizione non espliciti l’effetto condizionante previsto (rientrano infatti nell’ambito di operatività dell’art. 1359 c.c., nonostante la formulazione letterale della norma, le condizioni sospensive come le risolutive, le condizioni positive come le negative, Cassazione sentenza 2747 del 1989; sentenza 443 del 2017), e dunque ciò riporta la questione sul piano della legittimità dell’annullamento in autotutela, e pertanto, una volta accertata la sua illegittimità, essa implica anche la violazione - da parte del Ministero dell’Ambiente - dell’accordo stesso.

Il Ministero, se violando illegittimamente i termini dell’accordo non ha reso possibile la stipula del contratto di appalto, non può poi invocare il mancato avveramento di tale condizione per far valere l’inefficacia dell’accordo stesso.

Tale accordo tra l’altro implicava anche l’obbligo di adoperarsi per mantenere l’impegno delle somme stanziare per la gara (articolo 4 comma 1: *“I costi della Procedura di Gara, così come identificati nel quadro economico approvato dal Decreto del Commissario Delegato n. 240 del 14.12.2015, sa-*

ranno in prima istanza coperti con le risorse vincolate alle finalità di cui alla l. 10/2011 presenti sul capitolo di contabilità speciale n. 3911, attualmente ammontanti ad Euro 44.755.338,08”), a prescindere dalla successiva individuazione del responsabile dell’inquinamento (articolo 4 comma 4: “*Resta ferma, da parte delle competenti amministrazioni, ogni doverosa azione nei confronti del responsabile dell’inquinamento volta ad ottenere il rimborso delle spese sostenute per i lavori di bonifica di cui alla Procedura di Gara nonché il risarcimento del danno ambientale nei termini di legge*”).

Come noto, la violazione di un accordo di programma incide sulla legittimità degli atti adottati a valle in sua inosservanza, rilevabile non solo dalle Amministrazioni stipulanti (che hanno un vero e proprio diritto soggettivo al suo adempimento) ma anche da parte dei terzi incisi (che vantano a tal fine un interesse legittimo) (Consiglio di Stato sentenza 361 del 2015).

Dalla corrispondenza con il Provveditorato interregionale (che ha svolto le funzioni di RUP) citata nelle premesse in fatto (e in particolare dalla nota del 30 gennaio 2020) si desume come anche tale Amministrazione fosse propensa a ritenere la succitata nota del 24 gennaio 2019 del Consiglio superiore dei LLPP come non costituente un parere consultivo definitivo ai sensi dell’articolo 127 del d.lgs. 163 del 2006, ma un semplice resoconto del primo esame istruttorio, in cui peraltro sarebbero state evidenziate solo carenze nella progettazione definitiva da riesaminare a seguito delle necessarie integrazioni.

Inoltre con tale comunicazione il Provveditorato ha rappresentato al Ministero l’*“assoluta necessità”* di verificare, interpellando al riguardo l’Avvocatura dello Stato, la legittimità di una sospensione della procedura di gara per *“l’intervenuta indisponibilità di fondi”* nonché di una *“revoca dell’aggiudicazione per il sopravvenuto accertamento del soggetto responsabile della contaminazione”*.

Tuttavia, un parere in tal senso il Ministero l’aveva già richiesto, ottenendo in data 18 novembre 2019 la risposta dell’Avvocatura dello Stato, nella quale in particolare si chiarisce che, siccome dopo l’aggiudicazione definitiva è stato individuato il responsabile dell’inquinamento, la stipula del contratto *“potrebbe rilevarsi pregiudizievole”* non solo con riferimento alle esigenze di bonifica del sito ma anche per una eventuale estrema difficoltà nel recupero delle somme nei confronti del responsabile; e a tal fine si suggerisce di valutare la possibilità di revocare la gara proprio sul presupposto di tale sopraggiunta individuazione del responsabile, non mancando però di sottolineare i rischi di un incerto contenzioso che tale soluzione comporterebbe.

Si comprende dunque come le vere ragioni *“interne”*, sulle quali le Amministrazioni si interrogavano, hanno proprio riguardato principalmente la

intervenuta indisponibilità dei fondi e il sopravvenuto accertamento del soggetto responsabile della contaminazione.

Dunque, a prescindere dal formale contrasto con il contenuto motivazione del provvedimento oggi impugnato, esse vanno esaminate *ex professo*, essendo state peraltro oggetto delle contestazioni e difese delle parti.

Quanto al primo aspetto, la circostanza che il Ministero abbia lasciato infruttuosamente scadere il termine del 30 giugno 2018 - previsto nella succitata ordinanza di protezione civile 365 del 2016 per relazionare in ordine all'utilizzo delle somme stanziata ed eventualmente per chiedere una proroga dello stanziamento stesso - prima di prendere la decisione di annullare la gara e dunque di rendere superflue tali somme, evidenzia, come sottolineato dalla difesa del Comune di Bussi sul Tirino, un vizio di inversione logica nella decisione dell'Amministrazione.

Come questo Tribunale ha già avuto modo di affermare, del resto, l'Amministrazione non può opporre validamente al privato la decadenza derivante dalla violazione a sé imputabile di termini procedurali interni al rapporto tra Enti pubblici (Tar Pescara, sentenza 336 del 2018); così come non può utilizzare un comportamento illegittimo e inadempiente (nel caso di specie all'obbligo di chiedere la proroga dello stanziamento delle somme) per giustificare un'altra illegittimità da esso derivante (cfr. Tar Pescara sentenza 249 del 2020).

Peraltro, nel caso di specie, tale ragione - basata sulla mancata richiesta della proroga dello stanziamento - non appare neanche più sussistere, in quanto, come emerso nel corso del giudizio, dette somme sono state nuovamente richieste per gli interventi necessari sul sito di Bussi (cfr. la memoria dell'Avvocatura dello Stato nel ricorso proposto dalla Regione, in cui tra l'altro si afferma che *“il MATTM ha già richiesto la riassegnazione, con destinazione vincolata all'effettuazione di interventi di bonifica e risanamento nel Sin di Bussi sul Tirino, tanto che, con nota 25 giugno 2020 prot. 48820, ha sollecitato la Regione Abruzzo, ad oggi senza ricevere cenno di riscontro alcuno, a “di voler individuare gli interventi oggetto del finanziamento, che dovranno essere prioritari rispetto ad altre eventuali azioni da realizzare nel SIN, ai fini della più efficace tutela della salute e dell'ambiente”*).

Anche tale richiesta, tuttavia, contribuisce a connotare di contraddittorietà e irragionevolezza l'agire del Ministero dell'Ambiente, considerato che da un lato si ritiene di interesse pubblico annullare in via definitiva la gara anche per la mancanza di fondi (come emerso in giudizio) e dall'altro se ne richiede nuovamente l'assegnazione.

Quanto alla sopravvenuta individuazione del responsabile dell'inquina-

mento, è agevole osservare che tale questione non può in ogni caso costituire ragione di annullamento dell'aggiudicazione.

Del resto, come rilevato dalla difesa del Comune di Bussi, nello stesso decreto di indizione della gara n. 240 del 14 dicembre 2015 è stata fatta salva “ogni doverosa azione di tutela erariale a garanzia del risarcimento del danno ambientale nei confronti del responsabile dell'inquinamento e comunque ogni azione volta ad ottenere, a termini di legge, il rimborso delle spese sostenute per i suddetti interventi di bonifica”, e dunque l'individuazione di Edison come soggetto responsabile e la pendenza nei suoi confronti anche di una causa presso il Tribunale de L'Aquila per il risarcimento del danno ambientale sono già state individuate come ragioni non preclusive all'interesse pubblico a procedere speditamente alla bonifica continuando l'iter della gara.

Peraltro, non sono state provate in giudizio fondate ragioni di impedimento alla possibilità di recuperare comunque quanto si andrà a spendere a tal fine, in danno della stessa responsabile, per la parte da questa non eseguita spontaneamente.

A tal fine, proprio la stipulazione a misura e non a corpo - prevista nel disciplinare di gara (punto 2.2.3.) e legittima ex articolo 53 comma 4 del d.lgs. 163 del 2006 (vigente *ratione temporis*) trattandosi di opere che prevedono la rimozione con scavo del terreno - consente alla Stazione appaltante di variare il costo della prestazione in ragione della quantità effettiva della prestazione.

D'altro canto, siccome l'interesse pubblico del Ministero dovrebbe essere proprio quella di effettuare con celerità la bonifica - atteso che il pericolo di danno ambientale dovrebbe prevalere su ragioni di mero risparmio (peraltro tutt'altro che dimostrate nel caso di specie) – non appare ragionevole confidare in una maggiore celerità della bonifica effettuata da Edison spa in proprio, atteso che la medesima risulta aver peraltro presentato un ricorso in Cassazione e un ricorso per revocazione (depositati in giudizio dal Comune di Bussi) avverso la sentenza del Consiglio di Stato che ne ha confermato la responsabilità e in ambedue i casi facendo valere la presunta violazione dell'articolo 99 cpa (cioè secondo la prospettazione di Edison la Sezione semplice del Consiglio di Stato si sarebbe discostata da un principio di diritto affermato dalla Plenaria senza rimettere a questa la questione), sempre al fine di contestare l'accertamento della propria responsabilità di soggetto autore dell'inquinamento.

E, inoltre, come sottolineato dalla Regione Abruzzo nel proprio ricorso, la medesima Edison spa ha altresì presentato un ricorso al Tar Pescara anche avverso la diffida del Ministero dell'Ambiente del 27 aprile 2020, con la quale le si intima di “*procedere agli interventi di caratterizzazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino nel Sito di interesse Nazionale di Bussi sul Tirino*

*delle aree di cui trattasi, con facoltà di presentare un progetto di bonifica alternativo rispetto a quello già predisposto nell'ambito della espletata ma non conclusa procedura ad evidenza pubblica, entro e non oltre il termine di trenta giorni decorrente dall'avvenuta ricezione della presente*", pena l'esecuzione in danno oltre alle responsabilità penali (cfr. il doc. 10 depositato in allegato al ricorso della Regione Abruzzo).

Peraltro, dal testo di tale ricorso emerge la pendenza di un ulteriore ricorso (RG 62 del 2020), sempre innanzi al Tar Pescara, avverso un precedente atto del 18 dicembre 2019, con cui il Ministero intimava all'attuale ricorrente di comunicare entro venti giorni se intendesse procedere agli interventi di messa in sicurezza e bonifica.

E tra i motivi contenuti nel ricorso al Tar di Edison, depositato dalla Regione nel presente giudizio, v'è appunto anche quello della non definitività dell'accertamento della propria responsabilità quale soggetto inquinatore del sito in questione (*"Allo stato attuale sono stati proposti due distinti ricorsi avverso detta sentenza: l'uno, presso il Consiglio di Stato, volto alla revocazione della stessa, ex art. 106, c.p.a. e 395, c.p.c.; l'altro, presso la Corte di Cassazione, per questioni attinenti alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 360 co. 1 n. 1 e 362 c.p.c. nonché 110 c.p.a. e 111 co. 8 Cost."*).

Tali circostanze sottolineano ancor di più la contraddittorietà del comportamento del Ministero che, pochi mesi prima di decidere per l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione, aveva prospettato alla responsabile l'esecuzione in danno (se non avesse proceduto alla bonifica eventualmente anche sulla base di un progetto alternativo a quello a base di gara), che adesso invece ritiene di interesse pubblico non proseguire più, perché troppo rischiosa, e basando tale decisione, tra l'altro, proprio in virtù della scoperta del responsabile.

Peraltro, osserva il Collegio, l'esigenza della rapidità nella conclusione dell'iter amministrativo propedeutico alla bonifica di un sito così dannoso per l'ambiente non pare aver caratterizzato l'operato del Ministero nella vicenda di specie, sol se si consideri il già evidenziato lasso di tempo (di circa 5 anni) tra il rilievo delle lacunosità nella progettazione preliminare (già sottolineate in sede di conferenza di servizi, come dallo stesso Ministero dedotto) e la decisione di annullare la gara e l'aggiudicazione, nonché il periodo di quasi un anno e mezzo che è trascorso tra il parere preliminare del Consiglio superiore dei LLPP e la decisione di dare avvio al procedimento di autotutela.

Quanto alla dedotta necessità della valutazione di impatto ambientale, che inciderebbe sui tempi di attuazione del progetto dell'aggiudicataria, come da quest'ultima evidenziato si tratta di necessità che riguarderebbe, stando alla

tesi del Ministero, ogni progetto di bonifica sul sito in questione, sicché non distinguerebbe, sul piano dell'interesse pubblico alla celerità dell'attuazione della bonifica, la scelta di continuare a dar seguito all'aggiudicazione piuttosto che attendere la bonifica da parte di Edison spa in proprio quale responsabile dell'inquinamento, peraltro più accidentata al momento proprio per la riferita pendenza di ben due ricorsi dalla stessa proposti avverso la sentenza del Consiglio di Stato che ne ha confermato la responsabilità come autore dell'inquinamento ambientale, e di altri due ricorsi al Tar Pescara, avverso le intimazioni di procedere alla bonifica.

Quanto all'adozione della procedura di cui all'articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006 nella progettazione preliminare, come rilevato dalle ricorrenti, l'art. 3 dell'O.P.C.M. n. 3614 del 4.10.2007 ha testualmente previsto che *“Per il compimento delle iniziative previste dalla presente ordinanza il Commissario delegato è autorizzato ... a derogare, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, in aggiunta a quanto previsto dall'art. 3 dell'ordinanza di protezione civile n. 3504/2006, alle seguenti disposizioni normative: ... decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, articoli 100, 101, 103, ... 242, 243”*.

Dunque, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero dell'Ambiente, era ben consentito al Commissario delegato di derogare alla disciplina ordinaria di cui all'articolo 242 cit. e perciò optare in via eccezionale, pur trattandosi di lavori di bonifica commissionati da una pubblica amministrazione e non eseguiti direttamente dal privato, per la procedura speciale di cui all'articolo 242 bis del d.lgs. 163 del 2006, ponendo quindi come soglia da rispettare quella delle Concentrazioni Soglia di Contaminazione CSC e non già le Concentrazioni Soglia di Rischio CSR (come noto infatti con le ordinanze di protezione civile ex articolo 5 della legge 225 del 1992 si può consentire al Commissario delegato di agire in deroga alle disposizioni di legge, purché nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico e specificando le norme la cui deroga è consentita, cfr. Consiglio di Stato, sentenza 5799 del 2011).

Sul punto, inoltre, non appaiono affatto condivisibili le considerazioni della difesa erariale in ordine al maggior costo di tale procedimento di bonifica (*“in ragione dei suoi maggiori costi e della sua facoltatività, si dubita fortemente che un progetto ex art.242-bis possa essere finanziato con fondi pubblici”*), atteso che come recentemente statuito anche dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenza 275 del 2016) la tutela dei diritti incompressibili (e sui diretti rilievi sulla salute pubblica e individuale dell'attività di bonifica in esame non sono stati sollevati dubbi in giudizio, ove è stata altresì depositata

dalla Regione una relazione dell'Istituto superiore di sanità che sottolinea la necessità di “*procedere rapidamente alle opere di messa in sicurezza e bonifica ambientale previsti dalla legge, nonché a tutti quegli interventi volti alla riduzione delle esposizioni anche potenziali a contaminanti da parte delle popolazioni*”) non è orientata da decisioni in materia di bilancio, ma è piuttosto il contrario.

Del resto, per quanto sinora sottolineato, non appare potersi giustificare l'annullamento del bando di gara e dell'aggiudicazione, come pure pretenderebbe il Ministero dell'Ambiente, sol perché il Commissario delegato non avrebbe sufficientemente motivato in merito alla deroga dell'articolo 242 in favore di una procedura modellata sulla base dell'articolo 242 bis cit.

Non v'è all'evidenza alcuna ragione di interesse pubblico per disporre l'annullamento in autotutela di un provvedimento per il mero vizio formale del difetto di motivazione, cioè per un vizio comunque emendabile (cfr. Tar Firenze sentenza 174 del 2008) in quanto non incidente su posizioni di controinteresse, e comunque non direttamente incidente sulle ragioni sostanziali del provvedimento.

Peraltro, che la procedura scelta sia quella di cui all'articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006, e che dunque si sia scelto di operare la bonifica del suolo con “*riduzione della contaminazione ad un livello uguale o inferiore ai valori di concentrazione soglia di contaminazione*” (cfr. comma 1), escludendo l'analisi del rischio sito-specifico, appare chiaro anche dalla lettura della relazione illustrativa e tecnica del progetto preliminare, approvata nella conferenza di servizi (cfr. il punto 4.2.: “*Sulla base dei risultati inerenti ai superamenti delle CSC, come descritti brevemente al paragrafo precedente, è stato possibile effettuare una stima dei quantitativi di materiale contaminato da rimuovere*”).

In ogni caso, sempre a proposito della legittimità della deroga da parte del Commissario delegato della procedura ordinaria di cui all'articolo 242 del d.lgs. 152 del 2006, giova sottolineare che il provvedimento di autotutela oggi impugnato appare incidere su atti che, con la stessa ordinanza n. 365 del 2016, il capo dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri - dopo aver ricevuto una relazione esplicativa da parte del Presidente della Regione Abruzzo delle attività avviate dall'ex Commissario delegato sul sito in questione - ha incaricato il Ministero dell'Ambiente di continuare a porre in esecuzione, nella propria competenza ordinaria di legge.

Dunque di atti che, quantomeno sotto il profilo del rispetto dei limiti della delega al Commissario, erano già stati ratificati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Si confermano anche sotto questo profilo, dunque, del tutto infondate le

ragioni basate sulla presunta violazione dei limiti dell'ordinanza di protezione civile di nomina del Commissario, in relazione alla scelta di quest'ultimo di utilizzare il procedimento di cui all'articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006, in luogo di quello ordinario di cui all'articolo 242.

Senza considerare che, trattandosi di atti adottati su delega del dipartimento di protezione civile, con ordinanza, essi restano *ratione temporis* a quest'ultimo imputabili, subentrando il Ministero, come disposto con l'ordinanza 365 del 2016, solo per la loro attuazione.

E' dunque giuridicamente opinabile, anche per tale ulteriore aspetto, la stessa competenza del Ministero ad agire in autotutela su atti a sé non imputabili.

E' evidente infatti che il Ministero, ove volesse annullare gli atti già compiuti dal Commissario e della cui attuazione è stato incaricato con ordinanza 365 del 2016 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - che dunque li ha implicitamente ratificati (come del resto contraddittoriamente sostenuto dalla stessa Avvocatura dello Stato a pag. 5 della memoria nel ricorso 115 del 2017 innanzi al Tar del Lazio, citata e depositata in giudizio dalla difesa del Comune di Bussi sul Tirino: *“Con tale sopravvenuta ordinanza di protezione civile è stata, dunque, confermata tutta l'attività già posta in essere dall'ex commissario, ivi compreso il bando del 18.12.2015, (che è stata recepita e fatta propria dall'amministrazione competente in via ordinaria). Tale ordinanza -essendo stata adottata all'esito di articolata istruttoria, come si desume dai relativi preamboli- è sussumibile nella nozione di atto confermativo a contenuto rinnovatorio, il quale, se non autonomamente impugnato – a differenza della conferma mera, qui non ravvisabile- comporta l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'originario ricorso proposto avverso l'atto oggetto di conferma (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, sent. 25.2.2009, n. 1115.) Nella fattispecie Toto Holding ha omissis di impugnare l'Ordinanza del Capo della Protezione Civile 8.8.2016, n. 365, pubblicata nella G.U. 22.08.2016 n. 195, nella parte in cui è stato (implicitamente, ma inequivocabilmente) confermato (anche) il bando del 18.12.2015; onde l'odierno ricorso avverso il predetto bando è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse”*) - avrebbe dovuto annullare anche tale ordinanza, potere che evidentemente esula dai suoi poteri e competenze.

Giova infine sottolineare che la stessa valutazione in fatto posta alla base del provvedimento di autotutela appare errata.

Difatti, il parere del Consiglio superiore dei LLPP, innanzitutto, non determina alcun arresto procedimentale, disponendo per espressa statuizione una integrazione istruttoria per il prosieguo della valutazione (*“Nel restituire,*

*pertanto, il progetto definitivo indirizzato a questo Consiglio Superiore, riservando l'emissione del parere richiesto, a valle delle ulteriori indagini e rilievi necessari a rendere il progetto meno approssimato e quindi più coerente col livello di progettazione, corre l'obbligo di segnalare l'alto valore dell'interesse ambientale tutelato e l'urgenza di raggiungere l'obiettivo della bonifica del sito", specificando altresì che i suoi rilievi sarebbero ostativi solo "all'attuale esame documentale").*

Inoltre, quanto alle singole criticità sollevate in tale parere, come rilevato dalla Regione Abruzzo nel proprio ricorso, nella Conferenza di servizi del 6 febbraio 2015, in risposta alle varie osservazioni formulate dagli enti partecipanti, si è sottolineato che "... un approccio corretto in fase di stima preliminare delle volumetrie da scavare, la verifica sulle reali profondità di scavo e l'estensione areale andrà implementata in campo in funzione dello stato effettivo di contaminazione delle matrici ambientali ..."; e a ciò si devono aggiungere anche le valutazioni dell'Arta Abruzzo di cui alla succitata nota del 11.08.2015, in merito alla scelta di operare ex articolo 242 bis cit. (oltre alla relazione tecnico illustrativa di cui si è appena detto); sicché quella di prevedere una integrazione progettuale in fase esecutiva risulta essere una precisa scelta delle Amministrazioni legata proprio alla valutata difficoltà di determinare con certezza i volumi di bonifica; con la conseguenza che tale previsione progettuale preliminare non costituisce un errore di cui il Ministero oggi si accorge, ma il frutto di una precisa scelta a seguito di una espressa istruttoria sul punto.

Del resto, nel disciplinare di gara è dato leggere coerentemente che "*l'aggiudicatario deve provvedere con tempestività ad adeguare il progetto definitivo alle eventuali prescrizioni imposte dalle diverse autorità competenti, nel corso dei procedimenti di cui alla lettera ..., senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo a favore dello stesso aggiudicatario; se quest'ultimo non adegua il progetto definitivo entro la data perentoria assegnata dal responsabile del procedimento, non si procede alla stipula del contratto, si procede alla revoca dell'aggiudicazione definitiva; ...la verifica e l'approvazione di cui alla lettera b) si estendono anche al merito del computo metrico estimativo presentato, in relazione alla completezza delle voci delle singole lavorazioni e alla congruità delle quantità delle voci stesse, adeguandole, se del caso, a quanto rilevabile dagli elaborati progettuali"*.

Accertato dunque che il Commissario avesse il potere di derogare alla procedura di cui all'articolo 242 del d.lgs. 152 del 2006 e che non vi è stato un difetto di istruttoria in merito a tale scelta, non si rinvergono ragioni per provvedere in autotutela neanche in relazione a tali profili, peraltro prima di

conoscere il parere definitivo del Consiglio superiore dei LLPP.

Alla luce di tali considerazioni, del resto, le stesse espressioni utilizzate dal Consiglio superiore dei LLPP non appaiono in grado di esprimere una univoca valutazione di illegittimità sulla progettazione preliminare, potendo al più rilevare la non imputabilità all'aggiudicataria delle lacune della progettazione definitiva derivanti direttamente da quelle della progettazione preliminare, rilevando appunto come l'Amministrazione abbia predisposto in senso non del tutto dettagliato il progetto preliminare; circostanza che, per quanto sinora osservato, non appare il frutto di una illegittimità o di un errore, ma di una precisa scelta di operare la bonifica con la procedura ex articolo 242 bis e dunque sulla base CSC, rendendola in tal modo, probabilmente, meno soggetta alla obsolescenza dell'analisi del rischio sito-specifico in ragione delle lungaggini procedurali.

E' poi appena il caso di aggiungere, sempre a tal fine, che l'interesse pubblico sotteso al provvedimento ministeriale di autotutela non può più risiedere oggi nella violazione delle norme della gara pubblica (ivi inclusa la mancata espressa menzione dell'articolo 242 bis del d.lgs. 152 del 2006, contenuta invece negli atti istruttori e in particolare nel più volte citato parere ARTA) e in ultima analisi del principio della par condicio dei concorrenti.

Si tratta infatti di una gara già conclusa e aggiudicata, oltre che di un interesse di cui il Ministero non solo non è portatore ma che ha addirittura avversato, come sopra illustrato, nelle proprie difese nel ricorso 115 del 2017 proposto innanzi al Tar Lazio dalla Toto Holding spa.

Dunque, in conclusione, delle tre "criticità" che il Consiglio superiore dei LLPP avrebbe rilevato, secondo la prospettazione del Ministero dell'Ambiente ("*non appariva chiaro se fosse stata condotta un'analisi di rischio dei valori di contaminazione superiori alle CSR; - risultava mancante uno studio sulla disponibilità delle discariche site in prossimità del sito contaminato, ove inviare i rifiuti non pericolosi, i rifiuti pericolosi e gli inerti; - per le "baie di stoccaggio" destinate allo stoccaggio dei rifiuti a seguito di rimozione dal sito contaminato, non erano state previste impermeabilizzazioni del suolo, compromettendo ulteriormente la contaminazione del sottosuolo*"), la prima appare superata dalle considerazioni appena svolte, mentre le altre due, poiché concernono la progettazione definitiva, devono essere risolte nel prosieguo dell'istruttoria e con il parere finale del Consiglio stesso, parere sul quale, non essendo stato ancora adottato, il Collegio non può allo stato pronunciarsi, fermo restando che dovrà tenere conto in modo motivato e circostanziato delle considerazioni della parte privata, già in parte esposte in questo giudizio, oltre che dei principi indicati nella presente sentenza.

Per tutte le suesposte considerazioni i tre ricorsi in epigrafe indicati meritano accoglimento, quanto alla domanda principale di annullamento dell'atto di autotutela.

Le spese seguono il criterio della soccombenza nei confronti del Ministero dell'Ambiente, mentre sono compensate tra le altre parti processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie, nei sensi e per le ragioni di cui in motivazione, e per l'effetto annulla l'atto di autotutela impugnato.

(omissis)

NOTA (1)(2)

#### Premessa

*La sentenza del T.A.R. di Pescara n. 347/2020 ha ad oggetto i ricorsi riuniti promossi dalla Dec-Deme Environmental Contractors Nv (R.G. n. 281/2020), dal Comune di Bussi Sul Tirino (R.G. n. 293/2020) e dalla Regione Abruzzo (R.G. n. 321/2020) per l'annullamento del decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n. 72 del 17 giugno 2020.*

*A un'esegesi oltremodo sommaria del petitum e della causa petendi, i ricorrenti hanno dedotto la violazione, ai fini dell'adozione del decreto di autotutela suddetto, del termine di 18 mesi di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990; il difetto di motivazione del provvedimento impugnato; il contrasto tra quest'ultimo e la nota del Consiglio superiore dei lavori pubblici n. 605 del 24 gennaio 2019, così come anche confermata dalla nota del Provveditorato interregionale del 30 gennaio 2020; nonché la legittimità dell'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 242-bis del d.lgs. n. 152/2006, ovvero della decisione di operare la bonifica sulla base delle sole analisi relative alle "Concentrazioni Soglia di Contaminazione" (CSC), con esclusione di quelle afferenti alle "Concentrazioni Soglia di Rischio" (CSR). Il Ministero ha resistito.*

*Adito nei termini di cui sopra, e a fronte di ragioni approfondite nel prosieguo, il T.A.R. di Pescara ha aderito alle prospettazioni dei ricorrenti, annullando l'atto impugnato.*

I fatti di causa

*Stante la richiamata premessa, e data la complessità delle questioni oggetto di giudizio, è dirimente soffermarsi, pur succintamente, sulla genesi dei fatti di causa.*

*Con bando del 18 dicembre 2015, indetto dal Commissario delegato (nel prosieguo, breviter, “Commissario”), era stata pubblicata la gara per la progettazione esecutiva e per l’esecuzione dei lavori relativi alle “aree esterne Solvay” del sito d’interesse nazionale di Bussi sul Tirino (nel prosieguo, breviter, “gara”).*

*A tale Commissario, con ordinanza della Protezione Civile n. 365 dell’8 agosto 2016, era subentrato, in qualità di Stazione appaltante, il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (nel prosieguo, breviter, “Ministero”). Quest’ultimo, con convenzione del 31 agosto 2017, stipulata ai sensi e per gli effetti dell’art. 33 del d.lgs. n. 163/2006, aveva affidato al Provveditorato interregionale (nel prosieguo, breviter, “Provveditorato”) il supporto tecnico-specialistico e amministrativo funzionale alla gestione della procedura di gara, ivi comprese le funzioni del RUP.*

*In ordine al combinato disposto dell’art. 7.5.2., lett. b), del disciplinare di gara e dell’art. 13, c. 1, del capitolato speciale descrittivo e prestazionale, l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva era subordinata: «all’ottenimento dei pareri tecnici e amministrativi inerenti all’intervento e di ogni altro atto di assenso, comunque denominato, con riferimento al progetto definitivo offerto dall’aggiudicatario [...]; alla verifica positiva di cui all’art. 112 del medesimo d.lgs. n. 163/2006; alla successiva approvazione del progetto definitivo da parte del competente organo della Stazione appaltante, cui risultava altresì subordinata la stipula del contratto (art. 8.1.1 del disciplinare)». Era subordinata, altresì, al contestuale onere, in capo all’aggiudicatario, di «provvedere con tempestività ad adeguare il progetto definitivo alle eventuali prescrizioni imposte dalle diverse autorità competenti».*

*Orbene, adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva con decreto del Provveditorato prot. n. 12060 del 21 marzo 2018, il Consiglio superiore dei lavori pubblici (nel prosieguo, breviter, “Consiglio”) aveva rilevato talune criticità nel progetto definitivo presentato dall’aggiudicatario e ne aveva dato comunicazione al Provveditorato stesso con la nota n. 605 del 24 gennaio 2019. Le criticità, in particolare, attenevano all’individuazione di Edison s.p.a. come soggetto responsabile dell’inquinamento, all’indisponibilità delle risorse cui attingere per l’esecuzione dell’appalto (inserite in apposito capitolo di contabilità speciale) e al carente grado di approfondimento del progetto definitivo.*

*In ragione di siffatte criticità, e ravvisando in esse i presupposti per la revoca dell'aggiudicazione, il Ministero, con nota del 16 gennaio 2020, aveva invitato il Provveditorato a porre in essere indagini supplementari. Quest'ultimo, investito della questione, aveva precisato, con nota del 30 gennaio 2020, che la succitata nota del Consiglio non costituiva parere consultivo, ma mero resoconto istruttorio. Di talché, aveva comunicato al Ministero l'«assoluta necessità» di verificare, anche interpellando l'Avvocatura dello Stato, la legittimità di una «sospensione della procedura di gara per l'intervenuta indisponibilità di fondi» nonché di una «revoca dell'aggiudicazione per il sopravvenuto accertamento del soggetto responsabile della contaminazione», sottolineando che l'aggiudicataria non avrebbe potuto operare le integrazioni progettuali richieste senza prima conoscere le risultanze ministeriali in merito alla volontà di annullare o meno l'aggiudicazione.*

*Senonché, in data 18 maggio 2020, il Ministero, lamentando un carente grado di approfondimento del progetto definitivo, e ciò anche in riferimento all'assenza delle analisi relative alle “Concentrazioni Soglia di Rischio” (nel prosieguo, breviter, “CSR”), aveva provveduto a comunicare all'aggiudicataria l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione definitiva. L'aggiudicataria aveva presentato le proprie controdeduzioni, nondimeno, con provvedimento del 17 giugno 2020, il Ministero aveva disposto, in autotutela, l'annullamento d'ufficio del bando di gara e dell'aggiudicazione definitiva.*

*Come anticipato in premessa, tale provvedimento era stato impugnato, con tre ricorsi diversi, dalla Dec-Deme Environmental Contractors Nv, dal Comune di Bussi sul Tirino e dalla Regione Abruzzo, i quali, chiedendone l'annullamento, avevano lamentato la violazione del termine di 18 mesi di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, il contrasto tra quest'ultimo e la nota del Consiglio superiore dei lavori pubblici n. 605 del 24 gennaio 2019 e la legittimità dell'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 242-bis del d.lgs. n. 152/2006.*

#### La decisione del T.A.R.

*La decisione cui è pervenuto il Tribunale adito, così come le argomentazioni a fondamento della stessa, sono compendiabili come segue.*

*In via principale, il T.A.R. ha dichiarato fondate le censure relative alla violazione del termine di 18 mesi di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, precisando che, per espressa previsione di legge, il termine de quo decorre dalla data di adozione dell'atto e non da quella d'integrazione*

*dell'efficacia. Di talché, rilevando la tardività del decreto impugnato, ha accolto i ricorsi svenunciati.*

*Ad ogni modo, lo stesso T.A.R., pur ritenendo assorbenti le censure suddette, ha ritenuto di dover affrontare anche le ulteriori questioni sottopostegli.*

*In particolare, ha evidenziato che il Ministero, pur essendo a conoscenza delle asserite carenze progettuali sin dal 1° luglio 2015, stante la trasmissione, a quella data, del verbale della Conferenza di Servizi concernente l'approvazione del progetto definitivo, è intervenuto in autotutela soltanto il 17 giugno 2020. Nelle more di quell'intervento, tra l'altro, ha addirittura stipulato con la Regione Abruzzo e il Comune di Bussi un Accordo di Programma in cui confermava la propria volontà di dar corso alla procedura di gara e nulla eccepiva in relazione alle summenzionate carenze progettuali.*

*In considerazione di tali premesse, il T.A.R. ha dichiarato che le ragioni sottese all'adozione del decreto impugnato non risiedono nei presunti vizi del progetto definitivo, ma nell'indisponibilità dei fondi e nell'accertamento del soggetto responsabile dell'inquinamento, come anche attestato dalla corrispondenza tra Provveditorato e Ministero, dalla quale si evince che, anche per il Ministero, la nota del Consiglio n. 605 del 24 gennaio 2019, recante l'indicazione delle criticità riscontrate, non costituisce un parere consultivo, ma un mero resoconto del primo esame istruttorio.*

*In ogni caso, all'indisponibilità dei fondi, il T.A.R. ha rilevato che il Ministero ha adottato la decisione di annullare la gara soltanto all'indomani del 30 giugno 2018, ovvero del termine tassativamente individuato per la presentazione della richiesta di proroga dei finanziamenti relativi agli interventi di bonifica, con la conseguenza che la decadenza del termine anzidetto, poiché imputabile al solo Ministero, non è opponibile a terzi. Peraltro, come rappresentato dal T.A.R., la mancata presentazione della richiesta di proroga è stata superata da una successiva riassegnazione dei fondi vincolata all'effettuazione degli interventi sovraccitati.*

*Quanto all'accertamento del responsabile dell'inquinamento, invece, il T.A.R. ha specificato che il decreto d'indizione della gara ha espressamente fatto salva «ogni doverosa azione di tutela erariale a garanzia del risarcimento del danno ambientale nei confronti del responsabile dell'inquinamento e comunque ogni azione volta ad ottenere, a termini di legge, il rimborso delle spese sostenute per i suddetti interventi di bonifica». Di talché, l'individuazione della Edison s.p.a. quale soggetto responsabile dell'inquinamento e la pendenza, nei confronti della stessa, di una causa per il risarcimento del danno ambientale non costituiscono ragioni ostative alla prosecuzione dell'iter di gara. Senza considerare, poi, che la Edison s.p.a. ha presentato ricorso avver-*

so una diffida del 18 dicembre 2019, con cui il Ministero la intimava a comunicare, entro venti giorni, se intendesse procedere agli interventi di messa in sicurezza e di bonifica, nonché avverso una diffida del 27 aprile 2020, con cui il Ministero, pena l'esecuzione in danno, la intimava a «procedere agli interventi di caratterizzazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino nel Sito di interesse Nazionale di Bussi sul Tirino delle aree di cui trattasi, con facoltà di presentare un progetto di bonifica alternativo rispetto a quello già predisposto nell'ambito della espletata ma non conclusa procedura ad evidenza pubblica, entro e non oltre il termine di trenta giorni decorrente dall'avvenuta ricezione della presente». Tali circostanze, ad avviso del T.A.R., sono sintomatiche della contraddittorietà dell'azione del Ministero, che ha dapprima sollecitato il responsabile dell'inquinamento all'effettuazione degli interventi di bonifica e poi, a distanza di pochi mesi, ha ritenuto non più effettuabili quegli interventi.

Con riguardo all'adozione, in sede di progettazione preliminare, della procedura semplificata di cui all'art. 242-bis del d.lgs. n. 152/2006, il T.A.R. ha evidenziato che l'art. 3 dell'O.P.C.M. n. 3614 del 4 ottobre 2007 ha attribuito al Commissario la facoltà di derogare alla disciplina ordinaria di cui all'art. 242, effettuando gli interventi di bonifica con riduzione della contaminazione ad un livello uguale o inferiore ai valori di CSC, con ciò escludendo l'analisi del rischio sito-specifico (e dunque la riferibilità ai valori di CSR). Sul punto, inoltre, il T.A.R. non ha ritenuto condivisibili le considerazioni della difesa erariale in ordine al maggior costo di tale procedimento di bonifica, atteso che, come recentemente statuito dalla Corte costituzionale (sent. n. 275/2016), la tutela dei diritti incompressibili (nel caso di specie, la tutela della salute) s'impone anche sull'equilibrio di bilancio.

Per tutte le suesposte ragioni, dunque, il T.A.R. ha annullato l'atto impugnato dai ricorrenti.

#### Il rilievo costituzionale della sentenza n. 347/2020

La sentenza del T.A.R. di Pescara n. 347/2020 si segnala, non tanto per la decisione nel merito, comunque condivisibile in tutte le sue parti, quanto piuttosto per il riferimento a taluni indefettibili principi costituzionali. Non è irrilevante, infatti, il richiamo alla necessità di addivenire a un bilanciamento tra l'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. e la tutela del fondamentale diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.. La sentenza in disamina si pone, dunque, nel solco di una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, che, a fronte dell'incessante dialettica tra esigenze di sostenibilità economico-finanziaria e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sociali, tende a considerare recessiva qualsiasi pretesa che, in riferimento alla tutela di

qualsiasi diritto incompressibile, osti alla salvaguardia del c.d. “*minimum constitutional guarantee*”.

Più nel dettaglio, il T.A.R. di Pescara, nel pronunciarsi con riferimento all'adozione della procedura di cui all'art. 242-bis del d.lgs. n. 152/2006, ha posto in essere un rinvio espresso alla sentenza della Corte costituzionale n. 275/2016. Come visto sopra, invero, il Ministero aveva dedotto che l'adozione della procedura succitata avrebbe determinato un ingente aggravio di costi; il T.A.R., però, aveva eccepito che «la tutela dei diritti incompressibili (e sui diretti rilievi sulla salute pubblica e individuale dell'attività di bonifica in esame non sono stati sollevati dubbi in giudizio [...]) non è orientata da decisioni in materia di bilancio, ma è piuttosto il contrario».

Orbene, tale considerazione, così come resa, è perfettamente sovrapponibile ai principi desumibili dall'anzidetta sentenza della Corte costituzionale n. 275/2016, in ordine alla quale, «una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto, [...], quel diritto non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali» (sent. Corte cost. n. 275/2016, Cons. in dir., par. 11). Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di quest'ultimo a condizionarne la doverosa erogazione» (sent. Corte cost. n. 275/2016, Cons. in dir., par. 11).

La pronuncia della Corte costituzionale, a onor del vero, aveva ad oggetto il diritto all'istruzione della persona con disabilità, i principi da essa desumibili, tuttavia, sono applicabili a qualsiasi diritto incompressibile. Con particolare riferimento alla tutela della salute, invero, lo stesso Giudice delle leggi, sulla falsa riga della sentenza sinora in discorso, ha dichiarato quanto segue: «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. Se, al fine di assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) – alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA – spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione e all'attuazione, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, [...], non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria. [...] In definitiva, la dialettica tra Stato e Regioni sul fi-

*nanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie. Ne consegue ulteriormente che, ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto» (sent. Corte cost. n. 169/2017, Cons. in dir., par. 9.3.2).*

*La più recente giurisprudenza costituzionale annovera quella per la tutela della salute tra le spese costituzionalmente necessarie, circostanza, quest'ultima, che comporta conseguenze non indifferenti dal punto di vista dell'apposizione di vincoli costituzionali al legislatore del bilancio: così come declinata, infatti, tale spesa s'impone sulla discrezionalità di legislatore e P.A., i quali, in sede di allocazione delle risorse, soggiacciono al criterio della priorità della spesa pubblica costituzionalmente necessaria. In buona sostanza, «se, di regola, la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa. In definitiva, la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario» (sent. Corte cost. n. 62/2020, Cons. in dir., par. 4.5).*

*È, quella in discorso, una delle più evidenti manifestazioni dell'“equilibrio di bilancio in senso dinamico”, un principio elaborato dal Giudice delle leggi sin dalla sentenza n. 1/1966 e sviluppato, nel corso degli anni, per il tramite di ulteriori pronunce (ex multis, sentt. Corte cost. n. 40/2014, n.*

266/2013, n. 250/2013, n. 213/2008 e n. 384/1991). Ebbene, in ragione di tale principio, le spese preposte al finanziamento dei diritti incompressibili devono essere assoggettate a un processo di allocazione vincolato, che prescinda dalle contingenze economico-finanziarie. D'altronde, «il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato come precetto dinamico della gestione finanziaria, consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche. Detto principio impone all'amministrazione un impegno non circoscritto al solo momento dell'approvazione del bilancio, ma esteso a tutte le situazioni in cui tale equilibrio venga a mancare per eventi sopravvenuti o per difetto genetico conseguente all'impostazione della stessa legge di bilancio. [...]. La discrezionalità dell'amministrazione permane, ma nel rispetto del principio di priorità dell'impiego delle risorse disponibili per le spese obbligatorie e, comunque, per le obbligazioni perfezionate, in scadenza o scadute. Il principio dell'equilibrio del bilancio, infatti, ha contenuti di natura sostanziale: esso non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata (sentenza n. 1 del 1966), ma deve estendersi – attraverso un'ordinata programmazione delle transazioni finanziarie – alla prevenzione dei rischi di squilibrio, che derivano inevitabilmente dal progressivo sviluppo di situazioni debitorie generate dall'inerzia o dai ritardi dell'amministrazione» (sent. Corte cost. n. 250/2013, Cons. in dir., par. 3.2). Come specificato dalla Corte costituzionale, invero, «la regolarizzazione della tenuta dei conti non consiste nel mero rispetto della sequenza temporale degli adempimenti legislativi ed amministrativi afferenti al bilancio preventivo e consuntivo. Il nucleo della sana gestione finanziaria consiste, al contrario, nella corretta determinazione della situazione economico-finanziaria da cui prende le mosse e a cui, successivamente, approda la gestione finanziaria. Tale determinazione è strettamente correlata al principio di continuità degli esercizi finanziari, per effetto del quale ogni determinazione infedele del risultato di amministrazione si riverbera a cascata sugli esercizi successivi. Ne risulta così coinvolto in modo durevole l'equilibrio del bilancio: quest'ultimo, considerato nella sua prospettiva dinamica, [...], esige che la base di tale ricerca sia salda e non condizionata da perturbanti potenzialità di indeterminazione. Proprio la costanza e la continuità di tale ricerca ne spiegano l'operatività nell'arco di più esercizi finanziari; al contrario, prendere le mosse da infedeli rappresentazioni delle risultanze economiche e patrimoniali provoca un effetto “domino” nei sopravvenienti esercizi, pregiudicando irrimediabilmente ogni operazione di risanamento» (sent. Corte cost. n. 89/2017, Cons. in dir., par. 8).

I principi dell'equilibrio dinamico del bilancio e della continuità tra gli esercizi finanziari, assicurando il finanziamento prioritario delle spese costituzionalmente necessarie nonché la copertura delle stesse mediante il dif-

*ferimento nel tempo degli altri oneri budgetari, assurgono a strumenti indefettibili nella ricomposizione della diastasi tra vincoli economico-finanziari di matrice eurounitaria e mantenimento del welfare state. È in quest'ottica, dunque, che deve essere letto il riferimento del T.A.R. di Pescara alla sentenza n. 275/2016, nell'ottica, cioè, di anteporre l'effettuazione degli interventi di bonifica (rectius, dell'incremento dei livelli di tutela della salute) a qualsiasi aggravio di bilancio (il quale, come spiegato, sarebbe traslato negli esercizi finanziari successivi).*

*Una posizione, quella assunta dal T.A.R. di Pescara, in linea con i più recenti approcci costituzionali al tema del bilancio pubblico, il quale, secondo il Giudice delle leggi deve essere declinato in termini di vero e proprio «“bene pubblico”, nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato» (sent. Corte cost. n. 184/2016, Cons. in dir., par. 3). In ordine a siffatto orientamento, l'allocazione di risorse pubbliche deve implicare la necessaria mediazione del disegno personalista sotteso all'ordinamento costituzionale, con l'ineludibile conseguenza che le spese preposte a uno sviluppo dignitoso, libero ed eguale della persona umana non possono che assumere i tratti della priorità costituzionale, imponendosi al pur indefettibile equilibrio di bilancio.*

*Ad ogni buon conto, e fermi i suesposti rilievi, se è vero che la garanzia dei diritti incomprimibili incide sul bilancio, e non è l'equilibrio di quest'ultimo a condizionarne la doverosa erogazione, è altresì vero che i diritti incomprimibili, essendo finanziariamente condizionati (soprattutto se riconducibili alla species dei “diritti sociali”), non possono non essere assoggettati a un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili. Il che, beninteso, non significa giungere alla mancata erogazione degli stessi, ma, semplicemente, di graduarla in relazione alle prestazioni che eccedono la soglia di essenzialità fissata all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. (e, comunque, esclusivamente nell'ipotesi in cui sia riscontrata carenza di risorse). A ragionare diversamente, infatti, si rischierebbe di cedere alla fascinosa tentazione della retorica dei diritti, la quale, flettendo oltre il dovuto i (pur costituzionalmente indefettibili) principi di eguaglianza sostanziale, solidarietà e giustizia sociale, omette di considerare il problema (concreto) della loro sostenibilità economica e politica, con ciò legittimando un eccesso di pretese non compatibile con la limitatezza di risorse e con la rigidità dei vincoli sovranazionali alla spesa.*

Fabio Masci

III

INTERVENTI  
E RASSEGNE



## **Successione di leggi penali nel tempo, *locus commissi delicti* nei reati di durata e ad evento differito**

L'istituto di diritto penale sostanziale della successione delle leggi penali nel tempo è disciplinato dall'art. 2 del Codice Penale.

Le disposizioni di cui al citato articolo prevedono essenzialmente due regole ispirate al *favor rei*: quella della irretroattività della legge penale successiva sfavorevole al soggetto agente, regola di valenza costituzionale (ex art. 25 c. 2 Cost. ) e quella della retroattività della legge favorevole.

Tale ultima regola, a differenza della prima, secondo alcuni, non avrebbe copertura costituzionale, cosicché la sua introduzione nel nostro ordinamento sembra essere frutto di una libera scelta del legislatore ordinario.

Al riguardo va osservato che l' art. 25 c. 2 della Cost., prima richiamato, risulta essere fondamento normativo del principio di legalità, principio cardine del diritto penale moderno che va inteso come garanzia per la libertà dei consociati che possono essere sottoposti a sanzione penale solo laddove questa sia espressione della volontà popolare e risulti già vigente al momento della commissione del fatto.

Il principio di legalità rimarrebbe però un presidio meramente formale qualora non fosse affiancato dai suoi corollari applicativi: i principi della riserva di legge, della tassatività e della irretroattività.

Proprio l'articolo 25 c. 2 della Cost. coniuga in un'unica norma i summenzionati principi della riserva di legge e della irretroattività, affermando che: “ Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

Tale articolo pertanto sancisce il divieto irretroattività della legge penale successiva sfavorevole al soggetto agente ma nulla dispone circa l'ipotesi della sopravvenienza di una norma più favorevole alla condotta incriminata.

In dottrina e nella giurisprudenza costituzionale si ritiene che il principio di retroattività della norma penale più favorevole non sia del tutto provvisto di fondamento costituzionale ma che tale fondamento vada ricercato non tanto nel principio di legalità di cui all' art. 25 c. 2 Cost., quanto piuttosto nel principio di uguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost., essendo irragionevole continuare a punire chi ha connesso il fatto contravvenendo ad una legge penale successivamente abrogata.

In tale contesto va ricordato che il principio di legalità ha trovato riconoscimento anche a livello sovranazionale.

In particolare l' art. 7 CEDU nel sancire il canone “*nullun crimen, nulla poena sine lege*”, dispone, infatti, che “ Nessuno può essere condannato per un

fatto che al momento in cui fu commesso non costituiva reato, né per il diritto interno né per il diritto internazionale”.

Apparentemente anche tale disposizione non introduce il principio di retroattività ma si limita ad affermare il quello di legalità.

Tuttavia la Corte Europea non, senza tentennamenti, ha inteso tale disposizione nel senso che essa prevede anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole ( Sentenza Scoppola settembre 2009).

Recentemente i nostri giudici costituzionali hanno recepito tale principio di derivazione sovranazionale e ciò comporta che il principio della retroattività trova il proprio fondamento non solo nell'articolo 3 della Costituzione ma anche nell'articolo 7 della CEDU per il tramite dell'articolo 117 comma 1 Cost., che obbliga il legislatore nazionale al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e degli obblighi sovranazionali.

Tornando alla disciplina dettata dall' art. 2 c.p. occorre evidenziare che il 1° comma disponendo che “nessuno può essere punito per un fatto che secondo il tempo in cui fu commesso non costituiva reato” sancisce il principio dell'irretroattività.

I commi 2, 3, 4 della medesima disposizione attengono invece al fenomeno della retroattività della legge successiva più favorevole al soggetto agente.

Il comma 2, in particolare, prevede che la norma sopravvenuta che abolisce il reato si applica retroattivamente, cioè a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, c.d. *abolitio criminis*.

Tuttavia le conseguenze processuali di tale fenomeno sono differenti a seconda che la legge posteriore vada applicata prima o dopo che sia intervenuto il giudicato.

Nel primo caso, stante la sopravvenuta irrilevanza penale del fatto, il giudice dovrà, ex art. 530 c.p.p., pronunciare sentenza di assoluzione “ perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”.

Nel caso di sentenza di condanna definitiva si chiederà, ex art. 673 c.p.p., al giudice dell'esecuzione di far cessare l'esecuzione della pena inflitta con sentenza.

L'art. 2 c. 4 c.p. disciplina l'ipotesi della successione di leggi modificative, c.d. *abrogatio sine abolitione*: in tal caso l'intervento legislativo che muta in senso favorevole al soggetto agente la disciplina di un reato (che quindi rimane in vigore) opera retroattivamente ma incontra il limite del giudicato.

Un problema che nella pratica si pone agli interpreti è proprio quello di distinguere i casi in cui ricorre una ipotesi di *abolitio criminis* da quelli in cui ricorre l'*abrogatio sine abolitione*.

A tal proposito va detto il criterio maggiormente utilizzato per distinguere

quando applicare il comma 2 o il comma 4 dell'art. 2 c.p. è quello del confronto strutturale tra le fattispecie astratte al fine di verificare se tra le norme che si succedono nel tempo esista uno spazio comune.

Il raffronto astratto avviene sulla base di criteri formalistici poichè ritenuti normalmente certi e non opinabili, non essendo giudizi di valore e come tali dotati di connotazione soggettivistica.

I criteri in parola, infatti, guardano gli elementi strutturali della fattispecie per come viene descritta dalla norma incriminatrice.

Se pertanto l'intervento del legislatore altera la fisionomia della fattispecie eliminando un elemento della stessa, allora ricorrerà la figura della *abolitio criminis*.

Il continuum normativo ricorrerà, invece, qualora tra le fattispecie che si susseguono nel tempo

sussiste un rapporto di genere a specie, nel senso che la norma successiva introduce elementi specializzanti alla fattispecie precedente con conseguente applicazione dell'art. 2 c. 4 c.p.

Non potrebbe farsi corretta applicazione dei principi vigenti in materia successione di leggi penali nel tempo se non si individuassero criteri idonei a determinare in modo puntuale il momento in cui il reato è stato commesso ossia il momento in cui va condotta l'indagine circa la norma da applicare al caso concreto.

A fronte del silenzio del legislatore la dottrina ha elaborato varie soluzioni partendo da due dati normativi: l'art. 6 c.p. che, in materia *locus commissi delicti*, correla il momento consumativo del reato sia all'azione che all'evento; e l'art 157 c.p. che detta la disciplina della prescrizione.

Dall'esegesi di tali norme sono stati elaborati tre criteri : il cd criterio della condotta, secondo cui il reato può dirsi consumato nel momento in cui si è realizzata l'azione o l'omissione; il criterio dell'evento, o meglio del completamento della fattispecie astratta, che fissa il momento consumativo nel lasso temporale in cui si realizza l'ultimo elemento della fattispecie, cioè l'evento o l'ultimo atto della condotta a seconda che si tratti rispettivamente di reati di evento o di pura condotta; il c.d. criterio misto che fa riferimento al momento della condotta o al momento dell'evento a seconda che ne discenda un esito favorevole al reo.

Attenta dottrina non ha mancato di evidenza che, benché il problema del *tempus commissi delicti* riguardi numerosi istituti di diritto penale sostanziale ( ad. es successione di leggi, prescrizione), lo stesso non può essere risolto in modo unitario, dovendo essere indagata di volta in volta la ratio dell' istituto preso in considerazione.

Così ad esempio, per l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione si è fatto riferimento al momento dell'evento venendo in considerazione la potestà punitiva dello Stato non può che dipanarsi a partire dalla fase in cui l'*iter criminis* si è esaurito.

Per l'istituto della successione delle leggi penali nel tempo si è, invece, fatto riferimento al momento della condotta, poiché è quando il soggetto agente agisce che mostra la contrarietà all'ordinamento giuridico.

Ne consegue che l'agente non potrà essere assoggettato ad una legge penale più favorevole o più severa di quella che poteva attendersi quando ha agito.

Tanto chiarito va però sottolineato che l'individuazione del tempo della condotta risente delle caratteristiche strutturali dei reati di volta in volta presi in considerazione.

Nulla quaestio nel caso di reati unisussistenti, cioè quelli che si perfezionano con un solo atto.

In questo caso sarà sufficiente individuare l'unico atto in cui si è perfezionata la condotta.

Nei reati omissivi propri si ritiene di dover far riferimento al termine, implicito o esplicito, entro cui deve essere compiuta l'azione giuridicamente doverosa.

Problemi maggiori si registrano in relazione ai c.d. reati di durata, vale a dire quei reati nei quali la condotta perdura per un lasso di tempo più o meno lungo.

Prima di analizzare le varie figure di reati di durata, occorre una precisazione.

Il problema della individuazione del momento di commissione del reato non si pone quando si verifica una ipotesi di *abolitio criminis*, poiché, se si assicura, ex art. 2 c. 2 c.p., l'applicazione della legge successiva favorevole ai fatti commessi nel vigore della legge precedente, necessariamente la stessa dovrà essere applicata nei casi in cui una frazione del reato sia commessa nel vigore della nuova legge.

Diversamente in caso di successione di leggi modificative il problema si pone e il reato andrà considerato commesso sotto il vigore della legge posteriore se l'ultimo atto della condotta è successivo alla sua entrata in vigore, atteso che il soggetto manterrà un atteggiamento contrario all'ordinamento per tutto l'*iter criminis* e la legge potrà sortire un effetto dissuasivo fino al compimento dell'ultimo atto.

Qualora, invece, la legge successiva preveda l'incriminazione di fatti prima penalmente irrilevanti, per legittimare la sua applicazione sarà necessario

non solo che l'ultimo atto sia stato posto in essere sotto la sua vigenza ma che lo stesso, da solo o unitamente agli atti commessi sempre nel vigore della nuova legge, abbia rilevanza penale autosufficiente onde evitare di attribuire efficacia retroattiva ad una nuova incriminazione, risultando ciò in contrasto con l'art. 25 c. 2 della Costituzione.

Passando all'esame delle varie figure di reati di durata, occorre ricordare che per i reati a condotta frazionata (es. omicidio commesso somministrando di volta in volta piccole dosi di veleno) occorre far riferimento all'ultimo atto della condotta.

Problemi sorgono in caso di reati c.d. permanenti vale a dire quei reati nei quali l'offesa al bene giuridico perdura a causa del persistere della condotta antigiuridica del soggetto agente.

Il reato permanente cessa pertanto nel momento in cui viene meno la situazione antigiuridica come conseguenza del venir meno della condotta del soggetto.

Nel caso in cui tale tipo di reato inizi a svilupparsi sotto il vigore della legge precedente e perduri anche sotto il varo della nuova legge, la dottrina ritiene che debba applicarsi la legge vigente al momento dell'ultimo atto e ciò anche se più rigorosa.

Tale ragionamento riposa nella considerazione che la nuova legge avrebbe potuto sortire un effetto deterrente ed è in relazione a tale legge che il soggetto ha deciso comunque di agire.

La giurisprudenza, inizialmente, per l'individuazione del *tempus commissi delicti* ha ritenuto di dover far riferimento all'inizio della permanenza.

A partire però dagli anni '80, uniformandosi alla dottrina prevalente, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di considerare rilevante il momento della cessazione della permanenza, poichè sotto il vigore della nuova legge il reato è stato commesso interamente e ciò anche se la legge posteriore è più severa.

L'art. 2 c. 4 c.p. per l'applicazione della *lex mitior* presuppone, infatti, che il reato a cui applicare la legge più favorevole si sia interamente perfezionato e ciò nel reato permanente, stante il suo carattere unitario, non si verifica se la successione tra le norme avvenga prima della cessazione della permanenza.

Alla categoria dei reati di durata appartengono anche i cd reati abituali, caratterizzati dal ripetersi nel tempo di condotte analoghe o della stessa specie.

Secondo l'opinione dominante in tal caso per l'individuazione del *tempus commissi delicti* occorre guardare al momento in cui il reato si perfeziona e ciò accade quando si compie l'atto che unito al precedente conferisce rilevanza giuridica agli episodi.

Qualora intervenga, durante l'abitudine, una legge più severa e nonostante ciò il soggetto si determini comunque ad agire allora andrà applicata la nuova legge, essendo necessario che, in ogni caso si sia realizzato il *minimum* di abitudine per integrare il reato.

Se, invece, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, il soggetto non continua nell'abitudine, allora andrà applicata, alla continuità già integrata, la legge precedente.

Nel caso in cui la nuova legge introduca una nuova fattispecie incriminatrice ( si pensi all'articolo 612 bis c.p.) ci si chiede se le condotte precedenti possano essere prese in considerazione per ritenere sussistente il reato abituale.

L'orientamento prevalente ritiene che possano essere sottoposte alla nuova disciplina solo le fattispecie realizzatesi sotto la sua vigenza, senza possibilità di cumulo con le condotte anteriori.

Altra tipologia di reato da analizzare è il reato continuato rispetto al quale si ritiene di poter considerare singolarmente i vari reati e valutare rispetto a questi l'applicazione dei principi successione di leggi penali nel tempo.

Resta infine da considerare la figura dei reati ad evento differito, caratterizzati dal fatto che la normale sequenza condotta-evento non è immediata realizzandosi l'evento stesso in un momento successivo.

In materia si registra un contrasto giurisprudenziale che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a cui è stato chiesto di individuare la legge da applicare quando, in tale tipologia di reati, l'evento si realizza dopo l'entrata in vigore di una legge più severa rispetto a quella vigente al momento della condotta.

Sul punto, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, dovrebbe applicarsi il criterio dell'evento sulla base della considerazione che il *tempus commissi delicti* corrisponde al momento in cui il reato giunge a consumazione e ciò nei reati ad evento differito coincide con la verifica dell'evento.

Secondo un diverso orientamento, invece, in tale categoria di reati occorre avere riguardo al criterio della condotta.

Si evidenzia, in chiave critica, che il primo orientamento giunge ad equiparare consumazione del reato e *tempus commissi delicti*.

Ciò, ad avviso di tale scuola di pensiero, non risulta possibile poiché il *tempus commissi delicti* è un concetto che non può essere definito una volta per tutte, dovendo essere modulato a seconda dell'istituto di riferimento.

In secondo luogo si evidenzia come il criterio dell'evento comporterebbe l'applicazione della disciplina sfavorevole in contrasto con il divieto di irretroattività di cui all' art. 2 c.p. esponendo l' agente a conseguenze non conoscibili nel momento in cui si è determinato ad agire.

Stante l'evidente contrasto giurisprudenziale le Sezioni Unite sono intervenute sul punto con una recente pronuncia (luglio 2018) ritenendo che nel caso de quo trova applicazione il trattamento vigente al momento della condotta, aderendo pertanto al secondo degli orientamenti richiamati e ciò sulla base di due argomentazioni.

La prima è dettata dalla *ratio* di garanzia sottesa al principio di irretroattività, volta a permettere al soggetto agente la valutabilità delle conseguenze penali della propria condotta.

In secondo luogo la collocazione del *tempus commissi delicti* al momento della condotta è ancorata alla funzione general-preventiva che viene attribuita alla pena e che può, evidentemente, esplicarsi solo momento in cui il soggetto agisce.

Bibliografia e riferimenti giurisprudenziali:

- *Caringella - Della Valle - De Palma – Manuale di diritto penale-Parte Generale, VII edizione, Roma, 2017*
- *Marinucci – Dolcini – Gatta – Manuale di diritto penale-Parte Generale, VII edizione, Milano, 2018*
- *Antolisei – Manuale di diritto penale-Parte Generale, Milano, 2003*
- *Zirulia – Alle S.U. La questione del tempus commissi delicti nei reati ad evento differito, in Dir. Pen. Cont., Rivista Trimestrale, fasc. 5/2015*
- *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03 Scoppola c. Italia*
- *Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 2013, n.210*
- *Cassazione Penale, sezione IV, 17 aprile 2015, n 22379*
- *Cassazione Penale, sezione IV, 5 ottobre 1972, n.88448*
- *Cassazione Sezioni Unite, 19 luglio 2018, n. 40986*

*Maria Chiara Manfredi*



IV  
VITA FORENSE



## **Lo Sportello contro la violenza sulle donne presso il Tribunale di Pescara**

E' stato molto opportunamente istituito con un gazebo posto all'interno del Tribunale di Pescara al piano terra un punto di riferimento per le donne colpite dalla violenza, il GAV-Sportello contro la violenza sulle donne, su iniziativa e forte spinta della Procura di Pescara nella persona della dott.ssa Anna Maria Mantini in collaborazione con il Prefetto di Pescara, dott. Giancarlo Di Vincenzo, ed in sinergia con le forze di polizia, Ispettore Di Cintio, inaugurato il 23.11.2020 anche con la presenza della Presidente Corte di Appello, dott.ssa Fabrizia Francabandera, in corrispondenza con la Giornata Nazionale dedicata alla violenza sulle donne che cade il 25 novembre di ciascun anno.

Si tratta di una iniziativa oltremodo lodevole poiché consente un rapporto diretto tra la donna che è oggetto di violenza fisica, psicologica ed assistita e l'istituzione che ha il compito di tutelarla: la creazione di questo gazebo all'interno del Tribunale infatti garantisce l'esistenza di un luogo sicuro dedicato in primo luogo a raccogliere il racconto, facilitando in tal modo il difficile percorso che la porta a rivolgersi all'autorità giudiziaria, in genere sentita estranea alla sua esperienza, ed, in secondo luogo, a porre in atto rapidamente tutte le iniziative utili a riuscire a fermare le conseguenze più drammatiche della violenza subita.

La spinta è venuta dalla consapevolezza che il fenomeno della violenza domestica e di quella assistita che coinvolge anche i figli, pur presente da molto tempo, tuttavia senza la vigilante attenzione che merita e con una condanna che a volte sembra "rituale", sta raggiungendo un livello di diffusione particolarmente preoccupante, sia nelle forme più estreme di cui abbiamo notizia ormai quotidiana sia nelle molteplici manifestazioni di violenza psicologica che si abbatte quotidianamente sulla donna all'interno della famiglia e di tutte le altre forme di relazioni affettive e sentimentali che sembrano sempre più segnate da una difficoltà della figura maschile, ci spiace rilevarlo, di confrontarsi in maniera equilibrata con una donna divenuta capace di pensare in autonomia ed altresì di rompere un vincolo nel quale non si riconosce più.

E' più che noto l'atteggiamento non del tutto superato, nelle istituzioni e nelle aule giudiziarie, che ha indotto per troppo tempo le donne oggetto di violenza domestica a rimanere in silenzio ed a sopportare oltre ogni misura nella vana speranza di un ravvedimento del partner, ma soprattutto perché lo sforzo che una denuncia comportava per non diventare esse stesse oggetto di interrogatori inappropriati e provocatori diventava una ulteriore e più drammatica violenza.

La diffusione del fenomeno ed il coraggio di molte donne che hanno deciso di reagire denunciando ed affrontando le difficoltà del percorso giudiziario sia pur lentamente ed in modo non omogeneo nel paese ha ampliato nella coscienza civile la consapevolezza della necessità di porre in essere strumen-

ti che facessero emergere le situazioni sottostanti e fossero di appoggio alla donna in difficoltà.

Sul piano sociale, la creazione del numero verde 1522 e di tanti Centri Antiviolenza sul territorio ha consentito di garantire alle donne un rifugio ed un sostegno anche di natura pratica, sia per il loro ascolto, sia per le consulenze legali e psicologiche, sia per l'aiuto a trovare soluzioni nel momento della fuga.

Sul piano normativo, la legge sul femminicidio 15.10.2013, n. 119 e, soprattutto, da ultimo la legge 19.07.2019, n. 69, nota come Codice Rosso, hanno cominciato a costruire una cornice legislativa più solida di cui la donna sola ed in difficoltà potesse valersi ma che tuttavia, come le cronache di questi giorni ci mostrano, non sono ancora state sufficienti a ridurre le dimensioni del fenomeno, aggravatosi con la pandemia.

In questo quadro davvero drammatico, qui assai sommariamente delineato, si colloca l'iniziativa del Tribunale di Pescara di costituire un "luogo specifico" all'interno del Palazzo di Giustizia che si apra all'esterno e che la donna che subisce violenza e violenza assistita

senta come punto d'appoggio cui rivolgersi per trovare una tutela più rapida e più completa che possa tirarla fuori da una condizione che non è esagerato definire disumana:

ciò anche in ragione di un lavoro svolto in sinergia tra le istituzioni preposte a tale compito.

Ed è doveroso sottolineare come l'esperienza della G.A.V. di questi primi mesi abbia dato prova di rapidità, di efficienza, di grande professionalità da parte di tutti coloro che vi lavorano, riuscendo a produrre in tempi rapidi i necessari provvedimenti.

E' giusto quindi sottolineare l'attenzione e la sensibilità mostrata dalla Procura di Pescara, coadiuvata dalle forze di Polizia e dalla Prefettura, ad un problema con cui peraltro deve sempre più spesso confrontarsi, dando vita a questo strumento che indubbiamente rappresenta un salto di qualità nella lotta contro la violenza e di cui purtroppo ancora pochi Tribunali in Italia sono dotati sia sotto il profilo concreto sia sotto il profilo fortemente "simbolico" che l'accompagna.

Quanto alle modalità di funzionamento, si sta costituendo anche un gruppo di avvocati e psicologi che offriranno a turno consulenze gratuite alle donne che si rivolgeranno al GAV per un primo ascolto ed indirizzo.

Non c'è che da sperare che l'esempio della Procura di Pescara, pioniera in questa iniziativa, si diffonda assai rapidamente in tutti i Tribunali del paese e che si costituisca anche una rete di scambio e di monitoraggio reciproco sul fenomeno della violenza che sembra in questa fase non arginabile e che rappresenta un grave vulnus per una società che si definisce civile.

*Mariacarla Serafini*