

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

II/2023

ANNO XXXIV – N. 2 – DICEMBRE 2023

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: CLAUDIO ANGELONE - PIERLUIGI DE NARDIS
- FEDERICA DI BENEDETTO - GIULIA LAURITI - GIUSEPPE MALCANGI - ALDO
MANFREDI - GIANNANGELO MARCHEGIANI - FABIO MASCI - MARCO RIARIO
SFORZA - FRANCO SABATINI - LANDO SCIUBA

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 operativa
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.

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

SOMMARIO

Mario Trozzi
Lando Sciuba pag. 9

Parte I - SAGGI

Giannangelo Marchegiani
La precaria situazione delle concessioni demaniali marittime pag. 15

Parte II - GIURISPRUDENZA

Adozione

Adozione – Adozione in casi particolari – Figlia/o biologico di madre convivente altra donna – Adozione da parte dell'altra donna componente la coppia omosessuale – Ammissibilità (*Trib. Minorenni L'Aquila – sent. 2.11.2022 n. 46, con nota F. Di Benedetto*) pag. 71

Atto amministrativo

Abbandono di rifiuti - Responsabilità del proprietario del fondo - Imputabilità del fatto - Dovere di diligenza - Limiti - Mera titolarità dell'area inquinata - Irrilevanza - Infrastruttura viaria - Dovere di manutenzione e custodia dei tratti stradali - Periodica vigilanza - Omissione - Colpa - Obblighi della Società concessionaria - Ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti - Motivazione legittima - Addebito di responsabilità - Chi inquina paga (*T.A.R. Abruzzo – L'Aquila – sent. 4.4.2023 n. 157*) pag. 172

Istanza di accesso a documentazione amministrativa – Provvedimento tacito di silenzio-diniego – Richiesta di accertamento sulla consistenza e lo stato giuridico dei locali ricevuti in uso – Mancato riscontro da parte delle Amministrazioni interessate – Illegittimità del silenzio – Rigetto (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 31.10.2023, n. 327*) pag. 147

4 Sommario

Bancarotta e reati fallimentari

Bancarotta semplice per aggravamento dello stato di dissesto (art. 217, co. 1 n. 4, L.F.) - Elementi costitutivi (*Trib. Chieti - sent. 9.3.2023*)

pag. 122

Comodato

Comodato – Obblighi comodante (*Trib. Chieti – sent. 3.7.2023 n. 367, con nota di M. Riario Sforza, “Il contratto di comodato e l’assenza di veri obblighi in capo al comodante”*)

pag. 62

Concessione amministrativa

Concessione demaniale marittima – Uso ombreggio - Istanza per il rilascio di una nuova concessione – Obbligo del Comune di dare seguito all’istanza – Procedura di evidenza pubblica – Necessità (*T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 31.8.2023 n. 285*)

pag. 143

Contratto in genere

Contratto preliminare – Vendita Immobiliare – Nullità parziale – Simulazione – Esclusione - Patto commissorio (*Trib. Pescara – sent- 29.6.2023 n. 933, con nota di M. Riario Sforza, “Istituti civilistici classici in operazioni economiche moderne”*)

pag. 33

Contratti pubblici

Contratti pubblici - Concessioni demaniali marittime - Applicabilità principi del Codice degli Appalti Pubblici - Rito ordinario - Rapporto attivo con la pubblica amministrazione - Valutazione offerta -Punteggio numerico - Sufficiente motivazione - Criteri di valutazione predeterminati e sufficientemente puntuali - Discrezionalità - Sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (*T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 12.7.2023 n. 266*)

pag. 154

Contratti pubblici - Termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione - Pubblicazione generalizzata degli atti di gara - Accesso agli atti - Vizi non conoscibili - Onere di specificare il provvedimento impugnato - Insufficienza delle clausole di stile. (*T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 13.7.2023 n. 268*)

pag. 166

Demanio

Acquisizione allo Stato di stabilimento balneare realizzato su area demaniale marittima assentita in concessione – Art. 49 cod. nav. – Illegittimità dell’acquisizione per insussistenza dei presupposti.

Accessione gratuita riferita alla effettiva cessazione del rapporto concessorio: benefici della proroga dell’originario rapporto concessorio: effetti - Illegittimità dell’acquisizione delle opere realizzate sull’area in concessione: conseguenze sulla determinazione e percezione del canone di concessione (*Trib. L’Aquila – sent. 3.10.2023, n. 610, con nota di C. Angelone*)

pag. 137

Distanze

Distanze tra costruzioni – Prevenzione – Onere prova- Concessione edilizia – Irrilevanza (*Trib. L’Aquila - sent. n. 657/2023, con nota di G. Malcangi*)

pag. 81

Edilizia urbanistica

Abuso edilizio - Comunicazione di avvio del procedimento - S.c.i.a. edilizia - Inefficacia - Clausole di salvaguardia - Opere annunciate con S.C.I.A. - Interventi edilizi assentibili con permesso di costruire - Necessario potere repressivo del Comune - Nozione funzionale di costruzioni - Opere destinate ad un uso stagionale - Soddisfacimento di interessi stabili nel tempo - Manufatto strutturalmente amovibile - Vendita stagionale di generi alimentari - Intervento di nuova costruzione - Assenza del permesso di costruire - Ordine di demolizione - Legittimità (*T.A.R. Abruzzo - L’Aquila – sent. 4.7.2023 n. 373*)

pag. 176

Reati edilizi - Distanze tra costruzioni - Ordinamento civile art. 117 Cost. - Disciplina regionale - Deroga alla normativa statale - Perseguimento di interessi pubblici - Autonomia dei Comuni - Misure premiali volte alla riqualificazione urbana - Art. 95 del Testo Unico dell’edilizia - Lavori in variante - Stabilità sismica dell’intero edificio - Funzione del progettista dei lavori (*Trib. Pescara – sent. 12.6.2023*)

pag. 129

6 *Sommario*

Falso in attestazione e relazioni

Falsa attestazione del professionista nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies, 182 septies e 186 bis L.F. - Idoneità ad inficiare la fattibilità del piano concordatario – Necessità (*Trib. Pescara G.U.P. – sent. 29.3.2023*)

pag. 119

Ingiunzione

Opposizione a decreto ingiuntivo per competenze d'avvocato – Competenze attinenti attività stragiudiziale – Rito applicabile – Procedura camerale prevista dalla L. n. 794/1942 – Ammissibilità

Opposizione a decreto ingiuntivo per competenze professionali non rientranti nell'ambito della L. n. 794/1942 – Rito applicabile – Rito sommario – Ammissibilità (*Trib. Pescara – sent. 14.9.2023, con nota di P. De Nardis*)

pag. 92

Maltrattamenti

Maltrattamenti contro familiari e conviventi - Cessazione della convivenza di fatto - Configurabilità del reato in presenza di figli minori.

Maltrattamenti contro familiari e conviventi - Condotta realizzata in limitato arco di tempo - Configurabilità del reato - Condizioni. (*Trib. Pescara – sent. 12.12.2022, con nota G. Lauriti*)

pag. 109

Parte civile

Principio di immanenza della costituzione di parte civile - Appello - Procura speciale – Inammissibilità (*Trib. Chieti – sent. 1.6.2022*)

pag. 125

Reati tributari

Reati tributari - Dichiarazione infedele ex art. 4 D. Lgs. 74/2000 - Plusvalenza - Valore dichiarato, definito o accertato ai fini di altra imposta - Sufficienza ai fini dell'accertamento - Esclusione (*Trib. Vasto – sent. 13.12.2022*)

pag. 112

Reati tributari - Pagamento del debito tributario - Patteggiamento - Inammissibilità (*Tribunale di Pescara 13.9.2021, con nota redazionale*)

pag. 126

Reati tributari - Omesso versamento ex art. 10 bis D. Lgs. 74/2000 - Momento consumativo - Prova - Sentenze irrevocabili – Valutazione	
Reati tributari - Omesso versamento - Crisi di liquidità - Incidenza sul dolo - Condizioni (<i>Trib. Chieti – sent. 6.2.2022</i>)	pag. 116
<i>Processo amministrativo</i>	
Processo amministrativo - Giurisdizione amministrativa - Giurisdizione esclusiva - Competenza per territorio - Rapporti di lavoro dei magistrati onorari - Differente trattamento rispetto ai giudici togati (<i>T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 5.6.2023 n. 232</i>)	pag. 150
<i>Spese giudiziali civili</i>	
Spese giudiziali civili – Responsabilità aggravata – Malafede – Colpa grave – Fini dilatori (<i>Trib. Teramo sent. 24.10.2023 n. 976, con nota di F. Sabatini</i>)	pag. 103

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

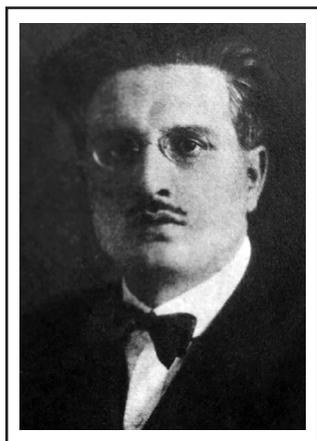
<i>Aldo Manfredi</i>	
Profili giuridici del fine vita La lunga strada per una soluzione di civiltà	pag. 185
<i>Fabio Masci</i>	
Una ricognizione normativa in vista della fusione dei Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore	pag. 201

Parte IV - VITA FORENSE

Elogio dei giudici scritto da un avvocato di Piero Calamandrei: alcuni estratti	pag. 219
---	----------

In copertina:

Mario Trozzi



Come nel presagio di una morte non lontana Mario Trozzi spende la sua vita -oltre che nell'attività professionale (spesso -però- non adeguatamente apprezzata)- in una appassionata, intensissima attività politica nel segno della ideologia socialista e, al contempo, in una sorprendente, intensa e rilevante attività culturale pubblicando non pochi testi che ricordano figure o vicende del passato che tuttora conservano particolare interesse e risalto anche in ragione del loro importante retroterra giuridico.

Dopo avere conseguito la laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Napoli Mario Trozzi riscuote i suoi primi successi in campo professionale: ma il consenso -vieppiù consapevole e crescente verso la sua persona- nasce dalla sempre più diffusa simpatia e solidarietà popolare per le battaglie politiche che nel nome degli ideali del socialismo egli conduce nell'interesse delle classi più umili, povere, emarginate se non addirittura diseredate.

Una battaglia di civiltà e di impegno politico-culturale e al contempo professionale nel cui contesto si confronterà con i maggiori esponenti del mondo politico italiano operando soprattutto nel centro Abruzzo, dove all'inizio della sua attività si batterà in alcune circostanze anche a fianco di Carlo Tresca, l'anarchico, anch'egli nativo di Sulmona, che alla vigilia della I guerra mondiale raggiunge l'America del Nord dove nel 1943 sarà assassinato a New York e che tuttora la società politica nord-americana riconosce ed onora come uno dei capi e fondatori del sindacalismo democratico e libertario.

Come ricorda Paolo Muzi (in “Gente d’Abruzzo – Dizionario biografico”, pag.151 e ss.) Mario Trozzi si muove instancabilmente organizzando manifestazioni, convegni, conferenze; affrontando sempre problemi di grande interesse politico-sociale, mostrando altresì particolari capacità organizzative e riuscendo così a costituire numerose sezioni del partito socialista e portando sempre avanti con nitida assoluta coerenza il tema della liberazione delle aree interne dell’Abruzzo -del “suo” Abruzzo- dal pesante reticolo di interessi economico-finanziari e politici della nobiltà e della alta borghesia, offrendo così con contagiosa passione e con inesauribile impegno quotidiano un notevole impulso alla stessa crescita organizzativa del suo “apparato” politico nel segno dell’idea fascinosa di una nuova struttura socio-politica ed economico-finanziaria in cui ogni uomo e ogni donna possano trovare -per ricordare le parole di Giosuè Carducci- “dignità di lavoro e libertà di credenza”.

E nel contesto di questo notevole ininterrotto impegno politico, che si alterna con non meno impegnative vicende giudiziarie delle quali è protagonista, Mario Trozzi si fa portatore deciso di una profonda e convinta ideologia antibellica, invocando così appassionatamente l’urgente cessazione della guerra nella quale l’Italia è coinvolta: e ciò fino a quando il provvedimento interdittivo del febbraio 1918 del Prefetto di Firenze lo costringe al ritorno (ma giammai alla ritirata) a Sulmona, da dove continuerà la sua vieppiù difficile e contestata attività politica di fedele divulgazione della sua fede socialista.

Sull’onda di un consolidato e crescente consenso popolare approda così alla dignità del laticlavio parlamentare, conservando questo ruolo di così fondamentale importanza per due legislature (dal 16.11.1919 al 1924), mostrando anche in quella veste così impegnativa e prestigiosa il suo rilevante profilo politico e culturale con grande coraggio e coerenza, militando così (come ricorda Olindo Pelino nel “Dizionario biografico degli Abruzzi” – I vol. “Sulmona e Valle peligna”, Sulmona, 1976) nel drappello degli “Aventiniani”.

Intanto trasferisce la sua residenza a Roma dove svolge la sua attività professionale nello Studio legale del suocero Leopoldo Minucci : dove, come ricorda Paolo Spriano (“La storia del Partito comunista italiano”-vol.I, Torino, 1971) incontrò più volte Antonio Gramsci e Amadeo Bordiga, offrendo al contempo prove di notevoli e riconosciute capacità professionali in particolare con il “processo Mesones”: a riguardo del quale (come ricorda il Prof.Giuseppe Evangelista di Sulmona) “L’eloquenza”, una delle più prestigiose riviste giuridiche e culturali italiane, nel numero 8 – anno XII del 30.7.1922, così riferisce l’impegno professionale e civile di Mario Trozzi: “...nel processo Mesones ha dato una compiuta magnifica prova del suo valore. Profondità, studio intenso, quadratura di pensiero, logica stringente... ha un metodo di preparazione che ricorda certi oratori della scuola classica. Raccoglie i vari

elementi della causa in vasti capitoli...inquadrando il fatto nei principi ideali, talvolta elevando la sua parola al tono di una lezione...è quello che si definisce un avvocato serio...nella vita privata è gioviale, allegro, spiritoso, ma quando veste la toga...tutto rivela la coscienza quasi direi sacerdotale del suo dovere che egli adempie in modo esemplare...”.

Ma può al contempo affermarsi con assoluta onestà che il suo cuore e la sua passione restano sempre accanto alla gente d’Abruzzo, della Valle Peligna, del Fucino, di ogni territorio ad economia essenzialmente agricola (peraltro la più diffusa e praticata a quell’epoca) nel cui interesse continua a lottare per offrire alle classi più deboli e sostanzialmente vessate ed emarginate da consolidati sistemi socio-politici ed economico-finanziari, l’occasione di un riscatto vero e reale e quindi concrete prospettive più democratiche di quelle sino a quel momento vissute o giocoforza subite.

Ma la complessa, multiforme figura di questo avvocato “prestato alla politica” per lottare per il trionfo di una da sempre sperata rivoluzione socialista e la costruzione di una società finalmente strutturata secondo schemi politico-ordinamentali e socio-economici effettivamente democratici, si arricchisce di un ulteriore e non meno rilevante valore.

Non pare quindi irrilevante affermare che, verosimilmente, l’impegno politico -quotidianamente praticato a fianco della gente per una palingenesi socio-politica realmente democratica- ha forse impedito a Mario Trozzi la concreta possibilità di una più intensa vita professionale. Ma a questo riguardo va ricordato che Mario Trozzi nella sua breve vita si è cimentato anche in una intensa e assai importante attività storico-letteraria, avendo egli ricostruito -con assoluta onestà storiografica e completezza di indagine ed esemplare onestà e lucidità espositiva- personaggi e vicende storiche -tutte di particolare importanza: il che sembra suggerire così l’idea che quegli scritti sono la conferma di una notevole cultura giuridica che le vicende della vita non gli hanno consentito di testimoniare più intensamente nelle aule di giustizia.

Al di là di quello che può essere il rispettivo valore storico-culturale e giuridico-politico (ma che arricchisce comunque e sempre la intrapresa rilettura del passato) non possono quindi non suscitare ammirazione sincera le opere attraverso le quali l’Avvocato-Deputato ha ricostruito vicende e personaggi la cui storia, la cui esperienza, le cui battaglie hanno segnato il corso della storia.

Ma il profilo più bello e commovente di Mario Trozzi è offerto dalle parole della figlia Fulvia (che duramente si impegnò nella Resistenza romana contro i nazisti) che -partecipando al convegno di studi sulla figura del padre tenutosi il 6.12.2006 a Sulmona- ricordò che Mario Trozzi, quando a Roma la accompagnava a scuola e sotto casa incrociava il poliziotto addetto alla sua “sorveglianza”, lo indicava alla figlioletta come una persona a lui particolarmente

“affezionata” (aggiungendo che lo seguiva in continuazione preoccupandosi di tutto quello che lui faceva) e concluse la sua commossa e coinvolgente testimonianza ricordando infine che il padre, quando transitavano in quella zona, le indicava -come nel segno di una profonda devozione civile- quel punto del Lungotevere in cui si era compiuta la tragedia di Giacomo Matteotti aggiungendo che altrettanto avveniva anche per un altro ragazzo: Antonello Trombadori, che sarebbe poi diventato esponente di particolare risalto della cultura Italia e suo sposo.

Assieme alla moglie Cecilia, alla figlia Fulvia, al marito Antonello Trombadori ora Mario Trozzi riposa nella cappella di famiglia nel Cimitero monumentale di Sulmona.

Opere:

“La penombra di un delitto (Il processo Mesoni)” – 1923

“Catilina” – 1925

“L’esilio di Ovidio” (conferenza tenuta nel 1925)

“Ovidio e i suoi tempi” – 1929

“Donne fatali e femmine criminali” – 1930

“Il boia si confessa” (Memorie di carnefici)

“Processi storici e delinquenti celebri”

Di particolare importanza è infine il testo “Mario Trozzi alle origini del movimento operaio e sindacale in Abruzzo” a cura di Andrea Borghesi e Fabrizio Loreto e con presentazione di Mimi D’Aurora, che raccoglie i contributi offerti al Convegno di studi tenutosi a Sulmona con gli importanti contributi di Giuseppe Evangelista, Raffaele Colapietra, Andrea Borghesi, Fabrizio Loreto, Elia Giovannini, Vittorio Monaco, Fulvia Trozzi, Adolfo Pepe, Edoardo Puglielli.

Lando Sciuba

I
SAGGI

La precaria situazione delle concessioni demaniali marittime

Sommario: 1. Quadro attuale delle norme, della giurisprudenza e degli atti europei e nazionali. 2. Effetti dell'attuale quadro giuridico sulla disciplina delle concessioni balneari. 3. L'esigenza di assicurare una corretta applicazione delle procedure di selezione. 4. Eventi in grado di evidenziare la precarietà della situazione generata dall'attuale quadro giuridico. 5. Dubbi sulla conformità al Trattato dell'attuale quadro giuridico per la parte di radice europea. 6. Considerazioni conclusive.

1. Quadro delle norme, della giurisprudenza e degli atti europei e nazionali

Le concessioni del demanio marittimo presenti e future (in seguito concessioni balneari)¹ sono attualmente interessate da un quadro giuridico che, in buona sostanza, può essere riassunto come segue, iniziando dalle norme, dalla giurisprudenza e dagli atti originati dall'Unione europea (UE). In primo luogo, occorre menzionare il diritto dell'UE, in particolare, gli articoli 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, (che in prosieguo sarà chiamata anche “direttiva servizi” o “direttiva *Bolkestein*”)². In secondo luogo le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (UE) che definiscono il significato delle norme europee concernenti le concessioni balneari³. In terzo luogo, la lettera di costituzione in mora all'Italia in data 3.12.2020⁴, emessa per denunciare che la normativa nazionale diretta nel tempo a prorogare ripetutamente le concessioni balneari viola l'art. 12 della direttiva servizi. Tuttavia la Commissione non ha ancora emesso il parere motivato previsto dall'art. 258 TFUE. È bene inoltre ricordare che il 29/1/2009 la Commissione aveva

1. In realtà il concetto concerne le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali esercenti attività turistico-ricreative.

2. GU L 376 del 27/12/2006, pag. 36. Entrata in vigore il 28/12/2006. Doveva essere recepita entro il 28/12/2009.

3. Sentenze 14/7/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa Srl*. e 20 aprile 2023 causa C348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, (in seguito identificata come *Comune di Ginosa*).

4. 2020/4118 C(2020) 7826 final.

già aperto la procedura di infrazione n. 2008/4908⁵, confermata da una lettera di messa in mora aggiuntiva n. C (2010) 2734, quest'ultima per ragioni analoghe a quelle che caratterizzano l'attuale procedura. Comunque, la precedente procedura è stata chiusa il 27/2/2012.

La sorte delle concessioni balneari dipende inoltre dalle norme e dalla giurisprudenza nazionali riassunte qui di seguito. Innanzitutto, è necessario ricordare il D. Legis. 26 marzo 2010, n. 59⁶ (entrato in vigore l'8/5/2010 e integrato e corretto dal decreto legislativo 6 agosto 2012, n. 147), che ha recepito la direttiva servizi. Inoltre, e soprattutto, occorre richiamare l'attenzione su due recenti disposizioni che hanno profondamente influenzato gli interessi dei titolari di concessioni balneari. In primo luogo, la Legge 5 agosto 2022, n. 118, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021⁷ (entrata in vigore il 27/08/2022). In secondo luogo, il Decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198⁸, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Il Decreto è stato convertito in legge con modificazioni dalla Legge 24 febbraio 2023, n. 14⁹, proroga di termini per l'esercizio di deleghe legislative. (in seguito citati insieme come "*Decreto Milleproroghe*"). Le proroghe che interessano la questione delle concessioni balneari sono riportate all'art. 10/quarter, comma 3, del DL n. 198 e all'art. 1, comma 8 della L. n. 14/2023. Infine, è opportuno menzionare l'Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato, che ha affrontato la questione delle concessioni balneari con due sentenze di contenuto conforme (la n. 17 e la n. 18), entrambe pubblicate il 9 novembre 2021. Tenuto conto del loro contenuto sostanzialmente uniforme, è peraltro sufficiente citare solo la seconda di tali sentenze (la n. 18¹⁰). Vale peraltro la pena di segnalare che nei loro confronti è da tempo pendente un ricorso dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, come interpretato dalla sentenza n. 6/2018 della Corte Costituzionale italiana¹¹. Il 24/10/2023 è prevista la prima udienza del giudizio.

5. C (2009) 0328.

6. GU n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75.

7. GU Serie Generale n.188 del 12-08-2022

8. GU Serie generale n. 303 del 29 dicembre 2022.

9. GU Serie Generale n.49 del 27-02-2023.

10. N. 00018/2021REG.PROV.COLL. N. 00013/2021 REG.RIC.A.P, Comune di Lecce c. Andrea Caretto e Associazione Federazione Imprese Demaniali. [HTTPS://WWW.GIUSTIZIA-AMMINISTRATIVA.IT](https://www.giustizia-amministrativa.it).

11. L'ottavo comma dell'articolo 111 della Costituzione così dispone: "*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*".

2. Effetti dell'attuale quadro giuridico sulla disciplina delle concessioni balneari.

Si pone, pertanto, la questione di sapere quali sono gli effetti che questo quadro di norme e di giurisprudenza può produrre sul regime giuridico delle concessioni balneari presenti e future. È bene peraltro premettere due considerazioni intese a delimitare i termini della questione. In primo luogo, è opportuno ricordare il principio del “*primato*” (definito anche “*preminenza*” o “*supremazia*”) del diritto dell’Unione europea, il quale prevale sul diritto nazionale nei settori dell’economia nei quali gli Stati membri hanno ceduto il potere di legiferare all’UE, come è avvenuto nel caso del mercato interno, al quale appartiene la questione che interessa. Inoltre, vale la pena di menzionare che, almeno fino al 31/12/2023 (v. art. 3, c. 2 L. n. 118), gli effetti del suddetto quadro giuridico non concernono le eventuali concessioni che nel frattempo siano state assentite a seguito di una selezione regolata dai principi di trasparenza e di non discriminazione e per una durata adeguata, nei termini che saranno precisati in seguito. Ciò detto, si possono esaminare i provvedimenti che compongono il suddetto quadro giuridico, in un’ottica che tenga conto della loro rispettiva influenza nel determinare gli effetti in questione.

Nella prima sentenza (*Promoimpresa*) la Corte di giustizia UE ha dichiarato che le concessioni balneari devono essere considerate come “*autorizzazioni*” all’esercizio di un’attività economica di servizi, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/CE, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale (punti 40 e 41). Una volta identificata la figura giuridica oggetto di esame, la Corte ha affermato che la normativa europea dettata con riferimento alle concessioni balneari differisce a seconda delle caratteristiche delle aree territoriali destinate ad accogliere le attività economiche soggette ad autorizzazione. Occorre in particolare accertare se le dette attività di servizi possono essere autorizzate solo in un numero ridotto a causa della limitata disponibilità degli arenili (c.d. aree limitate o ristrette).

In questa ottica, la Corte ha, da una parte, stabilito che, data la loro natura giuridica di “*autorizzazioni*”, alle concessioni balneari si applica l’articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE, se le relative attività economiche di servizi sono svolte su aree demaniali limitate (punti 43 e 49). Il che significa, implicitamente, che il suddetto art. 12 disciplina tutte le concessioni balneari ubicate in tali aree, a prescindere dal fatto che esse presentino un *interesse transfrontaliero certo*¹². Detto in parole povere, l’art. 12 concerne le conces-

12. Questo concetto è stato affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di appalti pubblici e confermato dalla sentenza *Promoimpresa* nei seguenti termini: “*deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione*”

sioni *grandi e piccole*¹³ presenti nelle aree limitate. La stessa Corte ha inoltre affermato che una normativa nazionale, come quella considerata nel corso del giudizio, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni in parola, equivale a un loro rinnovo automatico, rinnovo che è escluso dai termini stessi del paragrafo 2 del suddetto art. 12, (punto 50). La Corte ha quindi più volte ribadito che, ai sensi del menzionato art. 12, il rilascio di un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi su un'area "limitata" del demanio marittimo deve avvenire a seguito di una procedura di selezione tra i candidati potenziali, procedura che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, un'adeguata pubblicità (punti 49, 55 e 57).

Da un'altra parte, la stessa Corte ha anche indirettamente affermato che l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE non è applicabile quando si tratta di concessioni balneari ubicate su aree demaniali libere e disponibili. Tuttavia, in questo caso le autorità concedenti sono comunque tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare, (punti 62, 63 e 64 della sentenza *Promoimpresa*), se tali concessioni presentano un *interesse transfrontaliero certo*. Come necessario complemento di questa disciplina alternativa il Giudice europeo ha quindi precisato che l'articolo 49 TFUE osta a una normativa nazionale, come quella in questione, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano il suddetto interesse (punto 74).

La seconda sentenza della Corte (*Comune di Ginosa*) ha innanzitutto confermato che l'art. 12 della direttiva servizi concerne tutte le concessioni balneari, *grandi e piccole*, ubicate in aree costiere limitate (punti 39-41). In tal modo, avendo riconosciuto che la direttiva servizi si applica a tali figure giuridiche, essa ha anche implicitamente confermato che queste costituiscono un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi, come preconizzato dalla sentenza *Promoimpresa*, che perciò diviene giurisprudenza consolidata. In secondo luogo, la stessa sentenza ha ribadito più volte (punti 60, 68, 69 e 70) che il detto articolo impone agli Stati membri sia l'obbligo di assegnare tali concessioni applicando una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività. Lo stesso giudice europeo ha quindi rilevato che le disposizioni nazionali trattate nella controversia oggetto del rinvio pregiudiziale hanno avuto l'effetto di prorogare auto-

o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione".

13. È una definizione di comodo, fatta al fine di evitare di ripetere ogni volta la separazione tra concessioni balneari dotate di interesse transfrontaliero certo e quelle prive di tale interesse.

maticamente le concessioni di occupazione del demanio marittimo in essere, cosicché non è stata organizzata alcuna procedura di selezione nell'ambito di tale controversia. È peraltro interessante osservare come, nel fare riferimento alle disposizioni nazionali esaminate nel corso del suo giudizio, il giudice europeo abbia considerato non solo la Legge n. 145/18, che aveva prorogato di quindici anni (al 31/12/2033) le concessioni balneari in causa, ma anche la vigente L. n. 118/22, che ha prorogato la durata delle concessioni balneari fino al 2023 o, in alternativa, al 2024.

Si pone ora la questione di sapere come la giurisprudenza rappresentata dalle due suddette sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia UE influisce sia sulla sorte delle concessioni balneari presenti e future sia sul quadro delle disposizioni nazionali indicate all'inizio. La risposta a questa questione dipende in particolare dal significato attribuibile al concetto di "area limitata" previsto dall'art. 12, comma 1, della Direttiva servizi. Nel linguaggio della Corte si parla di "area limitata" quando, secondo la previsione di questa norma, il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. Ora, come è doveroso segnalare, si tratta di una definizione che, anche a causa dei termini generici con cui è stata espressa, ha dato luogo ad una vera e propria "sindrome di Rashomon", in ragione della quale, come nel famoso film di Akira Kurosawa, le versioni sono contrastanti e non si capisce bene quale sia la verità.

Per un verso, secondo l'Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato (v. il punto 25 della sentenza n. 18) nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibili di essere date in concessione. In altre parole, il Supremo Giudice amministrativo ritiene che, in sostanza, l'intero tratto costiero italiano costituisce un'area limitata. Per un altro verso, l'art. 10/quarter del c.d. "decreto milleproroghe" ha istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni balneari. Il suo incarico è quello di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera. Il probabile intento del legislatore nazionale è in questo caso quello di accertare che, con una visione allargata a tutto il territorio costiero che caratterizza l'Italia, di fatto non si può concepire l'esistenza di "aree limitate" presenti su tale territorio.

Tuttavia, è noto come nelle umane vicende esistano in realtà non due, ma

tre verità: la mia, la tua e la verità. Ora, grazie al *primato* di cui gode il diritto dell'UE, si deve riconoscere che la verità si trova espressa, in principio, nella sentenza *Comune di Ginosa* (punti da 44 a 49). Al riguardo la Corte ha innanzitutto ricordato il punto 43 della sentenza *Promoimpresa*, dove si afferma che, al fine di individuare le aree limitate, occorre prendere in considerazione la circostanza che le concessioni di cui trattasi sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale. Al punto 78 della sentenza *Comune di Ginosa* la stessa Corte ha peraltro avvertito che ciò non può significare che solo i giudici nazionali siano tenuti a verificare la sussistenza di tale requisito. Al fine di rispondere all'ottava questione del giudice remittente, la sentenza *Comune di Ginosa* ha pertanto precisato che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata *combinando* un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione. Infine la Corte ha comunque sottolineato l'esigenza che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati. Insomma, il Giudice europeo ha in tal modo escluso che la determinazione delle aree limitate possa avvenire sulla base della soluzione aprioristica sostenuta dal Consiglio di Stato ovvero grazie ad un'indagine aperta su scala nazionale o *regionale*, come preconizzato dal suddetto art. 10/quarter.

Una volta accertato il metodo più corretto per determinare l'esistenza di un'area limitata, si può a questo punto considerare quale è, alla luce del diritto dell'UE, la reale situazione giuridica delle concessioni balneari finora mantenute artificialmente in vita grazie alle ripetute proroghe predisposte da successive leggi nazionali. Al riguardo, occorre ricordare come, secondo la sentenza *Comune di Ginosa*, l'art. 12 della Direttiva *Bolkestein* debba essere applicato anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza *Promoimpresa* (punto 73). Inoltre, è bene richiamare l'attenzione sul divieto posto da tale norma di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività di servizi. Di conseguenza, ciò significa che ad ogni successiva legge nazionale di proroga le concessioni balneari allora esistenti devono essere considerate illegittime se non sono state rinnovate grazie ad una procedura di selezione adottata nel rispetto dei noti principi di trasparenza e di non discriminazione e per una durata adeguata. In altri termini, tutte le concessioni balneari in essere nelle zone limitate al verificarsi delle diverse proroghe illegittime devono considerarsi irrimediabilmente scadute, se queste proroghe sono state approvate dal legislatore nazionale in violazione del detto art. 12. Inoltre, applicando un ragionamento per analogia, si deve ritenere

che la stessa sorte abbia colpito quelle concessioni demaniali che presentano un interesse transfrontaliero certo e sono ubicate nelle aree libere. Il Giudice europeo ha infatti affermato che una proroga della durata delle concessioni demaniali costituisce una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall'articolo 49 TFUE (punto 74 della sentenza *Promoimpresa*).

In questo contesto, occorre inoltre determinare la sorte delle disposizioni nazionali (L. n. 118/2022, art. 10/quarter, c. 3, del DL n. 198/2022 e art. 1, c. 8 della L. n. 14/2023) che hanno prorogato la durata delle concessioni balneari in violazione della suddetta normativa europea. A tal proposito, si ricorda innanzitutto che, secondo la sentenza *Comune di Ginosa*, le disposizioni di cui all'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 sono enunciate in modo incondizionato e sufficientemente preciso, da poter essere considerate disposizioni produttive di effetti diretti (punto 69). Il che comporta un duplice ordine di conseguenze. Da una parte, sempre secondo la Corte, imponendo l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, le dette disposizioni prescrivono, in maniera incondizionata e sufficientemente precisa, un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali, per cui i privati possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dell'Amministrazione italiana. Da un'altra parte, lo stesso Giudice europeo ha rammentato (punto 77 della sentenza *Comune di Ginosa*) che, secondo una sua giurisprudenza costante, anche l'amministrazione è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare (*rectius*, non applicare) le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni¹⁴.

In altri termini, allorché il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, ogni potere dello Stato (amministrativo o giudiziario) è obbligato, in forza dell'art. 12 della direttiva servizi, ad assicurare che le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate. Ne consegue che le stesse Autorità sono tenute a interpretare le norme di diritto nazionale in conformità alla detta norma europea e, se del caso, a non applicare le disposizioni non conformi, ivi comprese quelle che hanno consentito proroghe contrarie al disposto del citato art. 12. Tale obbligo di garanzia concerne tutte le concessioni balneari, *grandi* e *piccole*, ubicate in queste aree limitate. Invece, come detto in precedenza, l'art. 12 della direttiva servizi non si applica nei confronti delle concessioni balneari ubicate su aree demaniali libere e disponibili. Tuttavia, tali concessioni costituiscono pur sempre un'autorizzazione all'esercizio di un'attività

14. Si tratta di una giurisprudenza consolidata, iniziata con la sentenza del 22 giugno 1989, *Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256, punti da 29 a 33, confermata di recente dalla sentenza del 10 ottobre 2017, *Farrell*, C413/15, EU:C:2017:745, punto 33)

economica di servizi, per cui sono interessate dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi stabilita dagli articoli 49 e 56 del TFUE. Si tratta, come noto, della giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress*¹⁵, in forza della quale qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica è tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, qualora le suddette attività presentino un *interesse transfrontaliero certo*. Di conseguenza, poiché gli articoli 49 e 56 del TFUE sono disposizioni produttive di effetti diretti, anche in questo caso le Autorità dello Stato sono tenute ad assicurare che le condizioni previste da dette norme siano rispettate, non applicando le disposizioni nazionali che comportano una loro violazione.

In conclusione, vale la pena di richiamare l'attenzione sul fatto che, a ben vedere, in entrambe le suddette situazioni concernenti le aree limitate e le aree aperte, le rispettive concessioni balneari, sia esistenti sia future, devono rispettare degli obblighi di contenuto sostanzialmente analogo, anche se tali obblighi discendono da fonti giuridiche di diversa origine. Le concessioni balneari ubicate nelle aree limitate sono sottoposte agli obblighi espressi testualmente dall'art. 12 della direttiva servizi, mentre quelle che sono situate nelle aree aperte e presentano un *interesse transfrontaliero certo* devono adempiere agli obblighi desunti dalle norme del Trattato concernenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, come interpretate da una nota giurisprudenza europea in materia di attività economiche di servizi. Entrambi questi obblighi sono riassunti nei due principi della trasparenza e della non discriminazione.

3. L'esigenza di assicurare una corretta applicazione delle procedure di selezione

Il che porta del tutto naturalmente a considerare se e, nel caso, in che modo l'applicazione dei suddetti principi potrebbe influire sul corretto svolgimento delle procedure di selezione concernenti tutte le future concessioni balneari, ovunque ubicate. Come detto, il primo obbligo, comune a tutte le concessioni balneari, è costituito dall'esigenza di trasparenza, che vincola la loro assegnazione ad una procedura di selezione tra i candidati potenziali che, grazie ad una *pubblicità adeguata*, consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza. Si pone pertanto in particolare il problema di determinare

15. Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress* confermata di recente dalla sentenza 21 marzo 2019, causa C702/17, *Unareti SpA*, punti 27, 28 e 29.

quale livello di pubblicità sia adeguato nei confronti delle concessioni balneari ubicate in aree limitate. In questo senso, ci sono buone ragioni per credere che nella circostanza sia necessario applicare un principio assimilabile a quello che regola l'organizzazione dei convogli navali, dove il convoglio deve marciare alla velocità della nave più lenta. *Mutatis mutandis*, alla luce del principio di trasparenza affermato dalla giurisprudenza Promoimpresa, ciò significa che, poiché nelle aree limitate possono coesistere concessioni balneari *grandi e piccole*, in relazione a tali aree devono essere applicati criteri di pubblicità in grado di tutelare l'interesse anche di promotori residenti in altri Paesi membri.

Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di non discriminare, è bene innanzitutto ricordare ancora una volta che, sia ai sensi dell'art. 12, comma 2 della direttiva servizi sia dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea concernente gli articoli 49 e 56 del TFUE, ogni autorizzazione all'esercizio di un'attività di servizi (come le concessioni balneari) deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere una procedura di rinnovo automatico *né accordare altri vantaggi al prestatore uscente*. In questa prospettiva, vale pertanto la pena di esaminare se l'eventuale pagamento dell'indennizzo riconosciuto dall'art. 4, c. 2, della legge 118/2022 in favore del concessionario uscente per gli investimenti non ammortizzati, possa essere ritenuto legittimo alla luce del suddetto obbligo che impone alle Autorità concedenti di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali. A tal fine è bene innanzitutto richiamare l'attenzione su quattro considerazioni preliminari, utili a precisare i termini della questione.

In primo luogo, occorre prendere atto che, secondo la detta legge 118/2022, l'eventuale indennizzo non dovrebbe essere corrisposto dall'Autorità concedente ma dal promotore prescelto al termine della selezione. In secondo luogo, è ragionevole ritenere che, al fine di evitare inutili dispute tra gli interessati, la determinazione dell'importo dell'indennizzo non possa essere affidata ad una libera contrattazione tra il concessionario uscente e quello subentrante una volta terminate le procedure di selezione, ma debba essere stabilita dall'Autorità concedente nell'ambito della definizione dei criteri di selezione concernenti ciascuna procedura. In terzo luogo, è legittimo supporre che non si possa impedire al titolare della concessione scaduta di partecipare alla selezione. Infine, vale la pena di ricordare che la sentenza *Comune di Ginosa* ha ritenuto irricevibile la questione del giudice remittente intesa a sapere se, alla scadenza della concessione, un concessionario ha il diritto di ottenere un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili da lui realizzate sul terreno affidatogli in concessione (punti da 80 a 84). Al momento la questione deve essere pertanto affrontata senza l'ausilio della Corte di giustizia, sulla base

delle seguenti considerazioni¹⁶.

A ben vedere, ci sono buone ragioni per credere che la risposta a questa questione non possa essere trovata con riferimento alla sentenza *Laezza*¹⁷, spesso utilizzata dalla dottrina italiana alla ricerca di una ragionevole soluzione in materia di indennizzo. Non sembra cioè che gli elementi di giudizio ricavabili dalla causa *Laezza* possano essere impiegati per risolvere il problema dell'indennizzo da corrispondere al precedente titolare di una concessione balneare scaduta, in quanto le due situazioni non sono analoghe. Si ricorda che, secondo la sentenza *Laezza*, gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che, in principio, essi ostano a una disposizione nazionale che, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, impone al concessionario di cedere allo Stato, *a titolo non oneroso*, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco. Tuttavia, come detto, le due situazioni non sono analoghe per due principali ragioni.

In primo luogo, nella causa *Laezza* si discuteva se l'indennizzo dovesse essere pagato dallo Stato, mentre nel caso delle concessioni balneari l'eventuale indennizzo sarebbe a carico del concessionario subentrante. In secondo luogo, i titolari di un'autorizzazione all'esercizio di un'attività nel campo del gioco d'azzardo sono proprietari non solo della rete di gestione e di raccolta del gioco, ma anche dei locali in cui questi sono installati. Nel loro caso, l'atto di concessione si limita ad autorizzare l'esercizio dell'attività di gioco. Diversamente, nel caso delle concessioni balneari i relativi titolari non sono solo autorizzati ad esercitare un'attività di servizi turistici, ma soprattutto usufruiscono dell'uso di un'area demaniale da essi adibita a tale attività, dietro corrispettivo di un canone periodico. Da questo punto di vista, la figura giuridica della concessione balneare è assimilabile ad una locazione immobiliare¹⁸, per cui sembra legittimo ritenere che, come affermato dall'art. 49 del Codice della navigazione, al termine del rapporto lo Stato locatore avrebbe il diritto di pretendere dal locatario di ripristinare lo stato dei luoghi preesistente o, in mancanza, di incamerare gli accrescimenti senza pagare un indennizzo al

16. È peraltro opportuno segnalare che, con ordinanza del 15 settembre 2022 (N. 08010/2022 REG. PROV.COLL. e N. 08915/2021 REG.RIC.) il Consiglio di Stato ha chiesto in sostanza alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, di chiarire se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza *Laezza* (C- 375/14) ostino ad un'interpretazione dell'art. 49 cod. nav., diretta a determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'impresa balneare.

17. Sentenza 28 gennaio 2016, causa C-375/14, *Laezza*.

18. In questo senso vedi la sentenza della Corte di giustizia 25 ottobre 2007, causa C-174/06, *CO.GE.P.*, punti 31-36, ECLI:EU:C:2007:634, riguardante un contenzioso fiscale nel caso di un'analogia concessione demaniale marittima.

riguardo. È pertanto difficile comprendere a che titolo il titolare di una concessione balneare scaduta potrebbe pretendere un indennizzo dal concessionario subentrante.

Per di più, ci sono buone ragioni per ritenere che l'eventuale pagamento di un indennizzo, a carico del concessionario subentrante ed a favore del concessionario uscente, costituirebbe una palese violazione del suddetto obbligo che impone alle Autorità concedenti di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali. Una previsione in tal senso, inserita nella procedura di selezione per l'individuazione del candidato prescelto, attribuirebbe un ingiustificato vantaggio al concessionario uscente (che partecipa alla selezione) rispetto agli altri partecipanti alla selezione, in quanto solo lui sarebbe in grado di proporre un'offerta non condizionata dall'onere di dover pagare un indennizzo. Termina così la parte di questo resoconto dedicata ad individuare e, in un certo senso, a prevedere, le conseguenze che in principio possono derivare dal quadro giuridico sopra esaminato nei confronti delle concessioni balneari presenti e future.

4. Eventi in grado di evidenziare la precarietà della situazione generata dall'attuale quadro giuridico

È abbastanza palese che, almeno per il momento, la situazione delle concessioni balneari si trova in una specie di calma precaria, favorita da un evidente contrasto tra la disciplina europea, recepita anche dall'Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato, e le disposizioni nazionali che in buona sostanza hanno prorogato la durata delle attuali concessioni balneari al 31 dicembre 2025 e rimandato *sine die* la definizione dei criteri per la selezione delle future concessioni. Ciò non significa, tuttavia, che una situazione del genere sia destinata a perdurare senza modifiche di sostanza, in attesa delle scadenze previste dalle disposizioni nazionali in questione. Non si può cioè escludere che prima di allora si verifichino dei significativi avvenimenti capaci di influire su questa condizione di stallo. Con il risultato di chiarire in modo definitivo che, in conseguenza del quadro giuridico fin qui esaminato, la situazione di tutte le concessioni balneari, *grandi e piccole*, può essere riassunta nei seguenti termini. Le concessioni demaniali ubicate nelle aree limitate, nonché quelle che presentano un interesse transfrontaliero certo ubicate altrove, sono di fatto scadute da tempo, mentre le nuove concessioni demaniali potranno essere rispettivamente attribuite solo a seguito di una selezione rispettosa dei principi di trasparenza e di non discriminazione per una durata adeguata.

Si pone pertanto l'esigenza di individuare gli avvenimenti che rischiano di evidenziare anzi tempo la reale portata delle norme e della giurisprudenza europee in materia di concessioni balneari, concludendo l'ormai annosa que-

stione della legittimità di tali concessioni, anche prima della scadenza delle proroghe accordate dalle suddette leggi nazionali. Al riguardo, ci sono valide ragioni per ritenere che una prematura interruzione dell'attuale situazione di stallo possa essere originata da uno dei seguenti avvenimenti. Innanzitutto, è logico supporre che la Commissione europea intenda contestare la legittimità delle ulteriori proroghe autorizzate dalle recenti disposizioni nazionali in materia e non accetti le relative giustificazioni delle Autorità italiane. Di conseguenza, si deve temere che l'istituzione europea inizi a breve la seconda fase della suddetta procedura d'infrazione n. 2020/4118, provvedendo ad emettere un circostanziato parere motivato ai sensi dell'art. 258 TFUE. Un secondo motivo di allarme dipende dalla volontà dell'Agenzia Garante della Concorrenza e del Mercato di intensificare la sua azione nei confronti delle Autorità nazionali, diretta ad affermare ancora una volta, attraverso il ricorso alla giurisdizione amministrativa, il totale rispetto del diritto dell'UE. Infine, resta il timore che una o più Amministrazioni locali, consapevoli della responsabilità amministrativa nascente dalla giurisprudenza *Frilli Costanzo*¹⁹, assuma spontaneamente l'iniziativa di attuare senza ulteriore indugio la disciplina affermata dall'attuale giurisprudenza europea in materia di concessioni demaniali marittime.

5. Dubbi sulla conformità al Trattato dell'attuale quadro giuridico per la parte di radice europea

Termina così il riassunto del quadro giuridico che disciplina attualmente la materia delle concessioni balneari nonché il resoconto delle possibili conseguenze a carico di tutti i soggetti interessati alle attività di servizi turistico-ricreativi svolte in tale ambito. Chi scrive non può peraltro nascondere la sua perplessità in merito alla coerenza del quadro giuridico in esame (per la parte di radice europea) rispetto ad alcune norme del TFUE, come interpretate da una consolidata giurisprudenza della stessa Corte di giustizia UE. In questo senso, vale la pena di ricordare che entrambe le sentenze del Giudice europeo (*Promoimpresa* e *Comune di Ginosa*) hanno applicato l'art. 12 della direttiva servizi nel presupposto che le concessioni balneari costituiscono un'autorizzazione all'esercizio di un'attività di servizi nel settore turistico-ricreativo. Questa interpretazione si fonda esclusivamente sull'assunto che, da un lato, qualsiasi misura nazionale in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione europea deve essere valutata alla luce non delle disposizioni del diritto primario, bensì di quelle di tale misura di armonizza-

19. Tra l'altro, secondo la Corte dei conti (sentenza 30 marzo 2009 n. 486) l'omissione di una gara pubblica per assegnare le concessioni, laddove necessaria, è suscettibile di configurare danno erariale per la perdita di un possibile incremento di entrate a beneficio dell'ente.

zione, (vedi il punto 59 della prima sentenza e il punto 27 della seconda) e che, dall'altro lato, la direttiva *Bolkestein* ha proceduto ad un'armonizzazione esaustiva della materia concernente le concessioni demaniali marittime. Tuttavia, in entrambe le sentenze la Corte ha dimenticato di segnalare l'importante disposizione affermata dal legislatore europeo nell'art. 3, comma 3, della suddetta direttiva²⁰. Ciò significa che una direttiva di armonizzazione quale la direttiva 2006/123 non può avere una portata che eccede quella delle norme e dei principi del Trattato che costituiscono la sua base giuridica (in particolare gli attuali articoli 49 e 56 del TFUE). Più precisamente, alla luce di una consolidata giurisprudenza europea in materia²¹, non è lecito ritenere che una sentenza della Corte di giustizia possa interpretare una direttiva di questo tipo attribuendole una portata in contrasto con il corrispondente diritto primario. Sembra cioè legittimo concludere l'esame della giurisprudenza europea sul tema delle direttive di armonizzazione rilevando come gli obblighi derivanti da tali direttive debbano comunque essere interpretati in armonia con le esigenze derivanti dalle relative disposizioni del Trattato.

Ora, con il rispetto dovuto alla sapienza giuridica dei Giudici di Lussemburgo che hanno condiviso le motivazioni delle due sentenze in questione, spiace dover evidenziare come, prima di deliberare, essi non abbiano esaminato la portata e gli effetti di diverse sentenze della stessa Corte di giustizia che appaiono contraddire la motivazione delle sentenze *Promoimpresa* e *Comune di Ginosa*. A questo ambito appartiene, in primo luogo, una giurisprudenza consolidata concernente il periodo precedente la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014²² in materia di concessioni di servizi, giurisprudenza che si deve peraltro ritenere tuttora operante. Si tratta delle sentenze con le quali la Corte di giustizia, sul fondamento degli articoli 43 e 49 del precedente Trattato CE (attuali articoli 49 e 56 del TFUE) ha più volte sottolineato l'analogia esistente tra una concessione di servizi ed un' *autorizzazione* all'esercizio di un'attività economica di servizi²³. In questi casi, secondo la giurisprudenza in esame, le

20. "Gli Stati membri applicano le disposizioni della presente direttiva nel rispetto delle norme del trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi".

21. Vedi le sentenze 9 giugno 1992, causa C-47/90, *Delhaize et Le Lion*, punto 26; 2/2/1994, causa C.315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV*, p. 11, 12 e 13; 21/1/2003, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, p. 48 e 11 dicembre 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV*, p. 64 e 65. Inoltre, è bene ricordare le opinioni di due Avvocati Generali che hanno esaminato lo stato della giurisprudenza in materia: P. CRUZ VILLALON, nelle conclusioni in data 10/3/2015, causa C-593/13, *Rina Services S.p.A.* p. 12, e A. L. GEELHOED, nelle conclusioni 4/7/2002, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, p. 45 e 46. Le rispettive considerazioni sul punto concludono asserendo in sostanza che, al fine di accertare la conformità al diritto dell'UE di una normativa nazionale, è in principio *preferibile* (il primo) o *sufficiente* (il secondo) esaminare il solo disposto della direttiva di armonizzazione, fatta salva peraltro l'esigenza di rispettare le norme di rango primario.

22. *GUUE* 28 marzo 2014, L 94, pp. 1 e ss.

23. Sentenze 3 giugno 2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange*, punti 46 e 47, 9 settembre 2010,

autorità pubbliche concedenti sono tenute a rispettare le disposizioni fondamentali dei trattati europei nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza che ne derivano. Norme e principi configurabili peraltro *solo* nel caso in cui una concessione di servizi e, per analogia, un'attività economica di servizi, sia in grado di interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui la concessione o l'autorizzazione è attribuita (il c.d. "*interesse transfrontaliero certo*").

Con l'aggravante che, in occasione delle due sentenze in questione, questa mancata attenzione ad una giurisprudenza europea di per se significativa si è verificata con maggiore evidenza e con la prospettiva di preoccupanti conseguenze nell'ambito di operatività dell'art. 345 del TFUE (ex art. 295 del TCE)²⁴. Al riguardo, occorre richiamare l'attenzione sul fatto che, come accennato in precedenza, nel caso delle concessioni balneari i relativi titolari non sono solo autorizzati ad esercitare un'attività di servizi turistici, ma soprattutto usufruiscono dell'uso di un'area demaniale da essi adibita a tale attività, dietro corrispettivo di un canone periodico. Più precisamente, ciascuna concessione balneare costituisce nella sua essenza un atto con il quale lo Stato, in tutte le sue forme, dispone di una porzione del suo patrimonio immobiliare. È, pertanto, essenziale richiamare l'attenzione sulle sentenze del Giudice europeo che, ai sensi dell'art. 345 del TFUE, hanno riconosciuto agli Stati membri la facoltà di disporre liberamente dei beni appartenenti al patrimonio nazionale a condizione di non ostacolare le libertà previste dai trattati europei. Ciò significa, in altre parole, che le decisioni delle autorità nazionali in materia di proprietà trovano un limite nelle norme e nei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea. In questo senso, diverse sentenze della Corte affermano che la discrezionalità degli Stati membri ai sensi di tale disposizione trova un limite nel principio di non discriminazione o nelle norme che disciplinano la concorrenza e, in generale, non può giustificare il sorgere di ostacoli alle libertà previste dai Trattati²⁵. Ora, alla luce della nota giurisprudenza "*Telaustria e Telefonadress*", sembra lecito ritenere che ostacoli del genere possono sorgere nell'ambito delle concessioni demaniali marittime solo qualora le stesse rivestano un *interesse transfrontaliero certo* e siano aggiudicate in violazione dei principi stabiliti dalla suddetta giurisprudenza relativa agli attuali articoli 49 e 56 del TFUE.

Pertanto, un obbligo assoluto ed incondizionato a carico delle autorità

causa C-64/08, *Engelmann*, punti 53-56, e 14 novembre 2013, causa C-221/12, *Belgacom NV*, punto 33.

24. Per quanto possa occorrere si rammenta che il testo dell'art. 345 TFUE recita "*I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*".

25. Vedi, per ultimo, le sentenze in data 8 luglio 2010, C-171/08, *Commissione c. Portogallo*, p.64 e 21 dicembre 2011, C-271/09, *Commissione c. Polonia*, p. 44.

pubbliche di attuare in ogni caso (e cioè anche in assenza di un *interesse transfrontaliero certo*) una procedura di aggiudicazione del loro patrimonio immobiliare nei termini imposti dalla direttiva servizi rappresenterebbe una chiara limitazione al regime di proprietà dei singoli Stati membri. Più precisamente, una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 345 TFUE autorizza a ritenere che una norma di rango derivato, quale la direttiva 2006/123/CE, non possa 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.

6. Considerazioni conclusive

Insomma, come detto in precedenza, il quadro giuridico che regola attualmente la materia delle concessioni balneari impone in particolare che la direttiva 2006/123/CE e la relativa legge nazionale di recepimento devono essere interpretate nel senso che l'art. 12 di tale direttiva si applica a *tutte* le concessioni balneari ubicate nelle aree demaniali limitate, cioè anche a quelle prive di *interesse transfrontaliero certo*, nell'assunto che tutte le concessioni di questo tipo costituiscono delle *autorizzazioni all'esercizio di un'attività economica di servizi*. Con l'ulteriore conseguenza che la normativa italiana di proroga della durata di dette concessioni deve essere considerata illegittima alla luce sia del diritto dell'Unione europea sia di quello nazionale nei confronti di *tutte* le concessioni balneari esistenti nelle aree limitate alla data della proroga, e quindi anche di quelle che non presentano un *interesse transfrontaliero certo*. Tuttavia, sul fondamento della giurisprudenza consolidata della stessa Corte di giustizia riguardante sia gli articoli 49 e 56 del TFUE in tema di attività economiche di servizi sia, soprattutto, l'art. 345 TFUE, ci sono anche valide ragioni per sostenere che in realtà gli Stati membri hanno la *competenza esclusiva* di legiferare nei confronti delle concessioni demaniali marittime ovunque ubicate prive di *interesse transfrontaliero certo*, anche se nel rispetto dei loro principi costituzionali in materia di concorrenza.

Pertanto, non resta che concludere l'insieme delle considerazioni fin qui svolte, proponendo i seguenti due motivi di riflessione. Innanzitutto, è evidente come, nell'ottica dell'attuale quadro giuridico, sia difficile difendere una tesi del genere, considerando, tra l'altro, che la stessa Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato ha seguito con entusiasmo l'indirizzo della giurisprudenza *Promoimpresa*, fatta eccezione dell'illogica, ancorché illegittima, proroga al

31/12/2023 delle concessioni balneari esistenti. Tuttavia, non si può escludere a priori che, nel caso di un futuro, probabile contenzioso concernente il titolare di una concessione balneare, la tesi proposta da questo scritto possa essere sostenuta ed elaborata ad iniziativa di un Avvocato dotato di coraggio (per sopportare l'incredulità dei sostenitori della tesi ufficiale) e di buona volontà (in vista dell'estesa e complessa ricerca degli argomenti favorevoli nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia).

Inoltre, non si può evitare di riflettere sull'evidente anomalia rappresentata dalla giurisprudenza *Promoimpresa* nel contesto generale della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia concernente la disciplina delle attività economiche rientranti nelle competenze attribuite all'UE dai trattati ai fini dell'attuazione del mercato interno. Per di più, a stretto rigore, occorre considerare che, nell'ottica della sua attuale legittimità, sarebbe necessario estendere questa giurisprudenza a tutte le attività economiche di servizi svolte in un'area limitata ai sensi della direttiva 2006/123/CE, ivi comprese quelle che comportano l'uso di spazi nei mercati e sulle strade comunali, a prescindere dall'illogicità di una siffatta disciplina. In altri termini, l'attuale interpretazione dell'art. 12 della direttiva servizi costituisce un'incomprensibile e, in buona sostanza, ingiustificata eccezione, costituendo l'unico caso nel quale una sentenza del giudice europeo toglie ad uno Stato membro la prerogativa di disciplinare autonomamente l'esercizio di un'attività economica nazionale che non riveste alcun interesse nell'ottica del mercato interno in quanto, essendo priva del c.d. *interesse transfrontaliero certo*, non crea ostacoli alle libertà previste dai Trattati. In questo senso, vale in generale ricordare a titolo di esempio che, nel caso degli appalti di lavori, forniture e servizi c.d. *sotto soglia*, un'ampia giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia disciplina tali attività solo se queste presentano il suddetto carattere.

Giannangelo Marchegiani

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

Trib. Pescara – sent. 29 giugno 2023 n. 933 (est. Ursuleo)

Contratto preliminare – Vendita Immobiliare – Nullità parziale - Patto commissorio – Esclusione

E' affetta da nullità la clausola di un contratto preliminare avente ad oggetto il reciproco impegno delle parti ad indicare, nel definitivo, un prezzo inferiore a quello realmente concordato.

Trattasi di nullità parziale che non si estende all'intero negozio non risultando che le parti abbiano legato la determinazione del prezzo effettivo al vantaggio economico derivante dall'occultamento del corrispettivo pattuito ai fini fiscali che, ai sensi dell'art. 72 D.P.R. 131/1986, viene punito con l'applicazione di una sanzione amministrativa.

Non configura un patto commissorio la clausola di un preliminare con la quale si prevede che al momento del definitivo l'acquirente si obbliga a rivendere al venditore il bene alienatogli da questi.

E' affetta da nullità parziale la clausola del contratto preliminare con la quale il promittente venditore dichiara di avere già ricevuto il prezzo all'atto della sottoscrizione del preliminare stesso con l'assunzione dell'obbligo ad operare la cessione definitiva del bene senza ulteriore corrispettivo. (1)

(omissis)

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ritualmente notificato, *Tizio*, deducendo l'inadempimento di *Caio* e *Sempronia* al contratto preliminare di compravendita, concluso con gli stessi *(omissis)* avente ad oggetto un terreno sito in Cepagatti *(omissis)*, ha adito questo Tribunale, chiedendo emettersi sentenza di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, con trasferimento in proprio favore della proprietà del terreno cennato, con connessi accessori e diritti.

A fondamento della domanda proposta ha allegato:

- a) che i resistenti si erano obbligati, nel preliminare in questione, a cedere l'immobile in parola “a semplice richiesta del sig. *Tizio*”, una volta ultimati, da parte loro, “i lavori di costruzione sulle particelle confinanti il detto terreno e, comunque, entro una data massima di tre anni da oggi”;

b) che *Caio* e *Sempronia* si erano resi inadempienti al preliminare cennato, posto che non avevano costruito alcunché né avevano trasferito la proprietà del terreno al ricorrente, che ne aveva fatto richiesta

Si sono costituiti i resistenti, i quali hanno premesso che:

a) in data 17.7.2007 *Caio* aveva stipulato, quale promissario acquirente, un contratto preliminare di vendita con *Tizio*, avente ad oggetto un terreno, sito in località Cepagatti, (*omissis*)

b) in data 20.6.2008 *Tizio*, in proprio ed in qualità di procuratore di *Mevio*, *Filano* e *Caplurnio* da una parte, e *Caio* e *Sempronia* dall'altra parte, avevano stipulato l'atto definitivo di vendita avente ad oggetto il terreno cennato;

c) contestualmente alla stipula dell'atto in questione, il *Caio* e *Sempronia* avevano sottoscritto con lo Speranza un altro contratto preliminare, nel quale si erano obbligati a "ricedergli" le particelle (*omissis*) e ciò sulla scorta di una previsione contenuta nel preliminare datato 17.7.2007 (art. 10) secondo cui "al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor *Caio* ricede al Sig. *Tizio* il terreno sito in Cepagatti,

(*omissis*)

Così ricostruiti i fatti di causa, i resistenti hanno dedotto la sussistenza di un collegamento negoziale tra i contratti in questione, eccepandone la nullità.

(*omissis*)

In particolare, a tal riguardo, *Caio* e *Sempronia* hanno allegato l'illiceità della causa dei contratti de quibus per essere stati stipulati in frode alla legge, vale a dire in elusione della normativa tributaria di riferimento nonché della normativa urbanistico-edilizia sull'unità minima aziendale richiesta per l'utilizzazione edificatoria dei suoli agricoli.

Gli stessi hanno, inoltre, rilevato la simulazione dell'atto pubblico di vendita datato 20.6.2008 e hanno, poi, dedotto di non aver mai ricevuto il prezzo richiamato nel preliminare di retrocessione stipulato in pari data.

(*omissis*)

I) Domanda di nullità del preliminare datato 17.7.2007, del contratto di vendita del 20.6.2008 e del preliminare di retrocessione del 20.6.2008 frode al fisco

Caio e *Sempronia* hanno eccepito la nullità dei contratti per cui è causa per frode al fisco.

Sostiene, in particolare, parte convenuta che "la somma complessivamente corrisposta dal *Caio* è di euro 79.000,00 mentre la somma inserita nell'atto pubblico è dimezzata, con evasione dell'imposta di registro, catastale, ipotecaria ed eventuale plusvalenza per il venditore" (pag. 2 memoria di costituzione).

Ebbene, a parte la genericità del riferimento alla normativa che si assume violata, l'eccezione in parola è del tutto infondata.

Va premesso che, con il preliminare del 17.7.2017, *Tizio* si è obbligato a vendere a *Caio* l'immobile per cui è causa (*omissis*) al prezzo complessivo di € 79.000,00.

In particolare, quanto alla regolamentazione del corrispettivo, all'art. 2 del contratto in parola le parti hanno così pattuito: "alla firma del presente contratto, la parte acquirente versa alla parte venditrice, che ne rilascia ampia quietanza, la somma di € 34.000,00 (Eurotrentaquattromila/00) a titolo di caparra confirmatoria... la restante somma di € 45.000,00 sarà corrisposta dalla parte acquirente alla parte venditrice alla stipula dell'atto pubblico di trasferimento".

Sempre con riferimento al prezzo, poi, all'art. 3 i contraenti hanno previsto che: "le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita".

Ciò posto, con il contratto definitivo del 20.6.2008 sono state concluse due vendite.

(*omissis*)

Ora, alla luce di quanto appena precisato, si tratta di verificare se i due contratti cennati (vale a dire quello preliminare del 17.7.2017 e quello definitivo del 20.6.2018) siano validi ed efficaci.

Ebbene, con riferimento al contratto preliminare, va rilevato che la clausola di cui all'art. 3, relativa al diverso prezzo da indicare nell'atto definitivo di vendita, è nulla.

Ed invero, come chiarito, al riguardo, dalla Suprema Corte "la clausola, contenuta nel contratto preliminare, avente ad oggetto il reciproco impegno delle parti di indicare nel definitivo un prezzo inferiore a quello realmente concordato, e pari a quello risultante dall'applicazione del moltiplicatore della rendita catastale, è nulla per espressa previsione legislativa" (Cass. 11.7.2012 n. 11749).

In particolare, la Cassazione ha specificato, in proposito, che la pattuizione in parola confligge con il disposto di cui all'art. 72 DPR 131/1986 (che sanziona l'occultamento, anche in parte, del corrispettivo convenuto) ed è nulla, ai sensi dell'art. 62 dell'articolato normativo in parola, che prevede espressamente che "i patti contrari alle disposizioni del presente testo unico, compresi quelli che pongono l'imposta e le eventuali sanzioni a carico della parte inadempiente, sono nulli anche fra le parti".

Ora, fermo quanto appena precisato, va escluso, nel caso di specie, che la clausola in parola sia da ritenersi essenziale, ai sensi dell'art. 1419, comma 1 c.c., di talché la nullità della stessa non travolge l'intero contratto.

Difatti, con un ragionamento seguito dai Giudici di Legittimità nel caso relativo alla pronuncia testé richiamata (vale a dire la n. 11749/2012), ma certamente estensibile alla vicenda in esame, va, innanzi tutto, rilevato che il preliminare di compravendita immobiliare è perfetto nei suoi elementi essenziali anche se non indica esplicitamente il regime fiscale al quale sarà sottoposto.

Inoltre, e per quel che più interessa, parte convenuta non ha allegato, al riguardo, la sussistenza di un rapporto di interdipendenza o di inscindibilità tra la pattuizione in parola con le altre del preliminare, deducendo e dimostrando, in particolare, che queste ultime non avrebbero potuto sussistere in modo autonomo, senza la "depurazione" dal contratto della clausola colpita da nullità.

Ed invero, sotto tale profilo, non risulta che le parti abbiano legato la determinazione del prezzo effettivo al vantaggio economico derivante dall'occultamento parziale del corrispettivo pattuito a fini fiscali.

Pertanto, l'intero contratto preliminare resta valido ed efficace.

Ciò posto, la divergenza tra la pattuizione sul prezzo contenuta nel preliminare (per complessivi € 79.000,00) e quella indicata nel definitivo (per complessivi € 36.000,00) va risolta, dando prevalenza a quest'ultima.

Ed invero, come chiarito, al riguardo dalla Suprema Corte: "nel caso in cui le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, abbiano stipulato un contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che esso sopravviva" (ex multis in tal senso Cass. 14.3.2018 n. 6223 e Cass. 21.12.2017 n. 30735).

Conseguentemente, nel caso di specie deve ritenersi che le parti abbiano inteso effettivamente trasferire la proprietà del terreno per cui è causa al prezzo complessivo di € 36.000,00.

(omissis)

Ora, la questione (del maggior prezzo corrisposto rispetto a quello pattuito) va risolta in termini meramente fiscali e non riverbera sulla validità ed efficacia del contratto in esame.

Difatti, come sopra evidenziato, ai sensi dell'art. 72 T.U. imposta di registro, il fatto del mero occultamento del prezzo viene punito con l'applicazione di una sanzione amministrativa.

Pertanto, alla luce di tutte le argomentazioni che precedono, l'eccezione, sollevata dai convenuti, di nullità dei contratti, in toto, per frode al fisco, è del tutto infondata e, conseguentemente, va rigettata.

Violazione della normativa urbanistico-edilizia.

Sostengono il *Caio* e *Sempronia* che i contratti per cui è causa sarebbero nulli, in quanto pattuiti in elusione della normativa urbanistico-edilizia di riferimento.

(*omissis*)

Ciò posto, si tratta, a questo punto, di verificare se il preliminare datato 20.6.2008, con cui *Caio* e *Sempronia* si sono obbligati a cedere *Sempronio* parte del terreno acquistato (vale a dire quello contraddistinto dalle particelle 31, 334 e 337 ed avente una superficie di 10.734 mq), debba considerarsi confligente con le disposizioni normative testé descritte e, pertanto, nullo.

Ebbene, la risposta è negativa.

Prima di procedere, però, all'esame della questione, appare utile richiamare, in estrema sintesi, la distinzione tra causa e motivo del contratto.

Com'è noto, la causa del contratto è l'assetto di interessi, che i contraenti perseguono attraverso il contratto stesso; il motivo, invece, è la ragione interna, retrostante, sulla scorta della quale le parti hanno posto in essere il contratto medesimo (Cass. 1.12.1992 n. 12830).

Ora, sulla scorta delle prospettazioni di parte convenuta, deve ritenersi che l'illiceità, invocata da quest'ultima (sotto il profilo del contrasto con la normativa cennata sull'unità minima per l'edificazione sui suoli agricoli), non afferisca, in realtà, alla causa del preliminare in questione, che è e resta in sé lecita (ed è rappresentata dall'obbligo, assunto reciprocamente dalle parti, di stipulare il contratto definitivo di vendita avente ad oggetto il terreno agricolo ivi indicato), ma alla ragione pratica, per la quale le parti si sarebbero determinate concretamente a concludere il contratto stesso.

Sostengono, infatti, al riguardo, *Caio* e *Sempronia* che i contraenti avrebbero perseguito "l'intento della restituzione delle particelle 31, 334, 337" (pag. 2 memoria di costituzione) ovvero lo scopo "di aggirare le norme urbanistico/edilizie penali e non penali" (pag. 4 comparsa conclusionale).

Ciò posto, deve escludersi nel caso di specie che il motivo in questione comporti la nullità dell'intero contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 e 1345 c.c. (secondo cui, com'è noto, il contratto è nullo, quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe).

Difatti, se è pur vero che, nella vicenda in esame, il motivo, rappresentato

dal fine pratico di edificare e mantenere la relativa costruzione su una porzione di suolo agricolo avente una superficie inferiore a quella prescritta dalla legge, appare confliggente con la normativa urbanistica cennata, è altrettanto vero, però, che tale motivo difetta del requisito dell'esclusività.

Ed infatti, nel preliminare in questione si legge testualmente che: “la cessione avverrà a semplice richiesta del Sig. *Sempronio*, una volta che i Signori *Caio* e *Sempronia* avranno ultimato i lavori di costruzione sulle particelle confinanti il detto terreno e, comunque, entro una data massima di tre anni da oggi”.

In particolare, l'utilizzo, da parte dei contraenti, della locuzione “comunque” deve far ritenere che gli stessi non abbiano inteso subordinare, in via esclusiva, l'obbligo di cessione delle particelle in questione (da parte dei promittenti venditori) al verificarsi del fatto dell'ultimazione dei lavori di edificazione, ma che questi ultimi abbiano inteso, in realtà, prevedere, altresì, la possibilità, per lo *Sempronio*, di pretendere, in via alternativa e, dunque, a prescindere dai lavori medesimi, la cessione in parola, a semplice richiesta, una volta decorso il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto in oggetto.

A ciò si aggiunga che, con il contratto in oggetto, i convenuti si sono obbligati a cedere all'attore una porzione di terreno più ampia rispetto a quella, che lo stesso aveva loro trasferito.

(*omissis*)

Conclusivamente, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la censura di illiceità dei contratti in questione, per elusione della normativa urbanistico-edilizia di riferimento, si rivela del tutto infondata e, conseguentemente, va rigettata.

Simulazione

Sostengono *Caio* e *Sempronia* che il contratto di vendita del 20.6.2008 (atto di cui al rogito del Notaio Michele Albergo, rep. n. 31263, racc. n. 13734) sarebbe simulato.

(*omissis*)

In realtà, il rilievo in questione è agevolmente superabile, se si considera che la simulazione in questione appare contraddetta dal fatto (incontestato) dell'avvenuto trasferimento, in loro favore, di tutte e cinque le particelle per cui è causa (vale a dire quelle contraddistinte catastalmente ai n. 31,334,337,320 e 325, foglio 14, Comune di Cepagatti).

I convenuti, peraltro, neppure hanno allegato di avere stipulato con l'attore un diverso contratto di vendita avente ad oggetto le due particelle, che

sarebbero, in ogni caso, residue in loro favore all'esito della retrocessione in questione (vale a dire la n. 320 e la n. 325).

Conseguentemente, l'eccezione in parola va rigettata.

Violazione del divieto del patto commissorio.

La doglianza, pure formulata dal *Caio* e dalla *Sempronia*, risulta del tutto generica.

Ed invero, premesso che parte convenuta neppure ha specificato quale dei contratti per cui è causa sarebbe affetto dalla nullità in questione, è appena il caso rilevare, al riguardo, che il generico riferimento alla funzione di garanzia piuttosto che a quella tipica della vendita, nel contratto, non appare di per sé sufficiente ai fini della configurazione di un illecito patto commissorio.

Pertanto, anche questa eccezione va rigettata.

(*omissis*)

II) Domanda riconvenzionale subordinata di nullità del contratto preliminare del 20.6.2008

La domanda è fondata e, conseguentemente, va accolta.

Va premesso, al riguardo, che, nel contratto preliminare in parola, si legge testualmente che “il prezzo della detta cessione i signori *Caio* e *Sempronia* dichiarano di averlo già ricevuto con la firma della presente scrittura e, pertanto, la detta cessione avverrà senza ulteriore corrispettivo”.

Ebbene, tale dichiarazione, in assenza di altre indicazioni delle parti circa l'ammontare del prezzo, o i criteri di determinazione dello stesso, non soddisfa, di per sé, i requisiti di determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c.

In tal senso, si è espressa, infatti, recentemente la Suprema Corte, con riferimento ad una dichiarazione di analogo tenore riportata nell'atto di costituzione del diritto di usufrutto su bene immobile, ma con un ragionamento certamente estensibile a tutti i contratti per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam, tra cui lo stesso preliminare di vendita immobiliare (Cass. 24.2.2022 n. 6142).

Scrivono, invero, al riguardo, i Giudici di Legittimità che: “Nei negozi formali la volontà delle parti deve rivestire la forma scritta prevista per la validità almeno per quanto riguarda gli elementi essenziali (consenso, “res”, “pretium”)... La determinazione (o determinabilità) dell'oggetto nei contratti formali è soddisfatta quando la scrittura contenga, più precisamente, gli elementi e i criteri prestabiliti di individuazione o rinvii - a tale scopo - ad

un elemento esterno in funzione integrativa del contenuto dell'accordo (cd. relatio)... Ove - eventualmente mediante la relatio - sia richiamato un dato esterno già esistente per completare la dichiarazione negoziale, occorre garantire ad un tempo il rispetto dei requisiti di determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.), e quelli di forma imposti dall'art. 1350 c.c., apparendo comunque insufficiente la sola dichiarazione di aver già corrisposto il prezzo, essendo impossibile individuarne l'entità o i criteri per determinarlo in base allo scritto... ad integrare l'atto scritto richiesto "ad substantiam", non è sufficiente un qualsiasi documento, ma è necessario uno scritto contenente la manifestazione di volontà, posto in essere dalle parti al fine specifico di manifestarla: nonbasta una dichiarazione di quietanza, la quale presuppone il contratto e dà la prova dell'avvenuto pagamento, ma non pone in essere il contratto stesso" (Cass. 24.2.2022 n. 6142 cit.).

Orbene, volendo applicare le coordinate giurisprudenziali in questione al caso di specie, va rilevato che la dichiarazione sopra descritta non contiene alcuna espressa indicazione circa l'ammontare del prezzo o i criteri di determinazione (sia pure de relato) dello stesso.

Conseguentemente, trattandosi di mera quietanza, la dichiarazione in parola non assicura la determinazione (o determinabilità) in forma scritta di un elemento essenziale del contratto quale, appunto, il prezzo.

Pertanto, il preliminare in parola è da ritenersi nullo per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 1346 c.c. e 1350 n. 4 c.c.

(omissis)

NOTA (1) ISTITUTI CIVILISTICI CLASSICI IN OPERAZIONI ECONOMICHE MODERNE

Sommario: §. 1 La vicenda in breve; § 1.2. Il ricorso ex art. 702 bis c.p.c.; §1.3. La posizione del resistente; § 2 Le eccezioni di nullità del contratto preliminare del 17 luglio 2007 del suo successivo contratto definitivo di compravendita del 20 giugno 2008 nonché del contratto preliminare di retrocessione sempre stipulato il 20 giugno 2008; § 2.1 La nullità parziale; §2.1.1. Le critiche ; § 2.1.1.1. Il test di essenzialità; § 3. Il rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo; § 3.1. Causa e motivi; § 4 Il fenomeno del collegamento negoziale; § 5 Il divieto del patto commissorio; § 6 La dichiarazione di nullità del contratto preliminare del 20 giugno 2008.

§ 1 La vicenda in breve

Il 17 luglio 2007 Tizio (ricorrente nell'odierno giudizio) e Caio sottoscrivono un contratto preliminare di compravendita immobiliare. Nella specie Tizio si impegnava a cedere a Caio che si impegnava ad acquistare un terreno contraddistinto con le seguenti particelle 31, 334, 337, 320 e 325.

Successivamente in data 20 giugno 2008 veniva sottoscritto il contratto definitivo di compravendita del terreno sopra indicato. Dunque Caio diveniva titolare del diritto di proprietà delle predette particelle di terreno 31, 334, 337, 320 e 325.

Il contratto preliminare del 17 luglio 2007 prevedeva un prezzo di vendita pari a euro 79.000,00 mentre il successivo contratto definitivo di compravendita è stato sottoscritto al prezzo di euro 36.000,00.

Tranne la discrasia tra i due prezzi (che si vedrà assumere importanza) fin qui non c'è molto da segnalare.

Fin qui, appunto.

Infatti nella medesima data in cui venne sottoscritto il predetto contratto definitivo di compravendita immobiliare, il neo proprietario Caio a mezzo contratto preliminare si impegnava a retrocedere al suo dante causa Tizio alcune di quelle particelle di terreno appena acquistate. Nella specie, Caio si obbligava a cedere a Tizio le particelle 31, 334 e 337 e ciò sulla scorta di una previsione contenuta nel contratto preliminare del 17 luglio 2007 (quello per intenderci in cui Tizio si obbligava a cedere a Caio le particelle 31, 334, 337, 320 e 325) secondo la quale «al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor Caio riceve al signor tizio il terreno riportato alla foglio di mappa catastale con particelle 334, 337 e 31». Caio non adempiva a tale obbligo di retrocessione.

§ 1.2. Il ricorso ex art. 702 bis c.p.c.

Tizio dunque agiva con un giudizio di esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c. facendo leva su una clausola prevista nel contratto preliminare di compravendita in retrocessione del 20 giugno 2008 secondo la quale Caio si era obbligato, nel preliminare in questione, a cedere l'immobile in parola "a semplice richiesta del sig. Tizio", una volta ultimati, da parte loro (da parte di Caio cioè), "i lavori di costruzione sulle particelle confinanti il detto terreno e, comunque, entro una data massima di tre anni da oggi".

Caio, come detto, si era reso inadempiente a questo contratto preliminare di retrocessione posto che non aveva costruito alcunché né aveva trasferito la proprietà del terreno Tizio che ne aveva fatto richiesta. Da qui dunque l'azione giudiziaria intrapresa da Tizio contro Caio con cui chiedeva

al Tribunale di Pescara di emettere sentenza di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile afferente dunque l'obbligo di concludere il contratto definitivo con trasferimento a proprio favore della proprietà delle dette particelle 31 334 e 337

La questione sottoposta all'esame del Tribunale è risultata essere di particolare complessità involgendo molti istituti classici del Diritto Civile.

§ 1.3. La posizione del resistente

Il resistente Caio aveva eccepito la sussistenza di un collegamento negoziale tra tutti i contratti in questione. Dunque un collegamento negoziale tra: (i) il contratto preliminare del 17 luglio 2007 cui seguì il contratto definitivo del 20 giugno 2008 (che ricordiamolo nuovamente avevano ad oggetto il trasferimento del diritto di proprietà delle particelle di terreno 31, 334, 337, 320 e 325) nonché il coevo contratto preliminare di compravendita in retrocessione (sempre del 20 giugno 2008) ove il neo acquirente Caio si obbligava a retrocedere a Tizio alcune di quelle particelle di terreno e segnatamente le particelle 31, 334 e 337.

Il collegamento negoziale era poi fondato proprio su una clausola contenuta nel contratto preliminare del 17 luglio 2007 (quello per intenderci in cui Tizio si obbligava a cedere a Caio le particelle 31, 334, 337, 320 e 325) secondo la quale «al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor Caio riceve al signor tizio il terreno riportato alla foglio di mappa catastale con particelle 334, 337 e 31».

Caio (che nella sentenza in commento è resistente al ricorso di Tizio) nelle sue difese ha ritenuto sussistere la illiceità della causa dei contratti de quibus per essere stati essi a suo dire sottoscritti in frode alla legge, vale a dire in elusione della normativa tributaria di riferimento nonché della normativa urbanistico-edilizia sulla unità minima aziendale richiesta per l'utilizzazione edificatoria dei suoli agricoli.

Caio dunque richiedeva «in via riconvenzionale, dichiararsi la nullità del preliminare del 17.7.2007, dell'atto pubblico del 20.6.2008 e del preliminare del 20.6.2008, geneticamente collegati tra loro (...) e in caso di dichiarazione di nullità degli atti collegati, subordinarsi la restituzione del terreno acquistato dai convenuti alla preventiva restituzione del prezzo di 79.000,00 euro da parte dei venditori in termine prefiggendo».

Con la prima memoria ex art. 183 comma 6, n. 1 c.p.c. precisavano la domanda richiedendo anche che «In caso di mancato accoglimento, ad

integrazione della stessa ed in subordine, attesa l'omessa pattuizione del prezzo di vendita degli immobili nel preliminare del 20/06/2008 (prezzo peraltro mai corrisposto dallo Speranza), si chiede che sia dichiarata la nullità del citato contratto preliminare del 20/6/2008 per indeterminatezza dell'oggetto ovvero che sia comunque rigettata la domanda perché, allo stato, improponibile in assenza della determinazione del prezzo ex art. 1474 cc».

Caio inoltre con la memoria n. 2 ex art. 183, comma 6, c.p.c. ha, altresì, eccepito l'elusione, con il preliminare di retrocessione del 20 giugno 2008, del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. altresì eccepito la simulazione dell'atto pubblico di compravendita del 20 giugno 2008.

Il Tribunale prima di esaminare la fondatezza o meno della azione di esecuzione forzata in forma specifica del contratto preliminare di retrocessione del 20 giugno 2008 ha dovuto previamente valutare la validità e la efficacia di questo contratto preliminare di retrocessione anche alla luce delle censure sollevate dal resistente Caio su tutti e tre i contratti, (i) il contratto preliminare del 17 luglio 2007, (ii) il successivo contratto definitivo del 20 giugno 2008, (iii) il contratto preliminare di retrocessione sempre sottoscritto in data 20 giugno 2008.

La sentenza ha l'indubbio arduo compito di dover esaminare molti istituti classici del diritto dei contratti: in particolare quelli su: (i) la causa; (ii) collegamento negoziale e (ii) patto commissorio.

§ 2 Le eccezioni di nullità del contratto preliminare del 17 luglio 2007 del suo successivo contratto definitivo di compravendita del 20 giugno 2008 nonché del contratto preliminare di retrocessione sempre stipulato il 20 giugno 2008

La prima eccezione sollevata dal resistente Caio ha ad oggetto la domanda di nullità del contratto preliminare del 17 luglio 2007 del suo successivo contratto definitivo di compravendita del 20 giugno 2008 nonché del contratto preliminare di retrocessione sempre stipulato il 20 giugno 2008.

Sostiene, in particolare, parte convenuta che “la somma complessivamente corrisposta dal Caio è di euro 79.000,00 mentre la somma inserita nell'atto pubblico è dimezzata, con evasione dell'imposta di registro, catastale, ipotecaria ed eventuale plusvalenza per il venditore”.

La questione è sul punto interessante. Infatti, in ordine alla regolamentazione del corrispettivo, all'art. 2 del contratto preliminare del 17 luglio 2007 le parti hanno così pattuito: «alla firma del presente contratto, la parte acquirente (Caio) versa alla parte venditrice (Tizio), che ne rilascia ampia quietanza,

la somma di € 34.000,00 a titolo di caparra confirmatoria... la restante somma di € 45.000,00 sarà corrisposta dalla parte acquirente alla parte venditrice alla stipula dell'atto pubblico di trasferimento».

Tuttavia, il preliminare in questione all'art 3 prevedono una clausola che sembrerebbe cozzare con quella appena indicata, laddove viene pattuito che «le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita».

Il Tribunale rigetta l'eccezione di nullità di questi tre contratti ma al contempo dichiara nulla ai sensi dell'art. 1419 c.c. la clausola 3 appena citata relativa al diverso prezzo da indicare nel contratto definitivo di compravendita del 20 giugno 2008.

Il Tribunale nella sentenza annotata ritiene nulla questa clausola del contratto preliminare del 17 luglio 2007 citando un precedente giurisprudenziale secondo il quale « la clausola, contenuta nel contratto preliminare, avente ad oggetto il reciproco impegno delle parti di indicare nel definitivo un prezzo inferiore a quello realmente concordato, e pari a quello risultante dall'applicazione del moltiplicatore della rendita catastale, è nulla per espressa previsione legislativa» (il riferimento legislativo è l'art 72 del dpr 131/1986).

La sentenza a questo punto indaga se tale nullità possa o meno coinvolgere l'intero contenuto contrattuale (ex art. 1418 c.c.) ovvero determini una nullità parziale ex art. 1419 c.c.

L'art. 1419 c.c. statuisce che «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

§ 2.1 La nullità parziale¹

*In dottrina vi sono due orientamenti; un primo, minoritario², secondo cui la valutazione di cui al 1° comma deve essere condotta in senso **soggettivo**, con riferimento cioè alla volontà delle parti (); un secondo, prevalente, per il quale l'estensione della nullità parziale all'intero contratto va condotta secondo criteri oggettivi, guardando cioè all'utilità del contratto, depurato dalla parte colpita dalla nullità, rispetto agli interessi con esso perseguiti³.*

1. Cfr. per tutti TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Rass. Trim. dir. e proc. civ.* 1978

2. CRISCUOLI, *La nullità parziale nel negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 231.

3. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, 244; TOMMA-

Uno dei principali criteri utilizzati per determinare la separabilità delle clausole è l'approccio soggettivo, che si concentra sull'analisi dell'intenzione delle parti contraenti al momento della stipula del contratto. Questo approccio è cruciale perché cerca di identificare la volontà delle parti riguardo alla preservazione degli effetti del contratto anche in presenza di clausole invalide o nulle. L'approccio soggettivo alla separabilità delle clausole nei contratti trova le sue radici nella teoria contrattualistica classica, che pone un forte accento sulla volontà delle parti come elemento centrale nella formazione e nell'interpretazione dei contratti. Secondo questa prospettiva, le parti che si impegnano in un contratto sono presumibilmente le migliori interpreti delle proprie intenzioni, e quindi la loro volontà espressa nel contratto dovrebbe essere rispettata il più possibile. La teoria della separabilità soggettiva si basa su questa premessa, cercando di stabilire se le parti avevano l'intenzione di far rispettare il contratto anche in presenza di clausole invalidi. Tra i principali riferimenti dottrinali, si può menzionare l'influenza di autori come Adolf Merkl e Friedrich Kessler. Adolf Merkl, ad esempio, sottolinea che il principio della separabilità delle clausole si basa sulla presunzione che le parti hanno stipulato il contratto con l'obiettivo di realizzare determinati scopi, indipendentemente dalla validità o dall'invalidità di singole clausole. Pertanto, secondo Merkl, se una clausola è considerata invalida, questa dovrebbe essere separata dal contratto solo se la volontà delle parti era quella di mantenere il contratto in piedi nonostante l'invalidità della clausola in questione.

Nonostante l'approccio soggettivo abbia ricevuto ampio supporto in dottrina e giurisprudenza, presenta alcuni limiti e critiche. Una delle principali critiche è che la determinazione dell'intenzione delle parti può essere complessa e soggettiva. Le parti potrebbero non aver previsto esplicitamente la possibilità di clausole invalide, rendendo difficile stabilire con certezza l'intenzione delle parti in caso di contestazioni. Inoltre, l'approccio soggettivo potrebbe non essere adeguato in situazioni in cui una delle parti è in una posizione di vantaggio significativo rispetto all'altra nella negoziazione del contratto. In tali casi, potrebbe essere necessario proteggere la parte più debole da clausole ingiuste o abusive, anche se le parti non hanno esplicitamente discusso la separabilità delle clausole.

La giurisprudenza più recente ha abbandonato la visione soggettivistica affermata in alcune vecchie pronunce⁴ per aderire invece all'interpretazione

SINI, Nullità, in *Enc. Dir.* XXVIII, Milano, 1978, p. 978.

4. Cfr. Cass. civ., 14/02/1974, n. 420 : «L'art. 1419, comma 1, c.c., in deroga alla regola della non estensibilità della nullità (utile per inutile non vitiatur), stabilisce che la nullità parziale di un contratto, o la nullità di singole clausole, importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti - od anche uno solo di essi - non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità», in *Foro it.*, 1974.

oggettiva della norma, in considerazione quindi dell'utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti⁵. In particolare è stata esclusa la conservazione del contratto nell'ipotesi in cui la clausola nulla si trovi con le altre pattuizioni in tale rapporto di inscindibilità da non potersi considerare l'una senza le altre⁶. Parte della giurisprudenza ha inoltre affermato che l'estensione della nullità all'intero contratto si verifica quando la nullità delle parti o della singola clausola si riferisce ad un elemento essenziale del negozio⁷.

L'impostazione moderna, adottata anche dalla sentenza in esame, per determinare la separabilità delle clausole è data ad un approccio oggettivo, che si focalizza sull'analisi degli effetti pratici e dell'equilibrio contrattuale generale. Questo approccio è di notevole rilevanza poiché cerca di valutare se la rimozione di una clausola invalida possa avvenire senza alterare in modo sostanziale l'efficacia e la funzionalità del contratto.

A differenza dell'approccio soggettivo, che si basa sull'intenzione delle parti, l'approccio oggettivo considera la validità delle clausole in relazione all'effetto pratico che la loro rimozione avrebbe sul contratto nel suo complesso. Questo approccio parte dal presupposto che le parti non avrebbero voluto che il contratto fosse soggetto a modifiche significative a seguito della nullità di una clausola, a meno che la clausola invalida non fosse cruciale per il contratto stesso. Uno degli autori che ha contribuito a consolidare l'approccio

5. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 05/07/2000, n. 8970 «In tema di contratti conclusi mediante utilizzazione di moduli o formulari predisposti da una delle parti, l'inserimento in essi di una clausola non comporta automaticamente la essenzialità della stessa, con la conseguente estensione della sua eventuale nullità all'intero contratto, essendo, invece, necessaria al riguardo un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, rimesso al giudice di merito ed incensurabile in cassazione se adeguatamente e razionalmente motivato».

6. Cass. civ., 15/12/1982, n. 6917, in *Mass. Giur. it.*, 1982 «La nullità di una parte o di una clausola di un contratto invalida l'intero negozio, senza che possa operare il principio di conservazione del contratto, allorché la nullità si riferisca ad un elemento essenziale di esso, ovvero sia in correlazione inscindibile con il rimanente regolamento di interessi e funzioni da condicio causam dans o sine qua non»; Cass. civ., 19/04/1982, n. 2411, in *Mass. Giur. it.*, 1982 «In caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola e il patto nullo si riferiscono ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto di interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo».

7. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 19/07/2002, n. 10536 in *Arch. Civ.*, 2003, 531 «Il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del codice civile, è la regola mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione che deve essere provata dalla parte interessata e si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità», ma anche cfr. Cass. civ., Sez. II, 29/05/1995, n. 6036 in *Mass. Giur. it.*, 1995 «La nullità della clausola che esclude dalla compravendita di un appartamento in un edificio in condominio il diritto all'uso dell'area comune destinata a parcheggio con atto negoziale tra i condomini non può giustificare una pretesa risarcitoria del venditore perchè questa presuppone un illecito contrattuale o extracontrattuale dell'altra parte».

oggettivo è Friedrich Kessler. Kessler ha argomentato che il principio della separabilità delle clausole è basato sull'idea che il contratto dovrebbe rimanere in vigore nella misura massima possibile, a meno che la presenza di una clausola invalida non alteri in modo significativo l'equilibrio contrattuale o l'oggetto principale del contratto. Pertanto, la validità di una clausola dovrebbe essere giudicata in base alla sua importanza nell'ambito del contratto nel suo complesso.

A questo punto, la sentenza che qui si commenta, dichiara che la nullità dell'art. 3 del contratto preliminare del 17 luglio 2007 (che, ricordiamo, prevedeva «le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita») non abbia intaccato l'intero corpus contrattuale.

Si legge: «con un ragionamento seguito dai Giudici di Legittimità nel caso relativo alla pronuncia testé richiamata (vale a dire la n. 11749/2012), ma certamente estensibile alla vicenda in esame, va, innanzi tutto, rilevato che il preliminare di compravendita immobiliare è perfetto nei suoi elementi essenziali anche se non indica esplicitamente il regime fiscale al quale sarà sottoposto. Inoltre, e per quel che più interessa, parte convenuta non ha allegato, al riguardo, la sussistenza di un rapporto di interdipendenza o di inscindibilità tra la pattuizione in parola con le altre del preliminare, deducendo e dimostrando, in particolare, che queste ultime non avrebbero potuto sussistere in modo autonomo, senza la “depurazione” dal contratto della clausola colpita da nullità. Ed invero, sotto tale profilo, non risulta che le parti abbiano legato la determinazione del prezzo effettivo al vantaggio economico derivante dall'occultamento parziale del corrispettivo pattuito a fini fiscali. Pertanto, l'intero contratto preliminare resta valido ed efficace». *La motivazione non ci convince specie laddove immediatamente dopo viene scritto: «Ciò posto, la divergenza tra la pattuizione sul prezzo contenuta nel preliminare (per complessivi € 79.000,00) e quella indicata nel definitivo (per complessivi € 36.000,00) va risolta, dando prevalenza a quest'ultima. Ed invero, come chiarito, al riguardo dalla Suprema Corte: “nel caso in cui le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, abbiano stipulato un contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che esso sopravviva”* (ex multis in tal senso Cass. 14.3.2018 n. 6223 e Cass. 21.12.2017 n. 30735). Conseguentemente,

nel caso di specie deve ritenersi che le parti abbiano inteso effettivamente trasferire la proprietà del terreno per cui è causa al prezzo complessivo di € 36.000,00».

La sentenza certamente ben dice che «il preliminare di compravendita immobiliare è perfetto nei suoi elementi essenziali anche se non indica esplicitamente il regime fiscale al quale sarà sottoposto», *ma al contempo forse non soppesa adeguatamente le clausole 2 e 3 del contratto preliminare del 17 luglio 2007 (così come riportate in sentenza).*

§ 2.1.1. Le critiche

Nel preliminare infatti le parti non si limitano ad omettere il regime fiscale al quale il definitivo sarà sottoposto. Le parti infatti: dapprima nell'art. 2 indicano quale sarà (necessariamente) il prezzo finale (euro 79.000,00) e, dall'altro, si accordano (sbagliando) di fissare nel definitivo un prezzo con «valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita».

Le parti, dunque, esplicitano proprio la futura divergenza tra ciò che è il vero prezzo e quello che verrà indicato nel definitivo. La finalità era fin troppo ovvia: pagare meno imposte. Ma la finalità di pagare meno imposte, che non è di per sé illecita, diviene civilisticamente illecita laddove si vada ad incidere su una clausola essenziale quale è il prezzo nel contratto di compravendita.

Nella specie nel preliminare le parti prevedono un prezzo reale (79.000,00 euro), poi prevedono una clausola “ponte” ove si accordano che il prezzo che verrà indicato nel definitivo non sarà 79.000,00 euro ma 39.000,00. Poi nel definitivo, in omaggio a quella clausola “ponte”, prevedono che il prezzo sia appunto di 39.000,00.

Se le cose stanno in questa maniera la clausola “ponte” colpita da nullità ex art. 1419 c.c. avrebbe dovuto estendersi sia al preliminare medesimo sia al definitivo.

Infatti le parti non si sono limitate ad omettere l'indicazione del regime fiscale (fatto questo che non avrebbe colpito di nullità l'intero contratto, come giustamente detto dalla sentenza in commento) ma hanno proprio esplicitato la finalità elusiva perseguita. Non avrebbe infatti senso dire in sede di preliminare che il prezzo è di 79.000,00 euro e poi immediatamente dopo accordarsi che il definitivo dovrà avere un prezzo inferiore. Sotto l'angolo del puro diritto civile non si conviene un prezzo complessivo per poi obbligarsi a pagarne un prezzo dimezzato. Ciò accade solo laddove le parti si fidano l'una dell'altra, ma in quel caso evitano di scrivere che il futuro definitivo avrà un prezzo inferiore. Se invece non si fidano, commettono l'errore di esplicitare tale volontà

con la conseguenza che tale esplicitazione diviene nulla. Ma, se diviene nulla quella esplicitazione (nel nostro caso la clausola 3 del preliminare del 17 luglio 2007 «le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita») lo diviene anche la clausola del contratto definitivo che "recepisce" quella clausola nulla (nel nostro caso la clausola del definitivo che fissa in complessivi 36.000,00 euro e non il complessivo 79.000,00 euro il prezzo complessivo di vendita).

La sentenza in esame, invece, si limita a dire che il prezzo di 79.000,00 euro fissato in preliminare sarebbe (e lo vedremo tra poco) irrilevante, stante la prevalenza del definitivo sul preliminare e la clausola n. 3 più volte citata sarebbe "isolatamente" nulla poiché non risulterebbe la sua essenzialità rispetto all'intero contratto preliminare. La conclusione non sembra convincere: il preliminare aveva sì il prezzo fissato a 79.000,00 euro ma trattandosi appunto di un preliminare e come tale privo di efficacia traslativa, le parti nella loro operazione economica, non volevano pagare "troppe imposte" al momento della sottoscrizione del contratto definitivo, da qui la clausola dichiarata nulla secondo la quale «le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita». Poiché, come giustamente evidenziato dalla sentenza, il contratto definitivo in linea di principio prevale sul contratto preliminare, occorre necessariamente conoscere quale sia la genesi di una clausola essenziale come quella sul prezzo in tema di contratto di compravendita. Limitarsi a dire che il prezzo di 36.000,00 fissato in sede di definitivo è il prezzo "giusto" poiché così è scritto nel definitivo che in linea di principio prevale sul preliminare, significa "nascondere la testa nella sabbia" e non avvedersi che quel prezzo formale indicato in sede di definitivo (euro 36.000,00) altro non era se non il frutto di un accordo elusivo che era alla base della stessa operazione economica di compravendita. Dunque un intento elusivo che incidendo su quella che è la clausola per autonomia del contratto (preliminare) di compravendita, ossia la clausola del prezzo, non avrebbe che potuto determinare la nullità di tutto il preliminare del 2007 che del suo successivo definitivo del 2008⁸.

Ciò emergerebbe anche dalla stessa successione numerica del contratto preliminare del 2007. E anzi ciò sarebbe imposto proprio dai criteri ermeneuti-

8. Il preliminare ed il definitivo sono infatti due contratti collegati e, dunque, come tali, ciascuno conserva la propria causa (causa interna del preliminare e causa interna del definitivo), ma proprio perché "collegati" vi è sempre una "causa di collegamento" che giustifica la sussistenza di due contratti. Ciò del resto (e lo si vedrà meglio nel paragrafo dedicato ai rapporti tra preliminare e definitivo ma anche nel paragrafo dedicato al fenomeno del collegamento negoziale), non avrebbe senso lo stesso contratto preliminare che, lo ricordiamo, è un contratto preparatorio.

*ci imposti dal codice civile in tema di contratto: tra i quali spiccano l'art. 1362 comma 1 c.c. («Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole») che vedremo avere un ruolo essenziale nella individuazione della causa del contratto e per quello che in questo momento ci interessa, l'art. 1363 c.c. «Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto». Infatti nell'art. 2 le parti si accordano per pagare quelle particelle 79.000,00 euro ma subito dopo si dicono che il definitivo (che a differenza del preliminare ha efficacia pienamente traslativa) non dovrà avere quel prezzo, ma un prezzo inferiore («le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita»). E per quale **motivo**? Per pagare meno imposte. A questo punto l'interrogativo deve essere: se non fosse possibile pagare meno imposte e le parti fossero costrette ad indicare nel definitivo il vero prezzo di 79.000,00 le stesse compierebbero comunque la loro odierna operazione economica? Era questo l'interrogativo che andava posto e al quale andava data una risposta. Se la risposta fosse stata negativa il preliminare ed il successivo definitivo sarebbero stati entrambi nulli. Limitarsi a dire che la parte resistente «non ha allegato, al riguardo, la sussistenza di un rapporto di interdipendenza o di inscindibilità tra la pattuizione in parola con le altre del preliminare, deducendo e dimostrando, in particolare, che queste ultime non avrebbero potuto sussistere in modo autonomo, senza la “depurazione” dal contratto della clausola colpita da nullità » significa non avere forse colto il vero problema: le parti con il contratto preliminare ed il successivo contratto definitivo cosa volevano raggiungere? Quale era, diversamente detto il loro motivo? La risposta è nella clausola 3 più volte citata. E trattandosi di un motivo illecito comune ad entrambi, il contratto preliminare del luglio 2007 ed il successivo definitivo del giugno 2008 sarebbero stati nulli “almeno” ai sensi dell'art. 1345 c.c.*

Purtroppo la sentenza non sembra fare in questa parte della motivazione alcun riferimento, che invece sembra essere fatta nel capo dedicato alla violazione delle norme urbanistico edilizie. E in quel capo, viene commesso a parere di chi scrive un errore laddove viene confuso lo scopo pratico perseguito dalle parti con l'istituto dei “motivi”. Ci limitiamo ad accennare che le intenzioni e dunque lo scopo che le parti intendono concretamente (e non accademicamente) raggiungere con un contratto sono essenziali e non vanno confusi con i “motivi”. Il motivo è soggettivo (mi compro la casa per andarci con la mia famiglia), lo scopo pratico è mi compro quella casa per poterla utilizzare. Del resto lo scopo pratico è il perché del contratto ed il risultato finale che con quel contratto voglio realizzare. Diversamente l'art. 1362 comma 1 c.c. («Nell'interpretare il

contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole») *non avrebbe ragione di esistere*.

§ 2.1.1.1. Il test di essenzialità

La sentenza inoltre sembra imporre al resistente il test di essenzialità ex art. 1419 c.c.

In realtà è il Tribunale che deve compierlo. La nullità di una clausola (o di una parte) del contratto infatti, porta normalmente il contratto ad essere tutto nullo (art. 1418 comma 1 c.c.) a meno che non emerga che le parti avrebbero concluso comunque quel contratto anche senza la clausola (o la parte) colpita da nullità. E poiché la nullità è per definizione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado è il Tribunale che deve eseguire sua sponte il test di essenzialità. Del resto è lo stesso art. 1419 comma 1 a farlo intendere: «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto (la regola n.d.r.), se risulta (a chi risulta? Al Tribunale evidentemente n.d.r.) che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità».

§ 3. Il rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo

Merita un approfondimento il rapporto tra preliminare e definitivo. Questo rapporto è stato esaminato nel paragrafo precedente solamente sotto l'angolo prospettico che interessava ai fini dell'odierno commento.

Tuttavia qualche altro spunto di riflessione sembra essere possibile.

Più precisamente secondo la sentenza in commento il contratto preliminare sarebbe un contratto autonomo, ben distinto dal definitivo. La fonte del rapporto finale, sarebbe sempre e solo costituita dal contratto definitivo, perché è solo da questo momento che avviene il trasferimento del diritto (se trattasi di contratto ad effetti reali) o l'assunzione dell'obbligazione (se il preliminare riguarda un contratto ad efficacia obbligatoria). Da ciò discenderebbe, quanto alla causa, che ciascuno dei due contratti conserverebbe una causa propria. Il preliminare avrebbe come causa la stipulazione del definitivo, mentre il definitivo avrebbe la causa propria del contratto posto in essere, restando assolutamente in secondo piano la cosiddetta causa solutionis (ad es. il definitivo di vendita avrà la causa della vendita).

Che il contratto definitivo sia un vero e proprio negozio giuridico, indipendente dal preliminare, è stato contestato da un autore (Montesano⁹) che ha proposto una ricostruzione originale, ma rimasta quasi isolata in dottrina, in base alla quale il definitivo sarebbe in realtà un atto dovuto non negoziale.

Il negozio giuridico, infatti, è un atto di volontà che anche se talvolta non può influire sul contenuto, perlomeno offre al contraente la scelta di contrarre o meno. Qui invece il contraente non solo non ha la possibilità di scegliere il contenuto dell'atto, ma non ha neanche la possibilità di scegliere se contrarre o no, dovendo necessariamente stipulare il definitivo. D'altronde la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo del definitivo dimostra che la fonte del rapporto negoziale definitivo non è la volontà delle parti ma il solo preliminare.

*A questo punto, allora, occorre precisare che valore abbia, per questa teoria, la stipula del definitivo, posto che dal preliminare non segue alcun effetto oltre a quello dell'obbligo di contrarre, e considerato che, però, è dal definitivo che conseguono gli effetti finali del rapporto: il definitivo sarebbe, secondo Mirabelli¹⁰, **condizione di efficacia** del contatto preliminare. Il preliminare, cioè, avrebbe un unico effetto iniziale, quello di obbligare a concludere il definitivo, per poi acquistare tutta la sua efficacia nel momento in cui questo viene stipulato.*

*In conclusione, secondo questa tesi, è dal contatto preliminare che discendono gli **effetti** del rapporto giuridico posto in essere tra le parti; mentre il definitivo si pone come atto dovuto e quindi è parificabile ad un atto di adempimento.*

*Quanto alla **causa**, il definitivo sarebbe caratterizzato da una causa solutionis, mentre la causa dell'operazione intera è inerente al preliminare. Ad esempio, è noto che nella vendita la causa è costituita dallo scambio di cosa contro prezzo; la causa della vendita sarebbe ravvisabile nel preliminare, mentre il definitivo sarebbe caratterizzato solo da una causa solutionis.*

Sempre seguendo lo sviluppo della sentenza qui in commento i resistenti avevano altresì sollevato l'eccezione di nullità del contratto preliminare di retrocessione del 20 giugno 2008, in quanto confliggente con la normativa urbanistico – edilizia di riferimento.

In particolare stante la natura collegata del contratto in parola, secondo la ricostruzione dei resistenti, il contratto preliminare del 20 giugno 2008

9. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. Dir. civ.*, 1987; ID., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1979; ID., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1970; ID., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

10. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3a ed., in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980.

avrebbe avuto l'intento della restituzione delle particelle 31, 334 e 337 al fine di aggirare le norme urbanistico / edilizie penali e non penali.

Tralasciando in questa sede la specifica questione delle norme urbanistiche che si ritenevano violate, il Tribunale ritiene che codeste finalità assumerebbero rilievo in un'ottica di motivo individuale e non anche come motivo illecito comune ad entrambe che, invece, avrebbe determinato la nullità dell'intero contratto.

Il fatto è doppiamente curioso. Della rilevanza dei motivi illeciti il Tribunale non si pone alcun interrogativo nel rapporto tra preliminare del 17 luglio 2008 e del suo successivo contratto definitivo del 20 giugno 2008, che per inciso avrebbe ben potuto costituire una perfetta via di declaratoria di nullità degli stessi, ma se lo pone per il solo contratto preliminare di retrocessione del 20 giugno 2008.

Altrimenti detto, se con un preliminare ed un successivo definitivo Tizio cede a Caio le particelle di un terreno agricolo 31, 334, 337, 320 e 325 e contestualmente a tale cessione, il neo proprietario Caio si obbliga a retrocedere alcune di quelle particelle (nel caso della sentenza annotata le particelle 334, 337 e 31) proprio al suo dante causa Tizio e a semplice richiesta di quest'ultimo e ciò non appena il neo acquirente Caio avrà ultimato i lavori di costruzione su quelle particelle che verranno poi retrocesse "e comunque entro un termine massimo di tre anni", non può che derivarne, ovviamente a parere di chi scrive, che forse l'unica ragione pratica che sembra ipotizzabile perseguita dalle parti era veramente quella di edificare e mantenere la relativa costruzione su una porzione di suolo agricolo avente una superficie inferiore a quella prescritta dalla legge.

Tuttavia il Tribunale ritiene che essa finalità illecita non assuma il carattere della esclusività dei motivi comune ad entrambe le parti tali da rendere nullo il contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1345 c.c.

§ 3.1. Causa e motivi

A fondamento del tutto distingue tra causa e motivi, identificando i motivi in prima battuta, e correttamente, come "la ragione interna, retrostante, sulla scorta della quale le parti hanno posto in essere il contratto medesimo" salvo poi smentirsi laddove di fatto identifica i motivi come la "ragione pratica per la quale le parti si sarebbero determinate concretamente a concludere il contratto medesimo. Testualmente: «ora sulla scorta delle prospettazioni di parte convenuta deve ritenersi che l'illecita invocata da quest'ultima sotto il profilo del contrasto tra la normativa accennata sulla unità minima dell'edificazione

sui suoli agricoli non afferisca in realtà alla causa del preliminare in questione che è e resta in sé illecita ed è rappresentata dall'obbligo assunto reciprocamente dalle parti di stipulare il contratto definitivo di vendita avente ad oggetto il terreno anche veicolo indicato ma la ragione pratica per la quale le parti si sarebbero determinate concretamente a concludere il contratto stesso».

A nostro avviso il passaggio non sembra cogliere nel segno sotto molteplici aspetti.

Intanto il contratto preliminare di retrocessione in questione non avrebbe dovuto essere esaminato nella sua "causa" in modo isolato ma avrebbe dovuto essere esaminato piuttosto in un'ottica di collegamento negoziale tra il preliminare del 17 luglio 2007 e del suo successivo contratto definitivo del 20 giugno 2008 con cui Tizio cedeva a caio le particelle 31, 334, 337, 320 e 325 e al contestuale contratto preliminare di retrocessione sempre (guarda caso) del 20 giugno 2008 con cui Caio avrebbe dovuto restituire alcune delle particelle appena acquistate, id est le particelle 334, 337 e 31 a "semplice richiesta di tizio una volta che Caio avesse ultimato i lavori di costruzione sulle particelle confinanti il detto terreno e, comunque, entro una data massima di tre anni da oggi".

Infatti quale sarebbe stato l'intendimento pratico perseguito dalle parti nel cedere nella stessa data le particelle 31, 334, 337, 320 e 325 e al contempo nello stesso giorno sottoscrivere un preliminare di retrocessione di alcune di quelle particelle appena cedute, ossia le particelle 334, 337 e 31? Quale che fosse l'intendimento era evidente che quel contratto preliminare di retrocessione fosse collegato all'immediato precedente contratto definitivo. Anzi non lo diciamo noi, lo dice proprio il primo contratto della triade: il preliminare del luglio 2007 ove (si legge in sentenza) al suo art. 10 così prevede: «al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor Caio ricede al Sig. Tizio il terreno sito (...), riportato al foglio di mappa n. 14, particelle n. 334,337,31 con spese a carico del sig. Tizio».

Il Tribunale in questo caso avrebbe dovuto dunque innanzitutto esaminare sotto questo aspetto l'intera operazione negoziale e stabilirne la liceità o meno.

La domanda a questo punto è: (il)liceità della causa dell'intera operazione negoziale oppure (il)liceità dei motivi (necessariamente qui comuni ad entrambi) sempre dell'intera operazione negoziale?

Il Tribunale ritiene, o almeno così sembrerebbe dalla lettura della sentenza, che i motivi illeciti non sarebbero comuni ad entrambi, confondendo i motivi con lo scopo pratico.

§ 3.1.1. La causa in concreto

Volendo, tentare di dare una nozione sintetica di causa¹¹, può dirsi che la causa è “il perché” del contratto, ossia l’elemento essenziale che giustifica ogni spostamento di ricchezza all’interno della singola operazione negoziale.

In sostanza, in un ordinamento giuridico che garantisce autonomia negoziale ai privati con l’unico limite della “meritevolezza di tutela” degli interessi portati a realizzazione attraverso lo strumento negoziale (art. 1322 2° comma c.c.), la causa rappresenta la “cartina di tornasole”, ossia lo “strumento di controllo” che lo stesso ordinamento mette a disposizione del Tribunale per verificare che il singolo contratto sia rispettoso di tale limite, cioè per verificare se l’autonomia privata sia rimasta o meno all’interno di quell’ipotetico chiamato meritevolezza dell’interesse perseguito. In assenza di una definizione normativa espressa, dottrina e giurisprudenza si sono fatte carico di cercare di dare un risposta a tale quesito.

*Stando ad una prima definizione, la causa è la funzione economico-sociale del contratto, ossia la sintesi dei suoi effetti essenziali. Volendo utilizzare una terminologia più empirica, la teoria oggettiva riassume in un’unica formula “ciò che il contratto è idoneo a fare”. Essa è, al contempo, funzione economica, perché il contratto è pur sempre un affare, e **funzione sociale**, perché permette all’ordinamento di compiere uno scrutinio circa la sua utilità, ossia vedere se questo contratto rimane o meno nell’alveo del limite chiamato meritevolezza dell’interesse perseguito. Tuttavia, tale teoria si presta a diverse critiche nel momento in cui, riducendo la causa a sintesi degli effetti essenziali prodotti dal contratto, 1) tende a trascurare lo scopo in concreto perseguito dalle parti; 2) tende a confondersi col limitrofo concetto di “tipo” legale e, soprattutto, 3) non riesce a concepire un contratto tipico illecito.*

In risposta a tali obiezioni, i sostenitori della teoria della funzione economico-sociale hanno sostenuto che gli scopi avuti di mira dalle parti – corrispondenti ai “motivi” – sono per l’ordinamento giuridicamente irrilevanti, salvo il disposto dell’art. 1345 c.c., che “mentre la causa è la funzione che il contratto svolge, il tipo è la struttura necessaria a produrre tali effetti” e che non esiste alcuna incapacità a concepire un contratto tipico illecito perché in tal caso l’illiceità è insita nello scopo pratico realizzato.

11. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, p. 360, e specificamente, p. 362: «La causa “elemento vago, misterioso, enigmatico, fonte di equivoci e confusioni” ma senza dubbio “uno dei pilastri più evidenti dell’ordinamento giuridico privato” e, più specificamente, “uno dei problemi centrali del fenomeno negoziale”; la causa rappresenta il punto di incontro, di confluenza di tutti i problemi fondamentali della teoria del negozio giuridico: dal problema dell’interesse a quello della tipicità, a quello della natura dello stesso negozio giuridico, inteso come espressione di privata autonomia e, quindi, a quello stesso concetto di autonomia privata».

Secondo altra e più moderna tesi viene data una definizione di causa che, al contempo, non trascura gli interessi avuti di mira dalle parti e non tradisca le caratteristiche di generalità ed astrattezza che si richiedono nell'analisi di un elemento essenziale del contratto¹².

*La causa del contratto sarebbe dunque la concreta composizione di contrapposti interessi che attraverso il meccanismo contrattuale vengono contemporaneamente soddisfatti. Come si vede, la teoria in esame sposta l'attenzione dallo sterile schema contrattuale al concreto e dinamico assetto di interessi programmato dalle parti: la causa non è più sintesi di effetti negoziali, ma di **interessi** che il contratto, così come concretamente concepito dalle parti, è **idoneo a realizzare**.*

*Spostando l'analisi sul versante dei risvolti pratici del contratto – come si vede – si pone attenzione a **quello che le parti vogliono dal contratto** (la famosa “comune intenzione dell'art. 1362 c.c.) senza, però, sfociare nell'errore di attribuire giuridico rilievo agli intimi motivi individuali. È in quest'ottica che trova origine il concetto di causa concreta, intesa come ragione concreta del contratto ovvero elemento che giustifica il sacrificio di una o di entrambe le parti nell'ambito del singolo contratto posto in essere, sorta in seno alla c.d. teoria pluralista – evoluzione di quella della funzione economico-individuale – che vede tra i primi suoi sostenitori Rodolfo Sacco, secondo cui la causa va analizzata caso per caso, non potendosi individuare a priori “una volta per tutte”, ma con attenzione al singolo e specifico contratto, visto quale veicolo di realizzazione degli interessi concretamente perseguiti.*

Quanto alla distinzione con i motivi, i “motivi” sono le ragioni individuali che spingono il singolo contraente ad addivenire alla stipulazione, laddove la causa è la finalità comune ad entrambe le parti.

*Sono dunque meri motivi in senso stretto solo gli interessi estranei all'oggetto del negozio e in esso **non obiettivati** (mentre nel caso che ci occupa **i motivi erano stati obiettivati nell'art. 3 del preliminare del luglio 2007**), mentre quelli che il contratto è diretto a realizzare nella sua oggettiva funzione economico-individuale integrano a tutti gli effetti la causa in senso tecnico, in quanto posti dalle parti alla base della pratica operazione economica (Bianca).*

12. La innovativa concezione della causa è stata apportata dalla Cass., 8.5.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?* e applicata al leasing dalla successiva Cass., 27.7.2006, n. 17145, in *Contratti*, 2007, 374, con nota di FOCESATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*

Ad esempio, mentre la causa della compravendita risiede nel trasferimento della proprietà in cambio di un prezzo, i motivi che portano ad essa possono essere i più disparati, quali la necessità di denaro o, per il compratore, di procurarsi quel determinato bene per esigenze personali. Proprio perché i motivi possono essere i più vari e spesso, tra l'altro, non vengono esternati, restando nell'intima sfera individuale di ciascun contraente, l'ordinamento non può di regola fornirvi giuridica tutela, pena la perdita della certezza dei rapporti giuridici. Fanno eccezione quelle "tassative" ipotesi in cui l'ordinamento attribuisce giuridico rilievo ai motivi, quali le ipotesi di motivo illecito previste dall'art. 626 c.c. in materia di testamento, dall'art. 788 c.c. per quanto concerne la donazione e dall'art. 1345 c.c. con riguardo all'ipotesi di nullità del contratto per motivo illecito comune alle parti; si veda altresì l'art. 1429 n. 4 c.c. in relazione all'errore sui motivi nel contratto; nonché la disciplina dell'annullamento del contratto per dolo, che consente di valorizzare i motivi allorquando la falsa rappresentazione indotta dall'inganno altrui si rifletta sui medesimi.

Le parti, peraltro, possono attribuire rilevanza ai motivi calandoli nel regolamento contrattuale, ad es. mediante il ricorso all'istituto della condizione. La distinzione tra causa e motivi può essere difficoltosa, specie laddove si acceda alla nozione di causa in concreto, ferme restando le coordinate generale per cui la causa è il concreto interesse che attraverso il contratto viene ad essere soddisfatto, mentre il motivo è l'intima ragione che ha spinto il contraente ad obbligarsi (irrilevante a meno che non si traduca in condizione e salva l'illiceità del motivo comune alle parti ex art. 1345).

In altri termini, occorre tenere distinto lo scopo obiettivo del contratto (ossia la causa) dallo scopo del contraente (ossia il motivo), il quale diventa causa ove fuoriesca dalla sfera psichica del singolo contraente e assurga a funzione del contratto, obiettivizzandosi in esso e influenzandone in modo percepibile i termini programmatici dell'operazione.

Nel caso che ci occupa se finalità illecita vi era (edificare e mantenere la relativa costruzione su una porzione di suolo agricolo avente una superficie inferiore a q quella prescritta per legge e come tale confliggente con la normativa urbanistica) allora la sottoscrizione di un definitivo e al contempo la sottoscrizione di un preliminare di vendita non poteva che avere uno scopo pratico (causa) illecito e pertanto nulla. Una nullità che, invero, avrebbe dovuto colpire l'intera sequenza contrattuale in virtù del collegamento negoziale esistente.

§ 4 Il fenomeno del collegamento negoziale

Il collegamento negoziale, in estrema sintesi si ha quando due o più contratti, distinti ed autonomi, sono diretti a uno stesso fine, nel senso che sono parti di un rapporto unitario, o se si preferisce, di una operazione unitaria¹³. In tal caso, la disciplina e le vicende dei contratti collegati cambiano, nel senso che le sorti di uno di essi influenzano quelle dell'altro, e la disciplina di un contratto si comunica (o può comunicarsi) anche all'altro. Quanto ai presupposti, che devono esserci affinché si possa parlare di collegamento negoziale, la dottrina è stata a lungo divisa, ritenendo sufficiente a volta la sola volontà dei contraenti, altre sufficienti il solo nesso oggettivo tra i negozi, e altre volte necessari entrambi.

La giurisprudenza ha ritenuto che debbano esserci entrambi:

- 1) *elemento oggettivo¹⁴: che consiste nel nesso teleologico tra i due contratti. Occorre cioè che gli stessi siano diretti a raggiungere un risultato economico unitario;*
- 2) *elemento soggettivo¹⁵, che consiste nel comune intento pratico delle parti (che può risultare tacitamente) di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore. Tuttavia secondo il Bianca non è necessario l'elemento soggettivo essendo sufficiente che la connessione risulti, sul piano funzionale, dalla unitarietà della causa che l'operazione è diretta a realizzare.*

Dunque nel caso in esame era alla causa concreta che occorreva porgere per valutarne la liceità o meno dell'intera operazione.

Come sostiene un precedente della Suprema Corte infatti, «... è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, non per mezzo di un singolo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando la sua causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi» (Cass., 26.5.1999, n. 5122¹⁶), infra, sez. III).

13. GIORGIANNI M., Negozi giuridici collegati, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275 ss.; VENDITTI A., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, I, 1954, 259 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; SCOGNAMIGLIO R., voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, pp. 375 ss.; LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 1 ss.; BUONOFRATE A., voce *Contratti collegati*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, vol. I, 2007, 287 ss.

14. GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati cit.*, 295 ss.

15. Alcuni Autori hanno sostenuto che il fenomeno del collegamento potesse essere individuato solo ed esclusivamente sulla base dell'elemento soggettivo della volontà delle parti contraenti. In tal senso, tra gli altri, cfr. NICOLÒ R., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, 1476 ss

16. In *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, p. 2289. L'interdipendenza tra i contratti

§ 5 Il divieto del patto commissorio

Il Tribunale poi dichiara che non vi sarebbe alcun patto commissorio.

Testualmente così scrive: «La doglianza, pure formulata dal Caio, risulta del tutto generica. Ed invero, premesso che parte convenuta neppure ha specificato quale dei contratti per cui è causa sarebbe affetto dalla nullità in questione, è appena il caso rilevare, al riguardo, che il generico riferimento alla funzione di garanzia piuttosto che a quella tipica della vendita, nel contratto, non appare di per sé sufficiente ai fini della configurazione di un illecito patto commissorio. Pertanto, anche questa eccezione va rigettata».

Franca mente la motivazione non convince.

Il patto commissorio è nullo. È il Tribunale che deve dire se esiste un patto commissorio e in cosa eventualmente si sostanzia. Anche in questo caso la sentenza pone un onere alla parte che in realtà appartiene completamente al Tribunale. La nullità è infatti rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado. È il Tribunale, chiamato a decidere che deve utilizzare i canoni interpretativi che il codice fornisce.

Le parti hanno dedotto tre contratti? Risposta sì. Sarebbe stato sufficiente questo per imporre al Tribunale, in virtù delle caratteristiche processuali dell'istituto della nullità di verificare e motivare sul perché nel caso di specie non vi fosse un patto commissorio e non già limitarsi a dire che non c'è e basta e che la «parte convenuta neppure ha specificato quale dei contratti per cui è causa sarebbe affetto dalla nullità».

Peraltro la sentenza a parere di chi scrive avrebbe dovuto se proprio indagare se il preliminare del 2008 fosse davvero un contratto di retrocessione o un preliminare di adempimento ad un patto di riscatto contenuto nella clausola 10 del preliminare del 17 luglio 2007 che così prevedeva «al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor Caio ricede al Sig. Tizio il terreno sito (...), riportato al foglio di mappa n. 14, particelle n. 334,337,31 con spese a carico del sig. Tizio».

§ 6 La dichiarazione di nullità del contratto preliminare del 20 giugno 2008

Va premesso, al riguardo, che, nel contratto preliminare in parola, si legge testualmente che “il prezzo della detta cessione Caio dichiarano di averlo già ricevuto con la firma della presente scrittura e, pertanto, la detta cessione avverrà senza ulteriore corrispettivo”.

collegati nelle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale è sottolineata da Cass., 12.7.2005, n. 14611, in *Contratti*, 2006, 241, con nota di Marseglia, *Agenzia e sublocazione del locale da parte del preponente*.

Il Tribunale ritiene che questa clausola sia nulla.

Ora delle due l'una.

Questa clausola è nulla perché l'intera operazione negoziale data dal triade preliminare luglio 2007, definitivo luglio 2008 e preliminare di retrocessione di luglio 2008 ad essere nulla.

Ma poiché il Tribunale ritiene i primi due contratti (preliminare luglio 2007 e suo definitivo di giugno 2008) perfettamente validi (ad eccezione della clausola 3 del preliminare del luglio 2007) allora la clausola del preliminare di retrocessione del 2008 è perfettamente valida. La sentenza richiama una precedente della Cassazione che, in verità se attentamente letto, avrebbe determinato la piena salvezza del preliminare del luglio 2008.

La Cassazione richiamata così statuisce: “ La determinazione (o determinabilità) dell'oggetto nei contratti formali è soddisfatta quando la scrittura contenga, più precisamente, gli elementi e i criteri prestabiliti di individuazione o rinvii - a tale scopo - ad un elemento esterno in funzione integrativa del contenuto dell'accordo (cd. relatio)... Ove - eventualmente mediante la relatio - sia richiamato un dato esterno già esistente per completare la dichiarazione negoziale, occorre garantire ad un tempo il rispetto dei requisiti di determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.), e quelli di forma imposti dall'art. 1350 c.c., apparendo comunque insufficiente la sola dichiarazione di aver già corrisposto il prezzo, essendo impossibile individuarne l'entità o i criteri per determinarlo in base allo scritto... ad integrare l'atto scritto richiesto “ad substantiam”, non è sufficiente un qualsiasi documento, ma è necessario uno scritto contenente la manifestazione di volontà, posto in essere dalle parti al fine specifico di manifestarla: non basta una dichiarazione di quietanza, la quale presuppone il contratto e dà la prova dell'avvenuto pagamento, ma non pone in essere il contratto stesso” (Cass. 24.2.2022 n. 6142 cit.).

Il richiamo piuttosto confermerebbe che se l'intera operazione negoziale è valida ed efficace lo è anche il preliminare del giugno 2008.

Infatti:

nel luglio 2007 viene sottoscritto un preliminare per la compravendita di determinate particelle

in quel preliminare si dice che «al momento della stipula del rogito notarile si dovrà stipulare contratto preliminare di compravendita con cui il signor Caio ricede al Sig. Tizio il terreno sito (...), riportato al foglio di mappa n. 14, particelle n. 334,337,31 con spese a carico del sig. Tizio»;

il preliminare del luglio 2007 dice che il prezzo è di 79.000,00 euro ma al contempo la clausola 3 prevede che “le parti di comune accordo dichiarano che in sede di atto pubblico la cifra messa sull'atto sarà quella derivante dal valore

catastale e non quella del contratto preliminare di compravendita”.

Il definitivo in effetti recepisce questa clausola e viene fissata in 36.000,00 euro il prezzo di vendita.

La circostanza, tuttavia, che il prezzo veramente pagato fosse di euro 79.000.00 e non di euro 36.000.00 non sembra avere (sic) importanza nella sentenza in commento che si limita a dire che il prezzo di 36.000,00 fissato nel definitivo prevale sui prezzo di 79.000,00 indicato nel preliminare in ragione della prevalenza del definitivo sul preliminare.

Se veramente è così allora il secondo preliminare di retrocessione del giugno 2008 essendo collegato al binomio preliminare -definitivo del luglio 2007 – giugno 2008, non abbisognava di una esplicazione del prezzo, essendo proprio il prezzo stato già determinato nel contratto definitivo.

Marco Riario Sforza

Trib. Chieti – sent. 3 luglio 2023 n. 367 (est. Chiauzzi)

Comodato – Obblighi comodante –

Il proprietario dell'intero stabile che abbia concesso una unità immobiliare in comodato che munisca di videocitofono il cancello di accesso allo stabile, in precedenza sempre aperto, non è tenuto a porre l'impianto a servizio di appartamento concesso in comodato ove abbia fornito al comodatario un telecomando con il quale aprire e chiudere il detto cancello. (1)

(omissis)

Con il ricorso introduttivo la ricorrente *Tizia* ha rappresentato, tra l'altro, che: risiede in Chieti, ###, nell'appartamento concesso in comodato gratuito dalla resistente *Caia*; il predetto immobile le è stato altresì assegnato da questo Tribunale di Chieti, quale genitore collocatario delle figlie minori ### e ###, con provvedimento dell'8-25 giugno 2021, reso all'esito del giudizio promosso nei suoi confronti dall'ex compagno, ###, figlio di *Caia*; l'appartamento è ubicato all'interno di uno stabile composto da più unità immobiliari, tutte di proprietà di *Caia*; in data ### *Caia* ha ripristinato il funzionamento del cancello automatico posto all'ingresso dell'immobile, il quale consente l'accesso allo stabile dalla strada; in tale occasione il cancello è stato munito di videocitofono collegato esclusivamente con i due appartamenti abitati da *Caia* e dal di lei figlio, ###; nonostante le numerose richieste formulate, il predetto cancello risulta ad oggi ancora sfornito di collegamento citofonico con l'appartamento della ricorrente; a causa di tale situazione, tutti coloro che fanno visita a *Tizia*, per ottenere l'apertura del cancello, sono costretti a rivolgersi a *Caia* ovvero allo ###; prima dell'intervento effettuato da *Caia*, il cancello di ingresso risultava sempre aperto, per cui non era necessario l'utilizzo di apparecchi citofonici, atti a consentire l'accesso alle unità immobiliari; inoltre con lettera raccomandata del ###, *Caia* ha vietato a *Tizia* di utilizzare il percorso da quest'ultima sempre adoperato per accedere alla propria abitazione, imponendole altro ed unico percorso, ben più arduo e disagiata, descritto con tre piantine che venivano allegate alla predetta missiva, attraverso un camminamento privo di illuminazione adeguata e soggetto ad allagamenti in caso di pioggia; tale divieto è stato seguito dalla realizzazione di una palizzata munita di cancelletto chiuso a chiave, che impedisce fisicamente alla ricorrente e alle sue due figlie minori di raggiungere la loro casa come avevano sempre fatto. Sulla scorta di tali deduzioni, la ricorrente *Tizia* ha lamentato la violazione, da parte della Salvati, degli obblighi derivanti dal contratto di comodato, per cui

ella, in quanto comodante dovrebbe garantire al comodatario di godere pacificamente e pienamente del bene concesso in uso. Conseguentemente ha chiesto che, previo accertamento dell'inadempimento della resistente, sia ordinato a quest'ultima di collegare il dispositivo citofonico installato sul cancello posto all'ingresso della strada di accesso allo stabile con l'abitazione della ricorrente, sia ordinato di ripristinare il passaggio esercitato dalla ricorrente sul tratto stradale come individuato con colore giallo sulla piantina allegata e, per l'effetto, rimuovere le opere installate dalla resistente, che interferiscono con il pieno e pacifico godimento dell'immobile concesso in uso e, infine, che la Salvati sia condannata al risarcimento del danno.

La resistente *Caia*, costituendosi in giudizio, sostanzialmente ha rappresentato di non aver posto in essere alcun inadempimento e, anzi, che la ricorrente, piuttosto, è inadempiente rispetto agli obblighi del comodatario. Conseguentemente ha chiesto il rigetto del ricorso.

Il ricorso proposto da *Tizia* è infondato e, conseguentemente, deve essere rigettato per le ragioni di seguito esposte.

Non è oggetto di contestazione il fatto che l'unità immobiliare dove vive la *Caia*, inserita nel più ampio complesso immobiliare di proprietà della resistente *Tizia*, è oggetto di un comodato gratuito, in forza del quale la proprietaria *Caia* ha destinato l'unità al soddisfacimento delle esigenze abitative del nucleo familiare formato da *Tizia* e ### figlio di *Caia* (attualmente essa è abitata esclusivamente di *Tizia*, unitamente alle figlie minori, in qualità di collocataria delle figlie, in forza di provvedimento di questo Tribunale).

Tanto premesso in ordine alla qualificazione del rapporto contrattuale in essere tra le parti, come detto sopra, la *Tizia* ha lamentato diversi inadempimenti che la comodante *Caia* avrebbe posto in essere nei suoi confronti.

Come noto, l'unico obbligo che la legge pone in capo al comodante, scaturente dalla natura stessa del contratto, è quello di far godere la cosa al comodatario, senza ulteriori specificazioni. Ne consegue, che in assenza di specifici obblighi posti dal codice civile in capo alla parte comodante, inevitabilmente gli obblighi di quest'ultima parte possono sintetizzarsi in quella serie di comportamenti tesi a consentire l'oggetto stesso del contratto, ossia che la parte comodataria possa utilizzare il bene concesso in comodato conformemente allo scopo e alla natura che il bene ha al momento in cui il rapporto di comodato sorge.

Nel caso in esame, la ricorrente ha lamentato che la resistente (proprietaria/comodante) ha chiuso il cancello di accesso all'immobile, senza provvedere al collegamento via citofono tra il cancello e la sua unità immobiliare.

Va innanzi tutto osservato che la parte ricorrente non ha mai dedotto che, al momento della consegna dell'unità immobiliare (cosa oggetto di comodato), vi sia stato il collegamento via citofono, ma, semplicemente, ha rappresentato che il cancello rimaneva sempre aperto, quando, dopo la chiusura dello stesso, non è stato più consentito a quel punto il libero accesso.

Risulta pacificamente dagli atti che, dopo il ripristino del funzionamento del cancello automatico, la proprietaria comodante ha consegnato alla ricorrente *Tizia* il telecomando per l'apertura del (*omissis*) Conseguentemente si deve concludere che la parte comodante non ha in alcun modo contratto l'utilizzo della cosa che la comodataria ne poteva fare fino a quel momento, ossia entrare ed uscire liberamente tramite il cancello.

Ne consegue che ogni doglianza sul punto è infondata.

La ricorrente inoltre ha lamentato che con la comunicazione ### la comodante le ha imposto di accedere all'abitazione concessa in comodato mediante un percorso differente e più disagiata rispetto a quello che normalmente utilizzava prima.

Ora non è oggetto di contestazione il fatto che il tragitto che *Tizia* deve percorrere dopo l'installazione della recinzione, in ogni caso consente l'accesso all'unità immobiliare. Come detto sopra, in capo al comodante non vi è un obbligo di garantire una modalità specifica di utilizzo della cosa oggetto di comodato, per cui ciò che rileva è che la parte comodante non impedisca l'utilizzo del bene secondo la finalità per cui è stato concesso in comodato.

Il fatto che *Tizia* possa comunque accedere, anche se tramite un percorso leggermente più lungo, all'unità immobiliare, fa venir meno ogni ragione di inadempimento da parte della comodante.

Sulla base delle considerazioni svolte sopra le doglianze avanzate da *Tizia* risultano infondate e, conseguentemente, deve essere rigettata anche la richiesta di risarcimento del danno. Ne deriva il rigetto del ricorso. (*omissis*)

NOTA (1): IL CONTRATTO DI COMODATO E L'ASSENZA DI VERI OBBLIGHI IN CAPO AL COMODANTE

La questione che nella sentenza che qui si annota risulta interessante laddove originariamente il bene immobile oggetto di tale contratto vedeva, quale punto di accesso,

Le deduzioni di causa la ricorrente ha lamentato la violazione da parte della resistente degli obblighi derivanti dal contratto di comodato, per cui ella in quanto comodante dovrebbe garantire al comodatario di godere pacificamente

e pienamente del bene concesso in uso.

Nella specie i fatti oggetto di giudizio sono così riassumibili.

Si trattava di un appartamento concesso in comodato ed ubicato all'interno di uno stabile composto da più unità immobiliari tutte di proprietà della parte resistente (che rivestiva dunque la qualità di proprietaria comodante).

Per accedere allo stabile tutto, compresi, dunque gli appartamenti della comodante e della comodataria, vi era un cancello che risultava sempre aperto e dunque non era necessario l'utilizzo di apparecchi citofonici atti a consentire l'accesso alle varie unità immobiliari.

Successivamente la proprietaria-comodante ha ripristinato il funzionamento del cancello automatico posto all'ingresso dell'immobile, il quale consente l'accesso allo stabile dalla strada.

In tale occasione il cancello è stato munito di videocitofono collegato esclusivamente con i due appartamenti abitati dalla proprietaria comodante.

Tuttavia, in occasione di detto ripristino il cancello risultava sfornito di collegamento citofonico con l'appartamento dato in comodato alla ricorrente che dunque lamentava il fatto che tutti coloro che facevano visita alla medesima comodataria per ottenere l'apertura del cancello erano costretti a rivolgersi alla comodante proprietaria.

Nella specie la ricorrente lamentava che la resistente (proprietaria/comodante) avrebbe chiuso il cancello di accesso all'immobile, senza provvedere al collegamento via citofono tra il cancello e la sua unità immobiliare e così costringendo, come detto, che tutti coloro che facevano visita alla medesima comodataria per ottenere l'apertura del cancello erano costretti a rivolgersi alla comodante proprietaria.

La comodante, da parte sua riteneva di non avere violato alcun dovere poiché finì dalla conclusione del contratto di comodato, l'immobile concesso in detenzione non era provvisto di alcun collegamento citofonico e, dunque, la comodataria non poteva di fatto dolersi di non poter godere di un "accessorio" di fatto inesistente alla data di sottoscrizione del contratto di comodato.

Del pari la comodante non aveva assolutamente limitato l'utilizzo del bene concesso in comodato posto che aveva consegnato alla comodataria un telecomando per aprire a distanza quel cancello che fino a poco prima era sempre aperto e senza collegamento citofonico.

La sentenza dunque respingere il ricorso della comodataria ed evidenza come la comodante non abbia violato alcun dovere derivante dal contratto di comodato. Così riassunta la vicenda per meglio comprendere la portata della sentenza qui annotata converrà ricordare, seppur brevemente, le caratteristiche strutturali salienti, del contratto di comodato.

*Il **comodato** è un contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile affinché quest'ultima se ne serva secondo l'uso pattuito o per il tempo determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803 c.c.).*

*Si tratta di un contratto reale, atteso che per il relativo perfezionamento è necessaria la **consegna** della cosa. La consegna, peraltro, non deve necessariamente rivestire forme solenni o avvenire materialmente, ma può avere luogo in qualunque modo che valga giuridicamente a porre la cosa nella disponibilità del comodatario.*

*Il comodato è un contratto **unilaterale**, ossia con obbligazioni a carico di una sola parte. Secondo la dottrina maggioritaria, in particolare, l'obbligazione è a carico del comodante e consiste nel non pretendere la restituzione anticipata della cosa, e dunque nel consentire l'uso da parte del comodatario; l'obbligo di restituzione in capo al comodatario sarebbe invece una conseguenza della cessazione del rapporto, e non quindi un effetto obbligatorio che trova fonte nel contratto.*

*Requisito essenziale (non meramente naturale) del comodato è la **gratuità**, atteso che la stipula di un corrispettivo sarebbe incompatibile con lo schema causale del contratto in esame. Si ammette che al comodato possa essere apposto un **modus** (o onere), atteso che in questo caso si tratta di una mera limitazione quantitativa dell'attribuzione gratuita, e non già un corrispettivo per il godimento della cosa.*

*L'**oggetto** del comodato deve essere un bene inconsumabile ed infungibile. È tuttavia ammissibile il comodato di cose consumabili solo laddove il comodatario si impegni ad utilizzare quanto ricevuto non per uno scopo che ne implichi la consumazione (si pensi al comodato ad pompam vel ad ostentationem, dove il bene viene concesso al comodatario solo affinché questi ne possa fare mostra).*

*La **forma** del contratto di comodato è libera.*

*Il comodatario è tenuto a custodire e conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1804, co. 1, c.c.). L'**obbligo di custodia**, a differenza del deposito, non assume il valore di prestazione principale che connota la causa del negozio, ma è preordinato a consentire la restituzione del bene al termine del rapporto. Nell'obbligo di custodire si ritiene ricompreso altresì l'obbligo di informare il comodante di ogni molestia proveniente da terzi.*

Si precisa che l'obbligo di custodia, non estinguendosi con la cessazione del contratto, persiste fino all'effettiva consegna al comodante.

Il comodatario può servirsi della cosa oggetto del contratto di comodato solo per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa.

L'uso della cosa è quello dedotto in contratto e può comprendere tutte le utilità, compresi i frutti, che la cosa può dare, o solo alcune di esse. In mancanza di pattuizione, le utilità che il comodatario può ritrarre sono quelle derivanti dall'uso ordinario della cosa.

L'art. 1804 c.c., al co. 2, prevede il divieto di concedere a terzi il bene in subcomodato, stante la natura intuitu personae del contratto di comodato, pena la risoluzione del contratto e l'eventuale risarcimento del danno (art. 1804, co. 3, c.c.).

L'inadempimento rispetto agli obblighi di conservazione e custodia gravanti sul comodatario (obblighi che comprendono anche attività necessarie a mantenere l'integrità del bene e impedire interferenze dannose di terzi o eventi naturali, anche quando ciò comporti spese ordinarie finalizzate alla conservazione) attribuisce al comodante il diritto di chiedere l'immediata restituzione, oltre all'eventuale risarcimento del danno.

*Il comodatario non è responsabile in caso di **perimento della cosa** per un caso fortuito, salvo che: (i) potesse sostituire la cosa con una propria ovvero, potendo salvare una delle due cose, abbia preferito la propria (art. 1805, co. 1, c.c.); (ii) la cosa sia stata stimata al tempo del contratto, presumendo la legge (art. 1806 c.c.) che il c.d. "comodato stimato" comporti il patto di acollo del fortuito; (iii) il comodatario abbia impiegato la cosa per uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, a meno che non provi che la cosa sarebbe perita se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito (art. 1805, co. 2, c.c.).*

L'onere della prova della causa del deperimento della cosa comodata non imputabile al comodatario, grava sul comodatario stesso, il quale dovrà dunque provare il caso fortuito o fatto del terzo. Per quanto riguarda, invece, il deterioramento, il comodatario risponde solo se esso eccede il normale uso (art. 1807 c.c.).

*Il comodatario deve **restituire** la stessa cosa ricevuta, in ogni caso, alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza, quando se ne è servito in conformità del contratto (art. 1809, co. 1, c.c.); se però, durante la durata del contratto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno per il comodante, questi può esigerne la restituzione immediata (art. 1809, co. 2, c.c.).*

*In tema di comodato senza previsione del **termine finale**, il comodante non può esigere ad nutum la restituzione della cosa quando la durata del*

*rapporto sia determinabile alla luce dell'uso della cosa stessa, ovvero degli interessi e delle utilità perseguite dai contraenti. Secondo la giurisprudenza, il termine finale del comodato può risultare anche per implicito dalla destinazione del bene, qualora tale destinazione abbia insita in sé una scadenza predeterminata (da ultimo, Cass. Sez. Un. 3168/2011): in questo caso, trascorso il termine ragionevolmente necessario per l'utilizzo della cosa, questa potrà essere chiesta in restituzione. Se non è stato convenuto un termine, né questo risulta indirettamente dall'uso cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede (art. 1810 c.c.) Si parla in tal caso di **comodato precario**.*

*In tema di **destinazione ad uso familiare** dell'immobile oggetto di comodato, la Cassazione ha precisato che, se è vero che non può desumersi la determinazione della durata del comodato dalla destinazione abitativa cui per sua natura è adibito un immobile, in difetto di espressa convenzione sul punto, tale principio non può essere utilmente invocato nel caso in cui la destinazione è diretta ad assicurare ai membri del nucleo familiare uno stabile centro di comuni interessi materiali e spirituali (casa familiare quale luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare), atteso che tale funzione, per il suo carattere di stabilità e continuità, risulta concettualmente incompatibile con un godimento segnato da provvisorietà ed incertezza (Cass. Sez. Un. 13603/2004, secondo cui nell'ipotesi di concessione in comodato da parte di un terzo di un bene immobile di sua proprietà perché sia destinato a casa familiare, il successivo provvedimento di assegnazione in favore del coniuge affidatario dei figli emesso nel giudizio di separazione o di divorzio non modifica la natura ed il contenuto del titolo di godimento sull'immobile, ma determina una concentrazione, nella persona dell'assegnatario, di detto titolo di godimento, che resta regolato dalla disciplina del comodato, con la conseguenza che il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento per l'uso previsto nel contratto, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno ai sensi dell'art. 1809, co. 2, c.c.).*

Legittimato passivo all'azione contrattuale di restituzione – che non richiede la prova del diritto di proprietà e si prescrive nel termine decennale ordinario – è solo il comodatario.

*In caso di **morte del comodatario**, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa (art. 1811 c.c.): la disposizione si giustifica alla luce della natura intuitu personae del contratto di comodato.*

La sentenza in esame risulta pienamente coerente con il dettato normativo. L'obbligo principale del comodante - lo si voglia qualificare come ob-

bligio positivo o come dovere di astensione - è quello di far godere la cosa al comodatario. A differenza della locazione non sussiste l'obbligo di effettuare le riparazioni, né quello di consegnare la cosa in buono stato. Non sussiste neanche l'obbligo di consegnare la cosa al comodatario immune da vizi. In pratica il comodante consegna la cosa nello stato in cui si trova, buono o cattivo che sia, e non ha alcun obbligo di manutenzione (LUMINOSO)

Il comodatario di un bene immobile non ha neanche l'obbligo di pagare le tasse o le spese di manutenzione dell'immobile, a meno che non sia diversamente concordato (Cass. 21023/2016).

Pertanto non sarebbe corretto affermare che sul comodante gravi un vero obbligo di far godere pacificamente la cosa, alla stessa stregua degli obblighi previsti dall'art 1575 c.c. in materia di locazione. Raffrontando le norme del codice civile tra contratto di locazione contratto di comodato non sembra per nulla ricavarsi alcun obbligo di consegnare un bene qualitativamente idoneo all'uso programmato dal comodante né alcun dovere di mantenere la cosa funzionale a servire all'uso convenuto; doveri che, all'opposto, sono ben presenti sul locatore ai sensi e per gli effetti dell'art 1575 c.c.

Dalle norme del codice civile in tema di comodato si ricava null'altro che il mero obbligo del comodante di astensione dall'interferire nel godimento del comodatario con l'aggiunta del dovere di informarlo dell'esistenza di vizi di cui abbia conoscenza, ex art. 1812 c.c.

Ciò trova un addentellato normativo ben preciso dato dall'art. 1808 c.c. esplicativa dell'obbligo di ripetizione delle spese straordinarie, necessarie e urgenti, sostenute dal comodatario. Leggendo la norma non si ricava un obbligo di manutenzione straordinaria a carico del comodante (che risulterebbe allora foriero dell'obbligo in capo al comodante di consegnare un bene qualitativamente idoneo all'uso programmato, al pari di quello che accade nel contratto di locazione) di ma il diverso obbligo di ripetizione delle spese straordinarie sostenute, rilevatesi necessarie e urgenti. Il requisito della necessità e dell'urgenza chiarisce la portata ermeneutica della disposizione che sembra presupporre il compimento di una attività gestoria nell'interesse del comodante, secondo lo schema dell'art 2028 c.c. (gestione di affari altrui). Il comodatario, nell'effettuare l'intervento, non anticipa una attività posta a carico del comodante, ma gerisce autonomamente nella sua sfera giuridica realizzando una attività necessaria verso cui il comodante - che sia anche proprietario - è impossibilitato per via dell'urgenza. Da questa norma allora discende che il comodante non ha alcun obbligo né in ordine alle spese ordinarie né di spese straordinarie da compiere in favore del comodatario esattamente come, invece, sussistente in capo al locatore verso il conduttore.

E, dunque, non sussistendo alcun obbligo di questo tipo, automaticamente il comodante non ha alcun obbligo di far godere pacificamente la cosa, alla stessa stregua degli obblighi previsti dall'art 1575 c.c. in materia di locazione. Del resto supporre un obbligo di manutenzione straordinaria sarebbe particolarmente gravoso e ingiustificato rispetto ad un contratto essenzialmente gratuito¹⁷. Sicché il comodatario accetta l'immobile nello stato in cui si trova al momento (compresi i vizi che possano renderlo inservente), non assumendo alcuna aspettativa legittima di miglioramento e di conservazione del bene. Nel caso in esame dunque il mancato collegamento citofonico non poteva costituire alcun oggetto di legittima pretesa al relativo collegamento da parte del comodatario che, si ricorda, non è stato leso nel pacifico godimento del bene posto che il comodante ha fornito al comodatario l'uso di un telecomando che gli consentiva l'apertura e chiusura del cancello medesimo.

Marco Riario Sforza

17. Secondo la dottrina tradizionale il comodato è un contratto reale (cioè un contratto che si perfeziona con la consegna della cosa) e tale caratteristica è giustificabile in quanto contratto gratuito; infatti non può pensarsi che la promessa di concludere un contratto gratuito possa essere vincolante. Né può pensarsi che prima della consegna il comodatario possa essere in qualche modo obbligato a prendere in prestito una cosa di cui magari non ha alcun bisogno. Qualche autore ha detto che la funzione della consegna è quella di trasformare una relazione di cortesia in un rapporto giuridicamente rilevante (BRUNORI, CARRESI, D'AMICO). In una prospettiva non del tutto diversa si colloca quella dottrina (SACCO, TETI, SCOZZAFAVA) secondo cui la consegna è un requisito di forma del contratto; il legislatore, infatti, richiede la forma solenne per i contratti senza causa, cioè per quei contratti in cui una delle due parti promette all'altra di effettuare una prestazione gratuita (articolo 782 c.c.); colui che si impegna senza ricevere alcun corrispettivo è messo in grado di rendersi conto della gravità dell'atto che sta compiendo attraverso la solennità della forma. In altre parole; nei contratti reali la consegna rappresenta quello che per la donazione è rappresentato dalla forma pubblica dell'atto: è cioè un requisito di forma, che serve a rendere vincolante un accordo altrimenti improduttivo di effetti.

Trib. Minorenni L'Aquila – sent. 2 novembre 2022 n. 46 (Est. Martinelli)

Adozione – Adozione in casi particolari – Figlia/o biologico di madre convivente altra donna – Adozione da parte dell'altra donna componente la coppia omosessuale – Ammissibilità

Il requisito della <constatata impossibilità di affidamento preadottivo del minore> richiesto, ai fini dell'adozione in casi particolari, dall'art. 44, comma 1, lett. d) della Legge 04/05/1983 n.184 e cioè l'impossibilità di affidamento preadottivo si realizza ogni qual volta l'adottanda/o non si trova in uno stato di abbandono.

La lett. d), dell'art. 44, comma 1, della Legge 04/05/1983 n.184, inoltre, non prevede, a differenza della precedente lettera b), un rapporto di coniugio tra il genitore dell'adottanda/o e l'adottante, sì da non discriminare tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali. E ciò in coerenza con la ratio della norma e con i principi costituzionali e i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU

L'art. 44, comma 1, lett. d) della Legge 04/05/1983 n.184 è norma di chiusura del sistema volta a salvaguardare il preminente interesse del minore – nel caso generata all'estero mediante la tecnica della procreazione medicalmente assistita - che ben si realizza attraverso la possibilità di essere adottato dalla partner omosessuale della propria madre biologica, che di fatto abbia svolto la funzione genitoriale. (1)

(omissis)

La ricorrente si è rivolta a questo Tribunale premettendo di essere la compagna di *(omissis)*, madre della minore *(omissis)* e di convivere con la donna dall'anno 2014. La Sig.ra *(omissis)* rappresentava che la decisione di ricorrere alla PMA (procreazione medicalmente assistita) all'estero, affinché la partner potesse diventare madre biologica, nacque dall'esigenza di dare corso al progetto di formare una famiglia e di avere dei figli. Il giorno 27 febbraio 2021, dopo meno di due anni dalla nascita della minore, la ricorrente e la Sig.ra *(omissis)* costituivano unione civile ai sensi della Legge n. 76/16, regolarmente trascritta nei registri dello Stato civile (vedi certificazione presente in atti).

Il G.D., Dr.ssa Flavia Martinelli, ha quindi richiesto un'approfondita indagine psicosociale alla equipe adozioni del Comune di Sulmona e ha proceduto alla convocazione delle parti.

La madre di (*omissis*), sentita all'udienza del 17 ottobre 2022, ha espresso il proprio consenso alla scelta adottiva della compagna e, insieme alla ricorrente, ha dichiarato di crescere e di occuparsi della minore unitamente a quest'ultima e di essere serenamente integrate come famiglia nel contesto sociale, non avendo mai subito alcuna forma di discriminazione, insistendo quindi nel dare forma e riconoscimento giuridico al legame che unisce la piccola (*omissis*) alla Sig.ra (*omissis*).

Con relazione in data (*omissis*) l'Equipe adozioni ha riferito in ordine alla positività del contesto familiare e socio-ambientale della minore, alla fitta di rete di sostegno costituita dalle risorse parentali, che non solo hanno accettato la scelta della coppia, ma hanno altresì supportato il nucleo familiare sia nella ricerca della gravidanza che attualmente nell'accudimento della nipote, a cui sono fortemente legati; il rapporto tra le due donne è apparso forte e ben equilibrato, oltre che consolidato nel tempo; l'intero nucleo familiare è risultato ben inserito nel contesto socio-ambientale e la minore frequenta regolarmente la scuola dell'infanzia; le donne, con naturalezza e tranquillità, hanno spiegato alla bambina la composizione della loro famiglia allargata e quest'ultima è apparsa molto socievole, serena e adeguatamente accudita; l'abitazione è apparsa più che adeguata e durante la visita domiciliare è stato osservato come gli spazi abitativi sono stati organizzati in modo funzionale alle esigenze della bambina. L'equipe ha concluso ritenendo che la ricorrente “possiede le capacità economiche, morali ed educative che consentono un sano sviluppo psicofisico della bambina”.

(*omissis*)

E' stato già condivisibilmente osservato (vedi, tra le altre. Tribunale per i Minorenni di Bologna n. 333/2016 8/6 - 6/7- 2017) come il comma 20 dell'art.1 L. n. 76 del 2016 ha tuttavia disposto in termini generali, e ad eccezione della tematica delle adozioni, l'applicabilità alle unioni civili di tutte le disposizioni “che si riferiscono al matrimonio” o che contengono le parole “coniuge” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi o nei contratti collettivi”, specificando che “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti Il legislatore della L. n. 76 del 2016 dimostra, con tale inciso, esprimendosi favorevolmente al mantenimento di quanto già “consentito”, e quindi già ammeso in via interpretativa, dalle norme vigenti, di conoscere e di tenere in massimo conto il dibattito e la giurisprudenza formatasi in tema di adozione da parte di coppie omosessuali (si veda per tutte Tribunale per i Minorenni di Roma 229/2014, confermata dalla Corte d'appello nel 2015 e, successivamente -dopo l'entrata in vigore della legge- dalla nota sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016).

Come è noto, non essendo consentito dalla legge italiana alle coppie non unite in matrimonio di accedere alla c.d. adozione legittimante (che presuppone il positivo accertamento dello stato di abbandono del minore e determina la totale rescissione della relazione del minore adottato con i componenti della famiglia d'origine) né, come già detto, a chi si è “unito civilmente” di far valere ai sensi dell'art. 44 lett. B tale condizione di “unione” per adottare il figlio biologico del compagno, le coppie omosessuali hanno fatto ricorso al disposto della lettera D dell'art. 44 L. n. 184 del 1983 per chiedere l'adozione del figlio del compagno (Tribunale per i Minorenni di Milano Sent., 10/10/2018).

Si ricorda che l'adozione speciale prevista dal citato art. 44 (come modificato dalla L. n. 149 del 2001) dispone che i minori possono essere adottati “anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7 (in assenza dello stato di abbandono) in quattro casi espressamente indicati: lett. A) adozione dell'orfano da parte dei parenti o da parte di chi avesse già con lui un rapporto stabile e duraturo, maturato anche nel corso di un affidamento familiare, lett. B) adozione del figlio, anche adottivo, del coniuge; lett. C) minore affetto da handicap ai sensi della L. del 1992, che sia orfano di padre e di madre e lett. D) minore per cui risulti la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

Tale normativa è stata interpretata, ed utilizzata, come uno strumento di chiusura, destinato a salvaguardare il preminente interesse del minore ad essere accolto in una famiglia ove ricorrano determinate ipotesi specifiche, senza che sia però necessario provvedere all'accertamento della sussistenza dello “stato di abbandono”, previo consenso del genitore ove in vita, e previo positivo accertamento ai sensi del successivo art. 57 L. n. 184 del 1983, che tale adozione risponda in concreto al preminente interesse del minore (vedi sul punto anche Cass. civ. Sez. I Ord., 26/06/2019, n. 17100).

Osserva il Collegio che senza alcun dubbio ricorrono, nel caso in esame, i presupposti richiesti dall'art. 44 lett. D perché sia pronunciata sentenza di adozione di (*omissis*) da parte della Sig.ra (*omissis*) nella quale la bambina riconosce a tutti gli effetti una figura genitoriale di riferimento.

Sussiste, infatti, il legame affettivo-genitoriale tra la ricorrente e la minore e sussiste, altresì, la necessità di preservare, anche giuridicamente, tale relazione nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di persone dello stesso sesso. Il periodo successivo alla nascita della bambina è valso, infatti, a consolidare il legame affettivo tra la ricorrente e Iside in una cornice a tutti gli effetti bi-genitoriale e, quindi, la decisione di richiedere l'adozione appare come il completamento essenziale del progetto di genitorialità delle due donne; questa volontà è stata ribadita in udienza dalla ricorrente e dalla

compagna, madre biologica della minore.

Il Collegio ritiene che il presupposto di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), cioè l'impossibilità dell'affidamento preadottivo, di fatto o di diritto, sia realizzato nel caso di specie, in quanto l'adottanda non si trova in una situazione di abbandono e mai potrebbe essere collocata in affidamento preadottivo. Non può ostare all'adozione della bambina da parte della ricorrente la circostanza che la donna non sia, ai sensi dell'ordinamento italiano, coniugata con la madre di (*omissis*).

Come già sopra esplicitato, un rapporto di coniugio tra il genitore dell'adottando e l'adottante è previsto solo dall'art. 44, co. i, lett. b), e non dall'art. 44, co. 1, lett. d), che trova applicazione alla fattispecie de qua. Se il Legislatore avesse voluto estendere tale presupposto anche all'art. 44, co. 1, lett. d), lo avrebbe fatto espressamente. Invero, la diversa formulazione letterale delle due ipotesi di cui alla lett. b) e alla lett. d) pone fuor di dubbio l'interpretazione qui seguita.

La norma in esame non può, dunque, non applicarsi, ad avviso del Collegio, anche a conviventi del medesimo sesso, alla luce dell'inequivoco dato letterale di cui all'art. 44, co. 1, lett. d). Tale norma non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali.

Una lettura in senso diverso sarebbe, peraltro, contraria alla ratio legis, al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali ("CEDU"), di cui l'Italia è parte. A favore di tale conclusione si pone, infine, l'interpretazione evolutiva proposta dalla giurisprudenza ormai granitica formatasi sul punto che fa leva sul "preminente interesse del minore" ad essere stabilmente inserito nel nucleo familiare cui già appartiene, vedendo giuridicamente riconosciuti rapporti di genitorialità sociale, che sul piano reale si manifestano in modi diversi ed aventi come tratto comune la significatività della relazione del minore con l'aspirante adottante per l'adeguatezza delle cure ricevute e l'intensità del legame affettivo (vedi Cass. civ., 22/06/2016, n. 12962; Cass. civ. Sez. I Ord., 26/06/2019, n. 17100).

Osserva il Collegio che, alla luce delle motivazioni svolte, sarebbe illegittimo respingere la domanda sottoposta dalla ricorrente all'esame di questo Tribunale solo ed esclusivamente a motivo del suo orientamento sessuale, in aperto contrasto con la lettera e la ratio della norma, nonché con i principi costituzionali e i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. Fermo restando che, come sottolineato dalla Corte di Strasburgo, la possibilità di introdurre o meno il matrimonio per le coppie omosessuali, così come la decisione di ammetterle alla domanda di adozione, costituisce una scelta dei legislatori nazionali dei singoli Paesi, che dovranno operare il bilanciamento tra contrapposti interessi, la possibilità di evitare il

pregiudizio di terzi, nel caso di specie di un bambino, ove l'interpretazione della legge già in vigore in uno Stato lo consenta, s'impone.

Nel caso di specie, non si può non tenere conto delle situazioni che sono da tempo esistenti e cristallizzate: (*omissis*) è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna, madre biologica, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi "classificazione giuridica", nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Negare alla bambina i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse del minore, che, come indicato dalla Corte Costituzionale stessa, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Cassazione occorre sempre valutare in concreto.

Non si tratta, infatti, di concedere un diritto *ex novo*, creando una situazione prima inesistente, ma di garantire la copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni, nell'esclusivo interesse di una bambina che è da sempre cresciuta e allevata da due donne, che riconosce come riferimenti affettivi primari, instaurando con la ricorrente un legame non diverso da quello genitoriale e vivendo come del tutto normale la costituzione della sua famiglia, composta da persone che manifestano la capacità di svolgere il ruolo genitoriale assicurando alla bambina la positività dell'ambiente familiare. Oltre a ciò occorre sottolineare che le due donne hanno utilizzato tutti gli strumenti giuridici a loro disposizione per ufficializzare la forza e la stabilità del loro progetto di vita, mediante la costituzione di un'unione civile regolarmente iscritta nei Registri statali, unico strumento previsto allo stato in Italia.

In conclusione il Collegio ritiene che il ricorso proposto dalla ricorrente, previa riqualificazione dello stesso nella fattispecie di cui alla lettera D della L. n. 184 del 1983 debba essere accolto in quanto ne sussistono tutti i presupposti di diritto e di fatto ed atteso che risponde all'interesse della minore essere adottata dalla sig.ra (*omissis*) la quale costituisce per (*omissis*) un riferimento stabile e significativo. Per l'effetto, l'adottata aggiungerà il cognome dell'adottante al proprio cognome di origine.

(*omissis*)

NOTA (1)

Per omogenitorialità si intende la relazione tra i componenti di una coppia omosessuale e i figli che crescono in quella coppia. sia che i figli siano nati da una precedente relazione eterosessuale, sia che siano nati da un progetto della coppia stessa (facendo ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita).

In Italia non esiste una legge che regolamenti e tuteli la genitorialità di una coppia omosessuale, ed il nostro ordinamento riconosce solo la responsabilità del genitore biologico del bambino, mentre il genitore elettivo/intenzionale, dal punto di vista legale, non esiste.

La Corte Costituzionale ha riconosciuto che il desiderio di avere figli è espressione della “fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” di qualunque essere umano. Per le coppie omosessuali la possibilità di avere accesso, sia pure all'estero, a varie tecniche di procreazione medicalmente assistita ha reso possibile la realizzazione di quel desiderio all'interno della coppia.

A tale possibilità non fa poi seguito il riconoscimento automatico del genitore non biologico dei figli nati con tali tecniche, e ciò nonostante quel genitore sia tale, e tale si senta, fin dalla nascita del desiderio di essere genitore, quindi assai prima della sua realizzazione, ragione per la quale non è, e non dovrebbe sentirsi, semplice “genitore sociale” di suo figlio.

La legge sulle Unioni civili ha regolato i rapporti delle coppie omosessuali, mancando, tuttavia, di regolamentare la relazione della coppia con i figli nati al suo interno, ovvero dei figli del singolo compagno che si unisce in coppia (stepchild adoption).

La Corte di Cassazione con Ordinanza n. 14878/2017, intervenendo su un tema così dibattuto, finalmente ha riconosciuto ed affermato il diritto alla trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero in Italia, ordinando la trascrizione di un atto di nascita di figlio nato da due donne, con l'indicazione di entrambe le madri nei registri dello Stato civile.

Nel 2017 analogo diritto è stato riconosciuto dal Tribunale di Livorno per i figli di una coppia di padri.

Sempre nel 2017 il Tribunale per i Minorenni di Firenze e la Corte d'Appello di Genova ordinano il riconoscimento in Italia di sentenze di adozione piena, pronunciate all'estero in favore di coppie di padri italiani o con doppia cittadinanza.

L'obiettivo è in tutti i casi sempre lo stesso: ottenere che il bambino nato da una coppia di persone dello stesso sesso venga riconosciuto “giuridicamente” figlio di entrambe le sue madri o i suoi padri, esattamente come lo è dal punto di vista affettivo e nella sua vita quotidiana.

L'eventualità di una filiazione, riferita ad una coppia di persone del medesimo sesso, viene presa in considerazione espressamente nel nostro ordinamento solo in termini negativi, nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, con la disposizione dedicata alla disciplina dei requisiti

soggettivi per l'accesso alle tecniche, che tale ipotesi per l'appunto esclude dal novero delle possibilità ammesse. La norma in discorso esprimeva, del resto, forse più d'ogni altra, la tendenza di fondo della disciplina del 2004 a restringere le modalità di ricorso alla procreazione assistita per ricondurla ad una logica di imitatio naturae al fine di evitare scontri irreversibili.

La disposizione in parola appare tuttora immutata, ma il quadro in cui essa si colloca, ed alla luce del quale va dunque necessariamente interpretata ed applicata, è cambiato in maniera radicale, per quanto attiene sia alla disciplina della procreazione assistita, sia alla collocazione sistematica del rapporto di coppia omosessuale.

La ricordata logica della imitatio naturae è stata oggetto di un sostanziale scardinamento da parte dell'elaborazione giurisprudenziale, relativa ad ampie parti della stessa legge del 2004, che ha subito tutta una serie di interpretazioni da parte della giurisprudenza, tali da sconvolgerne l'originario assetto.

Oggi la fecondazione eterologa è in linea generale ammessa, nelle sue differenti varianti, mentre alla procreazione assistita possono accedere anche persone fertili, allo scopo di evitare i rischi connessi alla trasmissione sessuale o ereditaria di gravi patologie.

Resta invece fermo, e presidiato dalla sanzione penale, il divieto del ricorso alla maternità surrogata, il cui disvalore è stato ribadito anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Inoltre i riferimenti normativi alla coppia coniugata o convivente, anche composta da persone di uguale sesso, sono stati interessati da importanti trasformazioni sistematiche che non possono non rilevare anche ad un livello ermeneutico più generale.

Anzitutto, la nozione giuridica di convivenza, che nel 2004 era soltanto il frutto di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale oggi si presenta, invece, come specificamente normata da un'ulteriore disciplina, anche all'interno della Riforma Cartabia, ove si pensi che viene introdotto un Processo delle Famiglie (e non più della famiglia) a regimentare che la famiglia fondata sul matrimonio e su persone di sesso diverso è stata definitivamente superata e affiancata da nuove possibilità affettive.

Ed invero, la realtà ha dato frutti di vicende molto particolari nel loro genere e molto diverse tra loro, dove la realtà della coppia eterosessuale coniugata, con rito concordatario o rito civile, resta sempre più sullo sfondo.

La nuova disciplina generale delle convivenze ricomprende, quindi, sia i rapporti eterosessuali, quanto quelli omosessuali, senza distinzioni di sorta e, quindi, anche la posizione sistematica di tutte le ipotesi di omogenitorialità

è ormai radicalmente mutata, in quanto le vicende familiari sono state negli ultimi anni oggetto di una intensissima elaborazione giurisprudenziale, oltre che fattuale.

Anzitutto, la giurisprudenza di legittimità, recependo il dictum di una più risalente decisione europea che faceva leva sul divieto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, ha sancito che, con riferimento all'affidamento di un figlio conteso in un contesto di crisi familiare, non è fondata la pretesa del padre di escluderne la madre solo perché convivente con un'altra donna, non potendo tale situazione essere considerata a priori come pregiudizievole per il minore. In altre parole, la pronuncia ha escluso che un'omosessuale debba considerarsi in quanto tale una cattiva genitrice e che la crescita nel contesto di una famiglia same-sex costituisca sempre una soluzione di per sé in contrasto con il criterio dei best interests of the child (Corte di Cassazione n. 601 del 11/01/2013).

Ai medesimi presupposti sostanziali si è quindi richiamato il sempre più consolidato orientamento giurisprudenziale che estende alla parte di una coppia omosessuale la possibilità dell'adozione in casi particolari del figlio della compagna, anche qui in coerenza con i criteri europei, benché in assenza questa volta di un precedente altrettanto netto al riguardo.

Inoltre i giudici costituzionali hanno riconosciuto che:

“La tutela dell'interesse del minore impone di garantire a tutti i bambini adottati il riconoscimento dei rapporti di parentela che nascono dall'adozione. Il minore adottato - nelle ipotesi conosciute come “adozione in casi particolari” - ha lo status di figlio e non può essere privato dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione «ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni». Non riconoscere i legami familiari con i parenti del genitore adottivo equivale a disconoscere l'identità del minore costituita dalla sua appartenenza alla nuova rete di relazioni familiari che di fatto costruiscono stabilmente il suo quotidiano“. È quanto si legge nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, promosso dal Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna.

E, sebbene nella maggior parte dei casi sinora prospettatisi, le vicende analizzate abbiano riguardato coppie femminili, ciò non ha peraltro esclu-

so che, in alcune occasioni, gli stessi percorsi argomentativi abbiano potuti essere sviluppati, e con analoga credibilità, anche con riferimento a coppie maschili.

Il riconoscimento legale della possibilità delle coppie omosessuali di accedere alla genitorialità viene considerato un diritto delle coppie omosessuali, e l'argomento giuridico cardine che legittima, sia a livello giurisdizionale sia legislativo, l'adozione da parte di coppie omosessuali è legato al concetto del child best interest (il migliore interesse del figlio) all'avere due figure genitoriali stabili.

Nell'ambito di questo stato di cose si colloca la Sentenza in commento con la quale, mirabilmente, il Tribunale per i minorenni di L'Aquila riconosce l'evidenza di tutti i principi formulati fino ad oggi e ripercorrendo l'iter giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari, accoglie la domanda della compagna della madre della minore ad adottare la figlia di lei.

Ed esprime.

Il punto di partenza è rappresentato dalla dichiarazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, citata dalla Cassazione nella sentenza 12962/16 e nella importante Ordinanza a Sezioni Unite n. 12193 del 2019, la quale ha affermato il principio secondo cui, in tema di adozione del figlio del partner, il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della Convenzione impone di non operare ingiustificate disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e quelle formate da persone dello stesso sesso.

Numerosi grandi Tribunali per i minorenni (quali quelli di Milano, Torino, Napoli e Palermo) hanno emesso sentenze di rigetto delle adozioni del figlio del partner, solo in alcuni casi riformate in appello (Milano Torino e Napoli), e attualmente gli ulteriori procedimenti in corso sono pendenti da diversi anni senza che siano state emesse le relative sentenze.

Ad eccezione dei Tribunali per i minorenni di Roma, Bologna, Firenze e Venezia, ed ora anche L'Aquila, che hanno disposto numerose adozioni ex art. 44 comma 1 lettera d), non risultano altre pronunce di primo grado favorevoli in altri fori.

Ciò comporta che, al momento attuale, la possibilità di ottenere il rispetto del diritto del minore a vedersi riconosciuto il proprio rapporto parentale con il genitore "di intenzione" è di fatto rimessa al caso, e a "libere decisioni" di troppe numerose corti che, in dispregio della funzione nomofilattica della Suprema Corte, ne contrastano più o meno espressamente gli affermati principi di diritto.

Peraltro la stessa azione per la dichiarazione della adozione in casi particolari, a differenza della trascrizione del certificato di nascita formato

all'estero, richiede per sua stessa natura lunghi tempi di attesa, nell'ordine di almeno due o tre anni, sia per essere promossa, in quanto questa necessita l'esistenza di un rapporto affettivo tra il minore e il genitore di intenzione che, necessariamente, deve avere il tempo di maturare per essere portata a compimento, dovendo il giudice accertare la sussistenza di tutti i presupposti di cui all'art. 57 della Legge 184/83.

La stessa Corte costituzionale intervenendo sull'adozione in casi particolari ha affermato che, in mancanza di altro, l'adozione in casi particolari è meglio che niente, ma viola comunque i diritti dei bambini, perché non li tutela appieno né in modo tempestivo.

E per questo motivo ha chiesto al legislatore di approvare una legge che permetta il riconoscimento immediato dei figli delle coppie dello stesso sesso, in particolare di due madri:

“Pur richiamando gli approdi della giurisprudenza di legittimità, che, al fine di evitare un vulnus, ha ritenuto applicabile l'adozione cosiddetta non legittimante in base a un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, questa Corte ha preannunciato l'urgenza di una “diversa tutela del miglior interesse del minore”, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale”, invocando l'intervento del legislatore”.

Federica Di Benedetto

Trib. L'Aquila – sent. n. 657/2023 (est. Manzi)

Distanze tra costruzioni – Prevenzione – Onere prova- Concessione edilizia - Irrilevanza

Il meccanismo della prevenzione, in tema di distanze tra costruzioni, si traduce nella regola probatoria, secondo cui l'onere della prova di aver costruito per primo compete a chi chiede l'arretramento del fabbricato altrui

In tema di distanze nelle costruzioni, il principio secondo cui la rilevanza giuridica della concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato va inteso nel senso che il conflitto tra proprietari interessati in senso opposto alla costruzione deve essere risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie che disciplinano le distanze legali; non rilevano le norme concernenti il permesso di costruire, che riguardano solo l'aspetto formale dell'attività costruttiva. (1)

(omissis)

Le domande di parte attrice, ..., riguardano l'accertamento della violazione dell'art. 9 del D.M. 02.04.1968, n. 1444 e dell'art. 783 c.c., per avere gli odierni convenuti edificato un fabbricato sul fondo confinante con quello dell'odierna attrice, mancando di rispettare la normativa in materia di distanze tra le costruzioni, con conseguente richiesta di demolizione delle porzioni irregolari e di condanna al risarcimento del danno.

In particolare, a sostegno della domanda, parte attrice ha dedotto che la costruzione realizzata dai signori *Tizio* e *Sempronia* è posta ad una distanza di appena 6 metri dalla propria abitazione preesistente a quella realizzata dai convenuti, evidenziando anche come a favore del proprio fondo sussiste un diritto di servitù di mantenimento della costruzione a confine. Ciò premesso, ha rappresentato che la costruzione dei convenuti viola sia l'art. 873 c.c. sia l'art. 9 del d.m. 1444/1968, il quale proibisce l'edificazione di fabbricati finestrati ad una distanza inferiore ai 10 metri rispetto ad altro edificio antistante.

I convenuti hanno contestato l'avversa pretesa, rappresentando, che

- sul terreno da loro acquistato dall'odierna attrice insisteva già un fabbricato, edificato dai venditori e demolito in forza di concessione per la demolizione rilasciata in data 3 febbraio 1996;
- in base alla medesima suddetta concessione, avevano edificato il proprio immobile, posto alla stessa distanza dal confine del fabbricato costruito dai venditori e poi demolito;

- la stessa attrice aveva realizzato, sulla parte posteriore della propria abitazione, in posizione antistante la proprietà dei convenuti, una veranda, la quale era però abusiva poiché costruita in assenza di qualunque concessione edilizia;
- la propria costruzione era stata edificata nel rispetto delle norme in materia di distanze, essendo posta ad una distanza di oltre dieci metri dall'edificio di parte attrice, non potendo computarsi, nel calcolo delle distanze, la veranda realizzata abusivamente né il ripostiglio posto al di sotto della stessa.

(*omissis*)

2. Ripartizione dell'onere della prova

Prima di passare ad esaminare il merito, giova ricordare che nei rapporti di vicinato si pone anzitutto il principio della prevenzione, delineato dagli artt. 873 e ss. c.c., attraverso cui è riconosciuto al confinante che costruisce per primo la possibilità di condizionare la scelta del vicino che, a sua volta, voglia successivamente edificare al confine e oltre.

L'operatività del meccanismo della prevenzione, in tema di distanze tra costruzioni, si traduce nella regola probatoria, secondo cui "incombe a chi chiede l'arretramento del fabbricato altrui, sul presupposto della preesistenza della propria costruzione, l'onere della prova di avere costruito per primo" (Cass. n. 144/2016; Cass. n. 11899/2002). Oltre a ciò, secondo i criteri generali di riparto dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c., il proprietario che lamenta la violazione delle distanze a causa della realizzazione di un'opera su un fondo limitrofo è chiamato a dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi del diritto vantato, ossia il fatto della "costruzione" sul fondo limitrofo e la dedotta violazione delle distanze legali dettate dal codice civile (art. 873 ss.) e di quelle integrative previste dagli strumenti urbanistici a livello locale e da leggi speciali (cfr. Cass. n. 15081/2018; Cass., n. 18021/2022).

Una volta che l'attore abbia assolto a tale onere, spetta a chi eccepisce l'inesistenza o l'estinzione dell'altrui diritto, provare i fatti su cui l'eccezione si fonda, in ossequio all'art. 2697, comma 2 c.c.

Ciononostante, il principio dell'onere della prova non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi del diritto azionato debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che ne è gravato, giacché nel nostro ordinamento vige il "principio di acquisizione", secondo il quale tutte le risultanze istruttorie, comunque ottenute, quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale siano formate, concorrono alla formazione del convincimento del giudice (cfr. Cass. n. 3806/2013; Cass. n. 14284/2018; Corte App. L'Aquila, n. 950/2022).

Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice è poi chiamato doverosamente a porre a fondamento della decisione anche i “i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”, ai sensi dell’art. 115, comma 1 c.p.c., la quale, in virtù del principio di disponibilità delle prove, ha l’onere di contestare specificamente e tempestivamente i fatti posti a fondamento della domanda attorea. (*omissis*)

Ebbene, nel caso di specie, anche sul piano probatorio, i convenuti, proprietari dell’immobile confinante con quello dell’attrice, costituendosi in giudizio, hanno contribuito ad arricchire descrittivamente la “situazione attuale” delle proprietà immobiliari, riconoscendo e documentando che: a) con atto del 13.10.1994 *Tizio e Sempronia* hanno acquistato da *Mevia e Caio* una porzione di fabbricato con area annessa,, il tutto confinante, tra l’altro, con la proprietà dei venditori; b) con concessione per la demolizione dell’esistente e costruzione del nuovo fabbricato, rilasciata in data 3 febbraio 1996, i convenuti hanno realizzato il proprio immobile, mantenendo la stessa distanza dal confine del precedente edificio; c) la distanza tra l’abitazione dei convenuti (lato parete finestrata) e il manufatto di parte attrice (attualmente adibito ad uso locale ripostiglio) posta sul confine è di 6,10 metri; d) la distanza tra la medesima abitazione e una veranda, abusivamente realizzata dalla parte attrice in aderenza alla propria abitazione è di 9,50 metri.

Ciò su cui si è incentrata la difesa dei convenuti attiene piuttosto e principalmente alla opportunità di computare, nel calcolo delle distanze, anche il predetto ripostiglio e la veranda realizzati dall’attrice o se invece gli stessi siano da ritenersi irrilevanti rispetto ai limiti legali sulle distanze dettati dall’art. 9, commi 2 e 3 del D.M. n. 1444/1968 e s.m.i.

In sintesi, i due principali motivi di eccezione e contestazione della domanda attorea si incentrano:

- (i) da un lato, nel fatto che la veranda sita a 9,5 metri dall’abitazione dell’attrice, così come il locale ripostiglio posto al di sotto della stessa, sono abusivi, in quanto realizzati in assenza di qualunque titolo e mai condonata; pertanto, inidonei a condizionare il diritto edificatorio insistente sul fondo vicino;
- (ii) dall’altro, nella qualificazione come “costruzione” del manufatto adibito a locale ripostiglio di proprietà dell’attrice, edificato sul confine;
- (iii) infine, nella circostanza che i convenuti non avrebbero violato le distanze previste dalla legge con alcuna “nuova costruzione”, avendo gli stessi rispettato le distanze fissate dalla stessa attrice e dal di lei coniuge all’epoca della costruzione dell’edificio poi oggetto di demolizione.

(*omissis*)

Orbene, scendendo al merito, risulta certo e documentato che gli immobili oggetto di causa ... confinano tra loro: in particolare, si tratta di due corpi di fabbrica a destinazione residenziale realizzati in epoche diverse e in prossimità del confine di proprietà che separa i due fondi. Come emerso anche dalle indagini compiute e descritte nella relazione di CTU l'immobile di proprietà dell'attrice è stato realizzato a far tempo dall'anno 1950, mentre l'immobile di titolarità delle parti convenute, pur derivando dalla demolizione di un fabbricato preesistente, è stato realizzato (nella attuale conformazione) in tempi più recenti

Dunque, la CTU ha confermato che l'intervento edilizio sul fondo dei convenuti risulta attuato mediante demolizione dei manufatti esistenti (garage e magazzino) e ricostruzione di una nuova unità residenziale. Ciò trova riscontro nella documentazione legittimamente acquisita dal CTU presso il Comune di L'Aquila (cfr. allegati all'elaborato peritale) da cui emerge che:

- l'immobile attualmente in proprietà dei convenuti insiste sulla porzione di terreno ove era edificato l'edificio adibito ad uso garage e magazzino, poi demolito, e si pone ad una distanza di 5,93 metri dal confine;

- lo stesso immobile si pone ad una distanza di mt. 9,57 dalla veranda con vetrata chiusa, di cui non si hanno titoli, costruita in aderenza all'abitazione della parte attrice e a mt 13,13 da tale ultimo fabbricato di abitazione, senza considerare lo spazio occupato dalla veranda.

4. Disciplina applicabile ed esame della fattispecie concreta

Orbene, venendo ad esaminare il problema delle distanze e della disciplina applicabile, va preliminarmente evidenziato che nessuna delle parti ha mai contestato che l'immobile di proprietà dei convenuti, nel fronte che volge a confine con la proprietà dell'attrice, presenti "pareti finestrate" rilevanti ai sensi del D.M. n. 1444 del 1968, art. 9, sia che la si voglia sussumere nell'accezione più ampia adottata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, n. 6136/2019: "per "pareti finestrate" devono intendersi non soltanto le pareti munite di "vedute" ma, più in generale, tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l'esterno, quali porte, balconi, finestre di ogni tipo'), sia se la si voglia inquadrare sotto un certo orientamento della giurisprudenza civile, che dà invece rilievo alla possibilità dell'affaccio (cfr. Cass. n. 26383/2016; Cass. n. 6604/2012).

(omissis)

Ciò posto, ferma l'utilizzabilità dei dati tecnici e dei rilievi acquisiti dal CTU, anche a valle della trasmissione delle osservazioni dei CTP - sulla bontà dei quali non si ha motivo di dubitare, giova rammentare che, la norma di

riferimento in tema di distanze è costituita anzitutto dal già citato art. 873 c.c., il quale stabilisce che “le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri” precisando, al contempo che, nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore. La violazione delle disposizioni dei regolamenti locali che fissano le distanze tra le costruzioni o dai confini, eventualmente in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile, dà diritto a pretendere la riduzione in pristino, oltre al risarcimento dei danni (Cass. n. 14351/2000). L’art. 873 cit., secondo l’orientamento della giurisprudenza di legittimità, va interpretato, in relazione all’interesse tutelato dalla norma, nel senso che la nozione di “costruzione” comprende qualsiasi manufatto avente caratteristiche di consistenza e stabilità, o che emerga in modo sensibile dal suolo, sporgendone stabilmente, e che, per la sua consistenza, abbia l’idoneità a creare intercapedini pregiudizievoli alla sicurezza ed alla salubrità del godimento della proprietà, senza riferirsi necessariamente ad un edificio ma ad un qualsiasi manufatto, avente le suddette caratteristiche. Ai sensi della citata disposizione, esiste, dunque, una nozione unica di costruzione, consistente in qualsiasi opera non completamente interrata avente i caratteri della solidità ed immobilizzazione rispetto al suolo, indipendentemente dalla tecnica costruttiva adoperata e nella quale non sono computabili le sporgenze esterne del fabbricato che abbiano funzione meramente ornamentale; tale nozione non può essere modificata dai regolamenti comunali, sia pure al limitato fine del computo delle distanze legali, poiché il rinvio contenuto nella seconda parte dell’art. 873 c.c. ai regolamenti locali, costituenti norme secondarie, è circoscritto alla sola facoltà di stabilire una distanza maggiore (Cass. n. 23040/2023; Cass. n. 12203/2022; Cass. 25191/2021; Cass. n. 16123/2013, Cass. n. 19554/2009).

Tale interpretazione va senz’altro riferita anche all’art. 9 del D.M. 1444/1968 sopra richiamato, che - traendo forza cogente dall’articolo 41 quinquies della legge n. 1150 del 1942 - ha efficacia di legge dello Stato integrando, con efficacia precettiva, il regime delle distanze nelle costruzioni e stabilendo la distanza di 10 metri tra pareti finestrate, derogabile, ai sensi del comma 3 del medesimo, soltanto tramite piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate.

Ne consegue che, a parere di questo giudice, il CTU, nel dare risposta all’ultimo quesito posto, avrebbe dovuto tenere conto anche della distanza intercorrente tra la parete finestrata dell’abitazione dei convenuti e il locale ripostiglio di proprietà dell’attrice insistente sul confine. Tale fabbricato è infatti preesistente rispetto a quella delle parti convenute e allo stesso va riconosciuta la natura di “costruzione”, alla luce della giurisprudenza testé richiamata.

Del resto, in materia di distanze tra fabbricati, l'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 va inteso nel senso che la distanza minima di dieci metri è richiesta anche nel caso in cui una sola delle pareti fronteggianti sia finestrata e che è indifferente se tale parete sia quella del nuovo edificio o quella dell'edificio preesistente, essendo sufficiente, per l'applicazione di detta distanza, che le finestre esistano in una qualsiasi zona della parete contrapposta ad altro edificio, benché solo una parte di essa si trovi a distanza minore da quella prescritta, con la conseguenza che il rispetto della distanza minima è dovuto pure per i tratti di parete parzialmente privi di finestre (cfr. Cass., n. 11048/2022).

In ogni caso, anche a non voler considerare il manufatto insistente sul confine, la distanza tra la parete finestrata dei convenuti e l'abitazione della Ciuffetelli non risulta conforme alle distanze legali, non rispettando la distanza minima di 10 metri, dovendo certamente considerarsi, ai fini del calcolo delle distanze, anche la veranda posta in aderenza del suddetto edificio, a cui va senz'altro riconosciuta la qualifica di "costruzione" nel senso sinora richiamato.

Difatti, secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza in tema di distanze tra costruzioni e distanze tra costruzione e confine, non v'è alcuna differenza tra fabbricati principali e costruzioni accessorie ai primi, sicché è da considerarsi illegittima la costruzione di un edificio a distanza inferiore a quella prescritta dalla legge anche con riferimento ad edificio accessorio a quello principale posto su fondo finitimo (cfr. Cass. n. 6855/2017; Cons. Stato n. 836/2019).

Quanto poi alla dedotta abusività della veranda, effettivamente riscontrata anche dal CTU, deve osservarsi che, in tema di distanze nelle costruzioni, il principio secondo cui la rilevanza giuridica della concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato, senza estendersi ai rapporti tra privati, va inteso nel senso che il conflitto tra proprietari interessati in senso opposto alla costruzione deve essere risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie che disciplinano le distanze legali, tra le quali non possono comprendersi anche quelle concernenti la concessione edilizia (permesso di costruire), perché queste riguardano solo l'aspetto formale dell'attività costruttiva, con la conseguenza che, così come è irrilevante la mancanza di licenza o concessione edilizia allorché la costruzione risponda oggettivamente a tutte le prescrizioni del codice civile e delle norme speciali senza ledere alcun diritto del vicino, così l'aver eseguito la costruzione in conformità della ottenuta licenza o concessione non esclude di per sé la violazione di dette prescrizioni e quindi il diritto del vicino, a seconda dei casi, alla riduzione in pristino o al risarcimento dei danni (cfr. Cass. n. 4833/2019; conf. ex multis Cass. n. 17487/2014;

Cass. n. 20848/2013; Cass. n. 17286/2011; Cass. n. 4961/2010; Cass. n. 7563/2006; Cass. n.4372/2002; Cass. n. 10173/1998; Cass. n. 10875/1997).
(*omissis*)

Applicando tali principi al caso di specie, deriva l'irrelevanza dell'assenza del titoli relativi alla realizzazione della veranda, che va considerata parte integrante dell'abitazione e computata nel calcolo delle distanze tra le costruzioni.

In tale prospettiva, altrettanto irrilevante deve ritenersi la circostanza che i convenuti abbiano edificato alle medesime distanze un tempo occupate dal garage/magazzino insistente sul medesimo fondo e oggetto di demolizione, non essendo accertata la sussistenza di alcuna servitù a favore del fondo dei convenuti; pertanto, deve ritenersi che i convenuti nella realizzazione della "nuova costruzione" avrebbero dovuto conformarsi al rispetto delle distanze imposte dalla legge.

5. La tutela reale e la tutela risarcitoria

La violazione delle distanze tra costruzioni previste dal codice civile e dalle norme speciali in materia comporta, in favore del proprietario confinante che abbia visto accertare tale violazione, sia la tutela in forma specifica finalizzata al ripristino della situazione antecedente al verificarsi dell'illecito, sia la tutela risarcitoria, con la precisazione che il danno subito si traduce in una diminuzione temporanea del valore del bene.

Con specifico riferimento alle domanda di rimessa in pristino, merita rilevare che, essendo le distanze fra le costruzioni predeterminate con carattere cogente in via generale ed astratta, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza, al giudice non è lasciato alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della disciplina in materia per equo contemperamento degli appositi interessi. Pertanto, in caso di costruzione realizzata senza l'osservanza delle distanze legali o regolamentari, il giudice deve ordinare incondizionatamente la riduzione in pristino, ancorché questa possa incidere sulle parti dell'edificio regolari (Cass. n. 8691/2017).

In tale ottica, il principio per cui l'eliminazione delle vedute abusive può essere realizzata non solo con la demolizione delle porzioni immobiliari con le quali si verifica la violazione di legge lamentata, ma anche attraverso idonei accorgimenti che impediscano di esercitare la veduta sul fondo altrui, come l'arretamento del parapetto o l'apposizione di idonei pannelli che rendano impossibili il "*prospicere*" e l'"*inspicere in alienum*", va inteso nel senso di limitarne l'operatività esclusivamente ai casi di violazione delle distanze delle

vedute e non pure di quelle tra costruzioni, per le quali la presenza delle vedute è mero presupposto fattuale per l'applicazione della disciplina più restrittiva prevista dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 (Cass. n. 25495/2021; Cass., n. 4834/2019).

Nel caso in esame, dunque, l'accertata inosservanza da parte dei convenuti delle distanze minime imposte dall'art. 9 del d.m. 1444/1968, impone di adottare i provvedimenti necessari per la riduzione in pristino del bene, non potendosi per le ragioni ora esposte, accogliere la richiesta avanzata dalla difesa dei convenuti, in relazione alla possibilità di disporre, in alternativa alla demolizione, la chiusura delle vedute poste sulla facciata del proprio edificio, antistante la proprietà dell'attrice.

Quanto, infine, alla domanda risarcitoria, deve evidenziarsi che parte attrice si è limitata a chiedere la pronuncia di una sentenza generica di condanna dei convenuti.

(omissis)

NOTA (1)

L'oggetto del giudizio (in sintesi)

La controversia sorge a seguito della richiesta di demolizione di un fabbricato posto a distanza non regolamentare da un fabbricato limitrofo

La domanda è basata sull'art. 873 c.c. e sul l'art. 9 del d.m. 1444/1968, il quale proibisce l'edificazione di fabbricati finestrati ad una distanza inferiore ai 10 metri rispetto ad altro edificio antistante.

I convenuti hanno resistito rappresentando, tra l'altro che l'attrice aveva realizzato un ripostiglio ed una sovrastante veranda, i quali erano però abusivi e che invece la propria costruzione era stata edificata nel rispetto delle norme in materia di distanze, essendo posta ad una distanza di oltre dieci metri dall'edificio di parte attrice, non potendo computarsi, nel calcolo delle distanze, la veranda realizzata abusivamente né il ripostiglio posto al di sotto della stessa.

I principi di diritto adottati

Il Giudice, in primis, qualifica la domanda come negatoria servitutis, (in tal senso anche Raffaele Albano in Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno, vol. 7) in quanto la stessa mira a tutelare il diritto di una servitù di

contenuto contrario al limite violato e ad impedirne tanto l'esercizio attuale, quanto il suo eventuale acquisto per usucapione ; ne conseguono l'operatività del meccanismo della prevenzione e l'onus probandi, a carico di parte attrice, della preesistenza del proprio fabbricato, prova assoluta anche in virtù del principio della mancata contestazione.

Il Giudice, assunto quale fatto pacifico l'edificazione a distanza minore di mt. 10 (distanza stabilita dei regolamenti locali) rispetto al lato finestrato dell'abitazione dei convenuti, ritiene quindi che la violazione delle disposizioni dei regolamenti locali che fissano le distanze tra le costruzioni o dai confini, eventualmente in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile, dà diritto a pretendere la riduzione in pristino.

Al riguardo ritiene il Giudice che va considerata, ai fini del calcolo delle distanze, anche la veranda posta in aderenza del suddetto edificio, a cui va senz'altro riconosciuta la qualifica di "costruzione"; difatti, ritiene il Giudice che non vi sia alcuna differenza tra fabbricati principali e costruzioni accessorie ai primi, sicché è da considerarsi illegittima la costruzione di un edificio a distanza inferiore a quella prescritta dalla legge anche con riferimento ad edificio accessorio a quello principale posto su fondo finitimo.

Il Giudice ritiene poi che in tema di distanze nelle costruzioni, vale il principio secondo cui la rilevanza giuridica della concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato, senza estendersi ai rapporti tra privati, e che tale principio va inteso nel senso che il conflitto tra proprietari deve essere risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie che disciplinano le distanze legali, tra le quali non possono comprendersi anche quelle concernenti la concessione edilizia (permesso di costruire), perché queste riguardano solo l'aspetto formale dell'attività costruttiva,

Risulta quindi, a detta del Giudice, irrilevante la mancanza di permesso di costruire quando la costruzione risponda oggettivamente a tutte le prescrizioni del codice civile e delle norme speciali senza ledere alcun diritto del vicino.

La violazione delle distanze tra costruzioni previste dal codice civile e dalle norme speciali in materia comporta, in favore del proprietario confinante che abbia visto l'accertamento di tale violazione, sia la tutela in forma specifica finalizzata al ripristino della situazione antecedente al verificarsi dell'illecito, sia eventualmente la tutela risarcitoria (negata nel caso di specie, in assenza di elementi probatori),.

Un breve commento

La sentenza risulta meritevole di attenzione in quanto, al di là dei principi di diritto strettamente legati alla decisione presa, motiva con particolare attenzione ogni passaggio logico adottato, richiamando su ogni punto la giurisprudenza relativa e qualificando gli istituti in esame.

Sotto tale aspetto la sentenza, anche se ridondante, risulta interessante per la vasta panoramica degli argomenti trattati, anche incidentalmente, e risulta difficile, o comunque esorbitante, un esame completo della stessa.

Non può però omettersi che resta un punto “oscuro”, ovvero poco approfondito, non sappiamo se dovuto alla sentenza stessa o a carenze degli scritti difensivi o all’effettiva situazione di fatto che non ci è dato conoscere a pieno, in assenza degli elaborati peritali.

I convenuti hanno eccepito la preesistenza di un fabbricato posto a distanza inferiore a quella di legge.

Il Giudice ha ritenuto irrilevante la circostanza che i convenuti abbiano edificato alle medesime distanze un tempo occupate dal garage/magazzino insistente sul medesimo fondo e oggetto di demolizione, non essendo accertata la sussistenza di alcuna servitù a favore del fondo dei convenuti; pertanto, deve ritenersi, a detta del giudicante che i convenuti nella realizzazione della “nuova costruzione” avrebbero dovuto conformarsi al rispetto delle distanze imposte dalla legge.

Sotto tale profilo, pur avendo il Giudice dato rilevanza al principio del rispetto urbanistico delle distanze in capo al nuovo fabbricato, qualche minima perplessità resta.

Infatti, viene da chiedersi se effettivamente sia inesistente, o meno una servitù in capo ai convenuti; se i due fondi appartenevano originariamente allo stesso proprietario potrebbe (dovrebbe) essersi creata, al momento della compravendita del fondo, una servitù reciproca per destinazione del padre di famiglia.

E almeno una vecchia Cassazione (Cass.63/454) riteneva che sia possibile abbattere e ricostruire mantenendo la distanza irregolare.

Ma anche di recente il TAR Campania (sentenza n. 1624/2021), pur ritenendo che le disposizioni sulle distanze abbiano carattere inderogabile, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e sicurezza, ha sancito che tali norme si applichino alle nuove costruzioni e non già agli edifici preesistenti, in quanto in sede di ricostruzione (che si ha quando

si rimanga nei limiti preesistenti di altezza, volumetria e sagoma dell'edificio) non avrebbe senso prescrivere distanze diverse.

Del resto in tal senso risulta esplicito, almeno nel suo ambito di applicazione, l'art. 2 bis comma 1 ter del D.P.R 380/2001,

Probabilmente nel nostro caso non ci troviamo di fronte ad una mera ricostruzione, ma di fronte ad un nuovo edificio; tale aspetto non ci è noto con certezza anche se va tenuto che il vecchio e demolito edificio era costituito da garage e magazzino e che il nuovo è costituito da edificio residenziale e che pertanto è da presumere la natura di "nuovo edificio" e non di mera ricostruzione per il manufatto che ci riguarda.

Quindi, la sentenza in esame appare conforme ai principi generali, anche se forse, in linea di fatto eccessivamente punitiva nei confronti dei convenuti, in quanto la violazione delle distanze date è riferibile ad un elemento accessorio a veranda.

Giuseppe Malcangi

Trib. Pescara – ord. 14 settembre 2023 (est. Di Fulvio)

Opposizione a decreto ingiuntivo per competenze d'avvocato – Competenze attinenti attività stragiudiziale – Rito applicabile – Procedura camerale prevista dalla L. n. 794/1942 – Ammissibilità

Opposizione a decreto ingiuntivo per competenze professionali non rientranti nell'ambito della L. n. 794/1942 – Rito applicabile – Rito sommario – Ammissibilità

E' possibile opporsi ad un decreto ingiuntivo attinente attività stragiudiziali a mezzo del rito previsto dalla L. n. 794/1942 allorchè dette attività sono strumentali o complementari ad altra attività giudiziale.

In ogni caso anche qualora detta connessione non sussista è comunque possibile spiegare opposizione utilizzando il rito sommario di cognizione.(1)

(omissis)

L'avv. ### ha con ricorso depositato il 25.10.2020 ha chiesto ed ottenuto l'emissione del decreto ingiuntivo con cui è stato ingiunto a ### il pagamento della somma di € 5296,01 quale compenso per le seguenti attività professionali – indicate come effettuate in sede stragiudiziale – in favore della ###:

- 1) assistenza, consulenza e redazione della scrittura privata intercorsa tra la stessa ### e la controparte Sig.ra ###, nonchè assistenza in sede di autentica notarile della scrittura predetta (Dott.ssa ###, Notaio in Pescara);
- 2) redazione di bozza del ricorso per cessazione degli effetti civili del matrimonio, non proseguito per decisione della stessa ###.

Avverso detto decreto, notificatole il 2.12.2020, l'ingiunta ha proposto opposizione depositando in data 7.1.2021 ricorso ex art.702 bis c.p.c. nel quale ha chiesto, per le ragioni che si stanno per esaminare, che il decreto ingiuntivo fosse revocato e che fosse dichiarato che nulla la ### doveva al ###.

L'opposto si è costituito in giudizio con apposita comparsa

(omissis)

1. Il rito da seguire e la tempestività dell'opposizione

Con ordinanza del 23.6.2021 il rito era stato trasformato da sommario a ordinario, avendo il giudice assegnatario della causa ritenuto che, pur essendo stato emesso il decreto ingiuntivo per preteso compenso per prestazioni professionali stragiudiziali e non trovando, quindi, l'art.14 D.lgs. 150/2011 (riguardante solo i pretesi compensi per prestazioni giudiziali civili), la ### aveva

proposto ricorso ex art.702 bis c.p.c., introducendo il giudizio di opposizione con rito sommario di cognizione anziché con rito ordinario, e che comunque le difese svolte dalle parti, al di là dell'obbligatorietà o meno del rito ordinario, richiedevano un'istruzione non sommaria.

All'esito della successiva udienza, a seguito di conforme richiesta da parte dell'opponente, il giudice monocratico, ha revocato l'ordinanza del 23.6.2021 nella parte in cui aveva disposto la trasformazione del rito da sommario a ordinario ed ha rimesso gli atti al collegio, competente a valutare le richieste delle parti nel procedimento con rito sommario collegiale ai sensi dell'art. 14 D.lgs. 150/2011, sulla base delle seguenti considerazioni:

< 1) in effetti “ la procedura camerale prevista dagli artt. 29 e 30 della l. n. 794 del 1942 per la liquidazione degli onorari e diritti di avvocato, pur essendo dettata solo per le prestazioni giudiziali civili, va ammessa ... anche per le prestazioni stragiudiziali che siano risultate realizzate in funzione strumentale o complementare all'attività propriamente processuale “ (tra le altre Cass. Civile 27305/2020, 20269/2014), con conseguente applicabilità dell'art.14 D.lgs. 150/2011,

2) nel caso di specie appare sussistere detto rapporto di strumentalità o complementarità quantomeno tra la prestazione stragiudiziale della redazione della scrittura privata stipulata tra la ### e la ###, per la quale l'avv. ### pretende il compenso professionale, e le prestazioni giudiziali nel procedimento esecutivo immobiliare n.129/2014 del tribunale di Pescara (menzionato nella stessa scrittura privata);

3) va, quindi, revocata l'ordinanza del 23.6.2021 nella parte in cui ha disposto la trasformazione del rito da sommario a ordinario e gli atti vanno rimessi al collegio, competente a valutare le richieste delle parti nel procedimento con rito sommario collegiale ai sensi dell'art. 14 D.lgs. 150/2011; >.

Con successiva ordinanza del 23.12.2021 il collegio ha confermato detta valutazione ed ha respinto la richiesta di revoca formulata dall'opposto, evidenziando che “la qualificazione giuridica delle prestazioni professionali oggetto di causa spetta al tribunale e, dunque, non sono ad essa applicabili il principio di non contestazioni o le preclusioni processuali indicate dall'opposto“.

In questa sede vanno ulteriormente ribadite le predette ordinanze, dovendosi peraltro aggiungere, quanto al solo tema della tempestività dell'opposizione, che la giurisprudenza di legittimità ha, con la condivisibile pronuncia 34501/22, affermato che comunque, anche in caso di decreto ingiuntivo avente ad oggetto la richiesta di liquidazione di compensi di avvocato non soggetta alla disciplina del procedimento sommario di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, l'opposizione può svolgersi, in alternativa alle forme del processo ordinario ex artt. 163 e ss. c.p.c., in alternativa anche con quelle del procedimento sommario di

cognizione ex art. 702-bis c.p.c., in quanto applicabile in tutte le controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica, avendosi riguardo, ai fini della verifica del rispetto del termine di cui all'art. 641 c.p.c., in questo caso alla data del deposito del ricorso.

Per quanto esposto e in considerazione di quanto si sta per dire nel merito in ordine alla pretesa di compenso professionale per assistenza, consulenza e redazione della scrittura privata intercorsa tra ### e ### e assistenza in sede di autentica notarile della scrittura, il rito da seguire è quello sommario previsto dall'art.14 D.lgs. 150/2011 e l'opposizione è tempestiva perché proposta nei 40 giorni dalla notifica del decreto ingiuntivo.
(omissis)

NOTA (1)

L'introduzione, anche per il procedimento di liquidazione delle competenze dell'avvocato, ai sensi della L. n.794/1942, del rito sommario, ora semplificato, ha avuto una storia travagliata generando una variegata serie di problemi.

Infatti inizialmente la Corte di Cassazione ha ritenuto che, lo speciale procedimento camerale di liquidazione di onorari e diritti dell'avvocato previsto dagli art. 28 e segg. Legge 13 giugno 1942 n. 794, fosse limitato alla determinazione del quantum dovuto al professionista e non si estendeva anche all'an della pretesa, ossia ai suoi presupposti (Cass., 23 gennaio 2012, n. 876 ; Cass., 15 marzo 2010, n. 6225 ; Cass. 29 marzo 2005, n. 6578 ; Cass. 21 aprile 2004, n. 7652) .

Si sosteneva infatti, che nella ipotesi in cui l'indagine si fosse estesa all'an della prestazione, "trattandosi di indagine incompatibile con la trattazione nelle forme del rito speciale, vengono meno le ragioni che giustificano la deroga al principio generale del doppio grado di giudizio ed il procedimento deve svolgersi secondo il rito ordinario" (Cass. 14 ottobre 2010, n. 21261; Cass. 09 settembre 2008, n. 23344).

Infatti, come noto, il provvedimento che conclude la procedura di liquidazione degli onorari d'avvocato, ex art. 14 d.lgs. n. 150/2011, è inappellabile

Un altro problema concerneva la natura di sentenza o ordinanza del provvedimento conclusivo del procedimento e, dunque, il regime dell'impugnazione, nel caso di erronea trattazione e decisione della causa.

Inizialmente, secondo la tesi della dominante giurisprudenza della Cassazione, in tali casi operava la prevalenza della natura sostanziale del provvedimento sulla sua forma: pertanto, qualora il Giudice adito, a conclusione

di un procedimento instaurato ai sensi degli artt. 28 ss. Legge n. 794/1942, non si fosse limitato a decidere sulla controversia tra avvocato e cliente circa la determinazione della misura dei compensi, ma si fosse pronunciato anche sui presupposti del diritto al compenso, relativi all'esistenza e alla persistenza del rapporto obbligatorio, l'intero giudizio doveva concludersi, in primo grado, con un provvedimento che, quand'anche adottato in forma di ordinanza, aveva valore di sentenza e, dunque, poteva essere impugnato con il solo mezzo dell'appello (Cass. 03 9 febbraio 2012, n. 1666) tale principio è stato ribadito, in relazione alla nuova disciplina del procedimento ex art. 28 cit. (Cass. 2015 n. 19873).

Analogamente, nel caso inverso, l'intero giudizio doveva concludersi in primo grado con un provvedimento che, quand'anche adottato in forma di sentenza, aveva valore di ordinanza che, in quanto tale, sottratta all'appello ed impugnabile solo con il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost..

Tuttavia la Cassazione civile, Sezioni Unite, 11 gennaio 2011, n. 390 (seguita da Cass. civile, sez. II, 19 maggio 2011, n. 11024) ha temperato il predetto criterio della prevalenza della sostanza sulla forma del provvedimento, facendo applicazione del principio dell'apparenza, affermando che, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari e altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento, che ha deciso la controversia, assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento.

La materia è stata oggetto di motivata rivisitazione con la pronuncia della Suprema Corte n. 29 febbraio 2016, n.4002, la quale, con riferimento alla disciplina del procedimento ex art. 28 cit ha affermato il diverso principio secondo cui " Le controversie per la liquidazione delle spese e degli onorari e dei diritti dell'avvocato nei confronti del proprio cliente previste dall'articolo 28 della l. n. 794 del 1942 - come risultante all'esito delle modifiche apportate dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2011 e dell'abrogazione degli artt. 29 e 30 della medesima legge n. 794 del 1942 - devono essere trattate con la procedura prevista dall'art. 14 del suddetto d.lgs. n. 150 del 2011, anche nell'ipotesi in cui la domanda riguardi l'"an" della pretesa, senza possibilità per il giudice adito di trasformare il rito sommario in rito ordinario o di dichiarare l'inammissibilità della domanda".

A tale conclusione la Corte è pervenuta muovendo dalla considerazione che: occorre tener conto "della pienezza della cognizione che, secondo la maggioranza della dottrina e la stessa relazione di accompagnamento, sarebbe assicurata da questo procedimento e nel rispetto dell'impianto generale

del D.Lgs. n. 150/2011, in cui la tipologia del rito è il frutto di una decisione legislativa senza possibilità di scelte discrezionali della parte del giudice”; “Una tale soluzione ha evidenti vantaggi di economia processuale e sarebbe conforme al principio di conservazione degli atti processuali, evitando la declaratoria di inammissibilità che è espressamente esclusa dall’art. 3, 1° comma, D. Lgs. 150/2011, nella parte in cui esclude l’applicabilità dell’art. 702 ter, 2° comma, c.p.c.; “Sarebbe rispettato l’art. 4 D.Lgs. n. 150/2011 che disciplina in via diretta soltanto l’ipotesi dell’instaurazione, mediante forme errate, di una controversia che dovrebbe essere trattata secondo uno dei riti semplificati dal D. Lgs. n. 150/2011”;

Tale soluzione è in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26-4-2014 n.65 che, con riferimento alla dedotta violazione dei principi della legge delega riferita all’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011, ed in particolare all’esclusione della convertibilità del rito sommario, ha rilevato che la norma in esame costituisce immediata applicazione del criterio direttivo di cui all’art. 54, comma 4, lettera b), numero 2), della legge n. 69 del 2009, il quale - nel ricondurre al modello del procedimento sommario quei procedimenti nei quali sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa afferma che resta «esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario». ;

“La non convertibilità del rito sommario discende quindi dalla espressa prescrizione impartita dalla legge delega (art. 54, comma 4, lettera b, numero 2, della legge n. 69 del 2009) e corrisponde altresì alla inammissibilità - ripetutamente affermata anche prima della riforma del 2009 - del procedimento speciale previsto dalla legge n. 794 del 1942 nel caso in cui il thema decidendum si estenda a questioni che esulano dalla mera determinazione del compenso”;

“Il divieto di conversione del rito è stabilito dall’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011 per le controversie regolate dal rito sommario di cognizione, conseguentemente la richiesta caducazione di tale divieto, riferita ai soli procedimenti di liquidazione degli onorari forensi, costituirebbe un’eccezione rispetto al modello procedimentale prescelto dal medesimo d.lgs. n. 150 del 2011. “Siffatta eccezione risulterebbe incompatibile con le finalità, perseguite dalla riforma del 2011, di riduzione e semplificazione dei riti civili, introducendo un’ulteriore particolarità ad un sistema processuale, che - pur essendo ispirato alla finalità di riportare una molteplicità di procedimenti speciali ad una (almeno tendenziale) uniformità - conserva tuttora elementi di innegabile eccentricità”.

In base a tali principi è stata superata la precedente distinzione tra il caso in cui l’ordinanza di cui all’art. 28 della legge n.794 del 1942 statuisca

sul diritto al compenso e quello in cui decida solo sulla sua entità perché in entrambi i casi le relative controversie, sia che involgano il quantum ovvero l'an della pretesa al compenso, devono essere trattate con la procedura prevista dall'art. 14 del D.lgs. n. 150 del 2011, con l'ulteriore conseguenza che l'ordinanza conclusiva del procedimento non è appellabile, in base all'ultimo comma del predetto articolo.

Ciò posto va detto che l'ordinanza in esame fornisce l'occasione per fare qualche, ulteriore, considerazione sul rito da adottare in materia di *liquidazione dei compensi degli avvocati*.

Un'ulteriore possibilità per l'avvocato che reclama il pagamento dei propri compensi è data dall'opportunità di ricorrere alla procedura di ingiunzione.

Ciò ha posto, quindi, il problema della forma che dovesse avere l'introduzione dell'eventuale giudizio di opposizione ovvero sia quella del ricorso ovvero della citazione, con conseguenze, a seconda della scelta effettuata, sulla tempestività dell'opposizione.

A tale riguardo all'eccezione dell'opposto circa la tardività dell'opposizione causa l'adozione dello strumento del ricorso, notificato a termine per l'opposizione ormai scaduto, anziché della citazione, poiché l'oggetto del giudizio atteneva prestazioni stragiudiziali, il Tribunale ha replicato rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui: "la procedura camerale prevista degli articoli 29 e 30 della legge numero 794 del 1942 ... per la liquidazione degli onorari e i diritti di avvocato, pur essendo dettata solo per le prestazioni giudiziarie civili, va ammessa, anche per le prestazioni stragiudiziali che siano risultate realizzate in funzione strumentale o complementare all'attività propriamente processuale (Cass. n. 27305/2020; n. 20269/2014).

Pertanto, nel caso di specie, essendo stati reclamati anche onorari strettamente collegati ad attività giudiziale si è ritenuta l'opposizione correttamente e tempestivamente introdotta con lo strumento del ricorso.

Tale orientamento è anche in linea con l'ulteriore filone giurisprudenziale secondo cui non è consentito al creditore di un unico rapporto creditorio di frazionare il proprio credito in plurime richieste giudiziali di adempimento.

Ha infatti stabilito la Corte di Cassazione, proprio in tema liquidazione dei compensi di un legale che aveva svolto la sua professionale a favore di un cliente relativamente ad una pluralità di incarichi (39 il cui pagamento è stato reclamato con altrettanti ricorsi per ingiunzione) affidatigli nel corso degli anni che: " (la Corte d'appello ha ritenuto che) l'attività professionale svolta dall'avv. V. nel corso degli anni in favore della società ingiunta non configurasse un unico rapporto contrattuale di consulenza e di assistenza legale e,

in forza di tale apprezzamento, ha escluso che il tribunale avesse violato il divieto di parcellizzazione del credito.

Tale conclusione non è, tuttavia, giuridicamente corretta. Le Sezioni Unite di questa Corte, com'è noto, hanno affermato il principio per cui non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di proporre plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo. La scissione del contenuto dell'obbligazione, così operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone infatti in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale (Cass. SU n. 23726 del 2007). E così, sulla scorta di tale intervento nomofilattico delle Sezioni Unite è stato, di recente, affermato che "... non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale" (Cass. n. 19898 del 2018; conf. Cass. n. 15398 del 2019; Cass. n. 26089 del 2019; Cass. n. 9398 del 2017 e Cass. n. 17019 del 2018). Ciò ha indotto la Suprema Corte ad enunciare il principio di diritto secondo cui: "le domande relative a diritti di credito analoghi per oggetto e per titolo, in quanto fondati su analoghi, seppur diversi, fatti costitutivi, non possono essere proposte in giudizi diversi quando i relativi fatti costitutivi si inserivano nell'ambito di una relazione unitaria tra le parti, anche di mero fatto, caratterizzante la concreta vicenda da cui deriva la controversia. Tale divieto processuale non opera quando l'attore abbia un interesse oggettivo, il cui accertamento compete al giudice di merito, azionare in giudizio solo uno, o solo alcuni, dei crediti sorti nell'ambito della suddetta

relazione unitaria le parti. la violazione dell'enunciato divieto processuale è sanzionata con l'improponibilità della domanda, ferma restando la possibilità di riproporre in giudizio la domanda medesima, in cumulo oggettivo, ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con tutte le altre domande relative agli analoghi crediti sorti nell'ambito della menzionata relazione unitaria tra le parti". Cass. 9/9/2021 n. 24371

Ulteriori questioni si sono proposte relativamente alla forma di introduzione della domanda.

Mentre, a mente dell'art. 4, 1° co., del d. lgs. N. 150/2011, ove un giudizio rientrante nell'ambito di quelli previsti dal decreto semplificazioni, venga introdotto con atto di citazione la norma dispone che "Quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone il mutamento del rito con ordinanza" aggiungendo al co. 5° che: "Gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento. Restano ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento" altrettanto non può avvenire allorchè la domanda venga introdotta con citazione anziché con ricorso.

Tuttavia, anche in tali ipotesi, resta, è stato ritenuto operante il principio della c.d. salvificazione degli effetti processuali in base al quale. "L'opposizione ex art. 645 c.p.c. avverso l'ingiunzione ottenuta dall'avvocato nei confronti del proprio cliente ai fini del pagamento degli onorari e delle spese dovute, ai sensi del combinato disposto degli artt. 28 della L. n. 794 del 1942, 633 c.p.c. e 14 del D.L.vo n. 150 del 2011, proposta con atto di citazione, anziché con ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. e dell'art. 14 del D.L.vo n. 150 del 2011, è da reputare utilmente esperita qualora la citazione sia stata comunque notificata entro il termine di quaranta giorni - di cui all'art. 641 c.p.c. - dal dì della notificazione dell'ingiunzione di pagamento. In tale evenienza, ai sensi dell'art. 4, comma 5, del D.L.vo n. 150 del 2011, gli effetti sostanziali e processuali correlati alla proposizione dell'opposizione si producono alla stregua del rito tempestivamente attivato, ancorché erroneamente prescelto, per cui il giudice adito deve disporre con ordinanza il mutamento del rito, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del D.L.vo n. 150 del 2011".

Su tale linea si muove l'ulteriore orientamento giurisprudenziale che ha apportato un correttivo affermando che : " Nei procedimenti disciplinati dal D.L.vo n. 150 del 2011, per i quali la domanda va proposta nelle forme del ricorso e che, al contrario siano introdotti con citazione, il giudizio è correttamente instaurato ove quest'ultima sia notificata tempestivamente, producendo gli effetti sostanziali e processuali che le sono propri, ferme restando decadenze e preclusioni maturate secondo il rito erroneamente prescelto dalla parte;

tale sanatoria piena si realizza indipendentemente dalla pronuncia dell'ordinanza di mutamento del rito da parte del giudice, ex art. 4 del D.L.vo n. 150 cit., la quale opera solo "pro futuro", ossia ai fini del rito da seguire all'esito della conversione, senza penalizzanti effetti retroattivi, restando fermi quelli, sostanziali e processuali, riconducibili all'atto introduttivo, sulla scorta della forma da questo in concreto assunta e non di quella che avrebbe dovuto avere, avendo riguardo alla data di notifica della citazione, quando la legge prescrive il ricorso, o, viceversa, alla data di deposito del ricorso, quando la legge prescrive l'atto di citazione". (Cass. civ., sent. un., 12 gennaio 2022, 758).

Quanto detto è pertinente per il giudizio di primo grado poiché è stato ritenuto che ciò non possa avvenire allorché l'errore cada sulla forma dell'atto di appello avverso ordinanze conclusive di giudizi sommari ex art. 702 ter c.p.c. anziché sulla proposizione dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado secondo un modello errato «non essendo possibile un mutamento del rito in appello, non trova conseguentemente applicazione la salvezza degli effetti prevista dall'art. 4, comma 5, D.L.vo n. 150 del 2011, che invece presuppone appunto un'ordinanza di mutamento del rito». Cass. civ. n. 24069 ; Cass. civ. ord. 5 marzo 2020, n. 6318 e Cass. civ. ord. 10 aprile 2018, n. 8757.

Tuttavia deve darsi conto di un ulteriore orientamento della Cassazione adottato in materia di condominio che, sebbene specifico per tale materia, atteso l'autorevolezza della decisioni della Suprema Corte, ben può essere tenuto presente ed utilizzato in altri e diversi giudizi, e, quindi, anche in ipotesi fattuali diverse da quelle che hanno determinato la decisione.

E' stato, quindi, ritenuto che, in un ipotesi in cui l'impugnazione della delibera condominiale è stata effettuata con ricorso anziché con citazione quest'ultima notificata oltre il termine di legge stabilito per tali impugnative: "Ciò stante, la questione della conversione si pone in termini inversi rispetto a quelli in cui è stata finora affrontata: si tratta di stabilire se la domanda di annullamento di una deliberazione condominiale, proposta impropriamente con ricorso anziché con citazione, possa essere ritenuta valida e se a questo fine sia sufficiente che entro i trenta giorni stabiliti dall'art. 1137 c.c l'atto venga presentato al giudice, e non anche notificato. A entrambi i quesiti va data risposta affermativa, in quanto l'adozione della forma del ricorso non esclude l'idoneità al raggiungimento dello scopo di costituire il rapporto processuale, che sorge già mediante il tempestivo deposito in cancelleria, mentre estendere alla notificazione la necessità del rispetto del termine non risponde ad alcuno specifico e concreto interesse del convenuto, mentre grava l'attore di un incombente il cui inadempimento può non dipendere da una sua inerzia, ma dai tempi impiegati dall'ufficio giudiziario per la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione". (Cass. S.U. 14/4/2011 n. 8491).

L'ordinanza del Tribunale di Pescara in commento, inoltre, dando risposta all'eccezione di inammissibilità dell'opposizione proposta poiché introdotta con ricorso ex art. 702 (all'epoca vigente) anziché con citazione, eccezione che, come indicato, muoveva dal presupposto che, vertendosi in materia di pagamento di compensi per attività stragiudiziale, non rientrasse nelle previsioni di cui alla L. n. 794/1942 e, di conseguenza, dovesse introdursi con citazione, ha rigettato tale eccezione argomentando dal fatto che, anche se non vi fosse stata alcuna pertinenza tra attività stragiudiziale e giudiziale, comunque l'eccezione non avesse pregio, a mente di un ulteriore orientamento della Suprema Corte secondo cui: "La scelta delle forme del procedimento monitorio, da parte dell'avvocato creditore di compensi non soggetti al rito di cui al d. lgs. n. 150/2011, art. 14, non comporta, infatti, che l'eventuale opposizione al decreto ingiuntivo vada proposta necessariamente nelle forme del rito ordinario di cognizione, rimanendo in facoltà dell'opponente optare per il procedimento sommario, previsto dall'art. 702 bis c.p.c e segg., (introdotto dalla L. 18/6/2009 n. 69, art. 51) ed applicabile in tutte le controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica.

Invero, come chiarito dalla sentenza n. 4485 del 2018, ancorché il d.lgs. n. 150/2011, art. 14, menzioni la "opposizione proposta a norma dell'art. 645 c.p.c. contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali", e benché l'art. 645, richiamato faccia riferimento alla forma dell'atto di citazione (peraltro aggiungendo che "(i)n seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito"), l'atto introduttivo del giudizio di opposizione si deve intendere regolato dall'art. 702 bis c.p.c.

Allorquando la domanda monitoria per i compensi di avvocato esuli dall'ambito della L. n. 794/1942, art. 28, (riferendosi, ad esempio, come nella specie, ad attività professionale svolta nel processo penale), sarebbe contraddittorio che dalla scelta del legale di avvalersi di un procedimento che esprime comunque una forma di tutela differenziata e privilegiata discenda il necessario svolgimento del giudizio di opposizione secondo il rito ordinario, privando l'opponente della alternativa di avvalersi del rito sommario per una controversia comunque non esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 702 bis c.p.c..

Pur a fronte dell'errore in cui R.L. era incorso nell'indicare il d. lgs. N. 150/2011 art. 14, (oltre che l'art. 702 bis c.p.c.) a base del proprio atto di opposizione (non trattandosi, peraltro, di errore sulla forma dell'atto introduttivo, identico essendo il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ed il ricorso d.lgs. n. 150 del 2011 ex art. 14), il Tribunale di Rimini, dunque, avrebbe dovuto procedere ad una esatta qualificazione dell'azione in funzione della situazione dedotta in causa, facendo applicazione del rito previsto dalla legge, ovvero, nella specie,

di quello, alternativamente esperibile, costituito dal procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c., verificando alla stregua di tale rito altresì la tempestività dell'opposizione." (Corte di cassazione civile, sez. II, ord., 23 novembre 2022 n. 34501)

Questa ultima citazione da' lo spunto per ricordare che quanto sopra indicato non vale per la liquidazione di compensi relativi ad attività penale. E' stato infatti statuito che: " L'opposizione a decreto ingiuntivo, avente ad oggetto la richiesta di liquidazione di compensi maturati per la difesa in un processo penale, non essendo soggetta alla disciplina del procedimento sommario di cui all'art. 14 del d.l.vo n. 150 del 2011, perché applicabile alle sole controversie civili, può svolgersi nelle forme del processo ordinario ex artt. 163 e ss. c.p.c. ovvero, in alternativa, del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. innanzi al tribunale in composizione monocratica, avendosi riguardo, ai fini della verifica del rispetto del termine di cui all'art. 641 c.p.c., nel primo caso alla data della notificazione della citazione e nel secondo caso alla data del deposito del ricorso, sicché è in facoltà dell'opponente optare per quest'ultimo procedimento, siccome applicabile in tutte le controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica". (Cass. ord.za n.34501/2022) .

Peculiare, infine, è la posizione dell'avvocato dipendente di ente pubblico per il quale, una recente decisione della Corte Suprema ha stabilito che: "L'avvocato dipendente di ente pubblico, il quale intenda ottenere il pagamento di compensi riferiti all'attività di difesa in giudizio dell'ente datore di lavoro svolta in esecuzione del contratto di lavoro, chiede il riconoscimento di voce retributiva e non agisce nei confronti del proprio cliente, per cui deve agire avanti al giudice del lavoro competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c.". (Cass. Ord.za n. 28349/2023).

Concludendo deve riconoscersi che la normativa che ha introdotto la semplificazioni dei riti non sembra aver centrato i suoi obiettivi attesa la pluralità di problemi che ha creato e di cui si è cercato di dar conto, per cui resta la speranza che la copiosa giurisprudenza, formatasi sino ad oggi, torni utile anche a seguito dell'introduzione del rito semplificato previsto dalla riforma cd. Cartabia che ha preso il posto dell'abrogato rito sommario.

Pierluigi De Nardis

Trib. Teramo - sent. 24 ottobre 2023 n. 976 (est. Cignini)

Spese giudiziali civili – Responsabilità aggravata – Malafede – Colpa grave – Fini dilatori

La parte che propone una infondata opposizione a decreto ingiuntivo incorre nella condanna per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. nel caso in cui prima della sua emanazione non ha mai risposto agli inviti a transigere formulati dalla controparte e, in corso di causa, non ha partecipato al procedimento di mediazione e, dopo il deposito della consulenza, non ha formulato proposte transattive e non ha neppure depositato le memorie ex art. 190 c.p.c., mostrando, in tal guisa, di aver usato i tempi lunghi del processo al solo scopo di procrastinare il pagamento del debito. (1)

(omissis)

Con atto di citazione regolarmente notificato, ### proponeva formale opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 1479/2013 del 23.7.2013, emesso nei suoi confronti da questo Tribunale in quanto garante della ditta ###, eccependo innanzitutto il mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria e, nel merito, negando di aver prestato alcuna fideiussione in favore della ###, disconoscendo “la firma ed ogni altro segno o scrittura a lei riferita nel documento prodotto da controparte”. Chiedeva pertanto la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Si costituiva la Banca ###, eccependo l’inefficacia del disconoscimento sopra indicato, in quanto effettuato in modo generico e senza un preciso riferimento a documenti determinati.

Sottolineava inoltre il comportamento scorretto dell’opponente, che non aveva mai aderito alle proposte transattive effettuate da essa ### prima di ricorrere al Tribunale per l’emissione del decreto ingiuntivo e non aveva mai eccepito l’apocriefità della sottoscrizione apposta in calce ai documenti in atti.

Instava pertanto per il rigetto dell’opposizione e la condanna dell’attrice al risarcimento del danno da lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

Veniva quindi dato corso alla mediazione obbligatoria con esito e quindi concessi i termini di cui all’art. 183, 6° comma, c.p.c.

All’esito del deposito delle memorie, il giudice, con ordinanza resa in data 22.06.2015, disponeva CTU grafologica, rigettando tutte le altre istanze.

(omissis)

In data 05.07.2016 veniva depositata CTU grafologica, che confermava la genuinità delle firme della Sig.ra ###.

Omissis

A seguito di un'attività condotta con precisione e rigore scientifico, il C.T.U. dichiarava: "Al termine della presente disamina, in base ai dati raccolti dai documenti esaminati, alle argomentazioni effettuate e visualizzate attraverso i quadri sinottici esemplificativi, in accordo con i principi e con le premesse metodologiche espresse su cui la relazione si fonda, secondo scienza e coscienza, ritengo di poter esprimere il seguente parere tecnico con certezza:

<Le sottoscrizioni apposte su FIDEIUSSIONE SPECIFICA della BANCA ### e su DICHIARAZIONE DEL GARANTE *omissis* sono riconducibili alla mano di ###

Essendo questo l'unico motivo di opposizione, risulta chiaro il comportamento di mala fede processuale dell'opponente. Non solo prima del decreto ingiuntivo non ha mai risposto agli inviti a transigere formulati dalla banca, ma, in seguito, non ha partecipato al procedimento di mediazione e, dopo il deposito della consulenza, non ha formulato proposte transattive e non ha nemmeno depositato le memorie ex art. 190 c.p.c.

Si comprende come l'opponente abbia usato i tempi lunghi del processo al solo scopo dilatorio di procrastinare il pagamento del debito. La domanda di condanna dell'attrice per responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. è da accogliere nella misura equitativamente determinata di € 3.450,00 (15% del valore della causa) *omissis*.

Il decreto ingiuntivo impugnato va pertanto integralmente confermato e l'opponente va condannata alla rifusione delle spese di lite in favore della controparte.

(omissis)

NOTA (1)

1. *La sentenza annotata pronuncia la "condanna dell'attrice per responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c." omessa la indicazione di quale dei tre commi della disposizione ha inteso realizzare il comando.*

Può di certo escludersi l'applicazione del secondo comma che contempla specifiche e ben delineate ipotesi di responsabilità aggravata senz'altro esulanti dal caso di specie.

Resta invece il dubbio se la generica evocazione dell'art. 96 si riferisce al primo o al secondo comma.

Il riferimento alla “mala fede processuale dell’opponente” sembra indicare che dell’art. 96 c.p.c. è stato applicato il primo comma che parla, appunto, di “mala fede o colpa grave”.

L’enunciato con il quale si addebita all’opponente di avere “usato i tempi lunghi del processo al solo scopo dilatorio di procrastinare il pagamento del debito”, induce, invece, a ritenere l’applicazione del secondo comma della disposizione che “risponde ad una funzione sanzionatoria di quanti, abusando del proprio diritto di azione e difesa, si servono dello strumento processuale a fini dilatori” (così Corte Cost. 26/03/2016 n.152 che, appunto, in ragione di tale funzione, ha “salvato” una disposizione il cui contenuto, di rara vaghezza, attribuisce al giudice, almeno ad una sua prima e diretta lettura, un potere discrezionale di condanna pressoché illimitato).

2. *Se la sentenza avesse inteso applicare il primo comma dell’art. 96 c.p.c., essa si esporrebbe ai seguenti rilievi critici.*

La circostanza che l’opponente “prima del decreto ingiuntivo non ha mai risposto agli inviti a transigere della banca” risulta obiettivamente neutra se non equivoca.

Tutti gli avvocati sanno che le banche “prima del decreto ingiuntivo” non sono solite formulare proposte transattive. La diversa evidenza potrebbe essere intesa come rivelatrice di un dubbio circa la saldezza della pretesa creditoria.

Inconferente è pure il rilievo per cui l’opponente “in seguito, non ha partecipato al procedimento di mediazione”.

Infatti “Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell’art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengono introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l’onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo” (Cass. Sez. Un. 18/09/2020 n. 19596).

Né è conducente rispetto alla dimostrazione di un “comportamento di mala fede” il fatto che, ancora l’opponente, “dopo il deposito della consulenza, non ha formulato proposte transattive e non ha nemmeno depositato le memorie ex art. 190 c.p.c.”.

Se la mancata formulazione di proposte transattive da parte dell’attore o

del convenuto cui la consulenza attribuisce il torto integrasse la malafede o la colpa grave le sentenze di condanna al risarcimento del danno da responsabilità aggravata sarebbero ben più numerose di quanto la prassi giudiziaria registra.

Il mancato deposito della memoria ex art. 190 c.p.c., infine, non può certo essere addebitato alla parte (e tanto meno a titolo di malafede e colpa grave), sebbene al difensore che ha violato il dovere deontologico di difesa, peraltro proficuamente esercitabile, nel caso, a favore del cliente nonostante le conclusioni della esperita CTU.

Infatti in Cass. 02/02/2009 n. 2579 si legge che: “la costante giurisprudenza di questa Corte ritiene che in tema di verifica di autenticità della scrittura privata, la limitata consistenza probatoria della consulenza grafologica – non suscettiva di conclusioni obiettivamente e assolutamente certe – esige non solo che il giudice fornisca una adeguata giustificazione del proprio convincimento in ordine alla condivisibilità delle conclusioni raggiunte dal consulente, ma anche che egli valuti l’autenticità della sottoscrizione dell’atto, eventualmente ritenuta dalla consulenza, anche in correlazione a tutti gli elementi concreti sottoposti al suo esame (v. da ultimo Cass. 28/04/05 n.8881)”.

3. *E venendo all’altro corno dell’alternativa è a dire che non convince, per quanto si legge nella sentenza, neppure l’ipotizzato riferimento all’art. 96, comma terzo, c.p.c. ravvisabile nel rilievo che “si comprende come l’opponente abbia usato i tempi lunghi del processo al solo scopo dilatorio di procrastinare il pagamento del debito”.*

Certo la definizione del processo in primo grado ha richiesto un tempo di oltre dieci anni: il decreto ingiuntivo è stato emesso il 23/07/2013; la sentenza è intervenuta il 24/10/2023.

La violazione della regola della ragionevole durata del processo è imputabile alla parte opponente o, piuttosto, essa si iscrive in quella situazione di malfunzionamento che da decenni affligge il Tribunale di Teramo?

Il malfunzionamento di un Ufficio Giudiziario non è imputabile né al giudice né alle parti del singolo processo; esso, semmai, evoca la responsabilità politica dei vari Ministri della Giustizia che si sono succeduti nel tempo: a tale autorità, infatti, per quel che dispone l’art. 110 della Costituzione, spetta “l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”.

Ove poi la sentenza in commento, parlando di uso, da parte dell’opponente, dei tempi lunghi del processo avesse inteso imputare all’opponente medesimo condotte processuali dilatorie, andrebbe osservato che essa manca di

individuare le concrete e specifiche condotte processuali poste in essere al fine di procrastinare la definizione.

E tanto in violazione della regola giurisprudenziale per cui “La condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., deve giungere all’esito di un accertamento che il giudicante è chiamato a compiere caso per caso, anche tenendo conto della fase in cui si trova il giudizio e del comportamento complessivo della parte soccombente, onde verificare se essa abbia esercitato le sue prerogative processuali in modo abusivo, cioè senza tener conto degli interessi confliggenti in gioco, sacrificandoli ingiustificatamente o sproporzionatamente in relazione all’utilità effettivamente conseguibile. Detto abuso del processo non richiede che il giudice indaghi, nel senso che normalmente si attribuisce a tale espressione, la eventuale riprovevolezza del comportamento del soggetto agente, ma non lo esonera dalla necessità di ricavare detta riprovevolezza in termini oggettivi dagli atti del processo perché la colpa o il dolo rilevanti sono quelli che si manifestano proprio attraverso il compimento dei suddetti atti processuali o attraverso l’adozione di certe condotte processuali e non sono percepibili separatamente da essi. Deve escludersi, pertanto, che il giudizio sulla anti giuridicità della condotta processuale possa farsi derivare automaticamente dal rigetto della domanda o dalla inammissibilità o dall’infondatezza della impugnazione. L’esercizio delle prerogative processuali, costituendo esplicazione del diritto costituzionalmente garantito del diritto di azione e di difesa, merita la sanzione di cui all’art. 96, comma 3, c.p.c., quando il suo concreto atteggiarsi, nonostante il rispetto in senso stretto della legge processuale, a seguito di una indefettibile valutazione secondo correttezza, si connoti in concreto in termini di anti giuridicità. Pur potendo attingere elementi di valutazione dall’assunzione di comportamenti processuali sleali, il giudice deve tener conto che il comportamento scorretto non coincide con quello processualmente non leale, essendo la correttezza un parametro di valutazione esclusivamente giuridico ed ex ante imposto all’agente” (così la massima ufficiale di Cass. 30/09/2021 n. 26545).

Non è escluso che, nel caso, l’opponente abbia posto in essere atti processuali puramente e semplicemente dilatori; la sentenza in esame, tuttavia, manca di individuarli ed indicarli.

Franco Sabatini

Giurisprudenza penale

Trib. Pescara - sent. 12.12.2022 (est. Scalera)

Maltrattamenti contro familiari e conviventi - Cessazione della convivenza di fatto - Configurabilità del reato in presenza di figli minori.

Maltrattamenti contro familiari e conviventi - Condotta realizzata in limitato arco di tempo - Configurabilità del reato - Condizioni.

In presenza di figli minori la cessazione di una convivenza con riguardo ad una coppia di fatto non esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p. relativamente a condotte poste in essere successivamente alla separazione.

In materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi, affinché possa ritenersi accertato il requisito dell'abitudine delle condotte, è necessario verificare che le azioni o le omissioni siano ripetute nel tempo, in quanto la ratio dell'antigiuridicità penale risiede proprio nella loro reiterazione, protrattasi in un arco di tempo che, anche se limitato, dimostri la "sistematicità" delle condotte violente e sopraffattrici. (1)

(omissis)

In merito alla sussistenza di un vincolo familiare tra i soggetti interagenti nella vicenda in esame, deve rilevarsi che sussiste un evidente rapporto di familiarità, integrato dal vincolo inscindibile costituito dalla figlia, nata dalla loro relazione, che ha avuto durata pluriennale e che è stata caratterizzata dalla convivenza more uxorio tra i due.

E, infatti, in presenza di figli minori, la cessazione di una convivenza con riguardo a una coppia di fatto non esclude la configurabilità dell'art. 572 c.p. relativamente a condotte poste in essere successivamente alla separazione (Cass. VI, n. 25498/17: a condizione che l'agente conservi con la vittima una stabilità di relazione dipendente dai doveri connessi con la filiazione).

Quanto alla abitudine delle condotte dell'imputato, la stessa è chiaramente emersa dalle testimonianze della p.o. e dei testi indicati dalla pubblica accusa, che hanno chiarito come, dal 2019 almeno fino al 2021, l'imputato abbia reiteratamente minacciato e ingiuriato la persona offesa, sia nel corso del rapporto di convivenza che dopo la separazione, in quest'ultimo caso per ragioni relative alle modalità con le quali avrebbero dovuto tenersi gli incontri con la figlia.

Sul punto la Suprema Corte ha specificato come sia necessario che le azioni o le omissioni siano ripetute nel tempo, in quanto la ratio dell'antigiuridicità penale risiede proprio nella loro reiterazione, protrattasi in un arco di tempo che, anche se limitato, dimostri la "sistematicità" delle condotte violente e sopraffattrici (Cass. Sez. VI, 5.12.2011, 14.3.2012, n. 9923).
(*omissis*)

NOTA (1)

Il Tribunale di Pescara ha affermato la responsabilità dell'imputato in ordine al reato di cui all'art. 572 c.p. anche in relazione a condotte poste in essere successivamente alla cessazione della convivenza di fatto, evidenziando la sussistenza di rapporti di familiarità in ragione della presenza della figlia minore, richiamando al proposito l'orientamento espresso in materia dalla Corte di Cassazione (Sez. VI, 20.4.2017, n. 25498).

Con la citata sentenza la Suprema Corte ha stabilito che la cessazione della convivenza non esclude la configurabilità di condotte di maltrattamento quando il rapporto personale di fatto sia stato il risultato di un progetto di vita fondato sulla reciproca solidarietà ed assistenza (ritenendo legittima la decisione del giudice di merito che aveva ricondotto alla norma incriminatrice condotte di maltrattamento maturate all'interno di coppia di fatto per il tempo in cui i suoi componenti, genitori di un figlio naturale, avevano cessato di convivere).

La Corte di Cassazione nell'occasione ha specificato, da un lato, che "ove la relazione tra due persone si traduca in una famiglia di fatto o more uxorio, la cessazione della convivenza segna l'estinzione della prima nel sottolineato rilievo che per una siffatta ipotesi sia proprio la convivenza o coabitazione a manifestare il rapporto di solidarietà e protezione che lega due o più persone in un consorzio familiare (Sez. 6, n. 22915/2013)", e, d'altro lato, che "nell'indicato principio deve comunque restare ferma un'eccezione e cioè la presenza di elementi, ulteriori rispetto alla convivenza, che rivelino la prosecuzione del rapporto di reciproca assistenza nonostante la cessazione della coabitazione, nella premessa che il rapporto familiare di fatto, presupposto del reato di maltrattamenti in famiglia, non sia stato di estemporanea formazione e durata".

In particolare: "la cessazione della convivenza non esclude, per ciò stesso, la configurabilità di condotte di maltrattamento tra i componenti della coppia quando il rapporto personale di fatto sia stato il risultato di un progetto di vita fondato sulla reciproca solidarietà ed assistenza, la cui principale ricaduta non può che essere il derivato rapporto di filiazione".

La Corte di Cassazione ha ricordato inoltre nell'occasione che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto configurabile il reato di maltrattamenti sia con riferimento a condotte successive a cessazione di convivenza di fatto, sia con riferimento a condotte successive a divorzio (Sez. VI, n. 22915 del 07/05/2013; Sez. VI, n. 33882 del 08/07/2014, in caso di cessazione di convivenza di fatto; Sez. VI, n. 50333 del 12/06/2013, in caso di cessazione di convivenza matrimoniale segnata da una sentenza di divorzio).

Il Tribunale di Pescara, con la sentenza n. 2735 del 12.12.2022, ha ritenuto accertato il reato di cui all'art. 572 c.p. rilevando, altresì, che l'abitudine delle condotte può essere verificata anche in relazione a casi di reiterazione delle azioni od omissioni in un lasso di tempo limitato, sussistendo la "sistematicità" delle condotte violente e sopraffattrici, richiamando al proposito l'orientamento espresso da Corte di Cassazione, Sez. VI, 5.12.2011, 14.3.2012, n. 9923.

Nella citata occasione la Suprema Corte ha affermato che "Ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, previsto dall'art 572 cod. pen., è necessario che il soggetto attivo sottoponga il soggetto passivo ad una serie di sofferenze fisiche e morali, in modo che i singoli atti vessatori siano uniti tanto da un legame di abitudine (elemento oggettivo), quanto dalla coscienza e volontà dell'agente (elemento soggettivo) di porre in essere abitualmente tali atti. La serie di fatti in cui si sostanzia il reato de quo, isolatamente considerati, potrebbero anche non costituire delitto, in quanto la ratio dell'antigiuridicità penale risiede nella loro reiterazione, che si protrae in un arco di tempo che può essere anche limitato, e nella persistenza dell'elemento intenzionale (tra tante, Sez. 6, n. 1999 del 09/12/1992, dep. 03/03/1993, G., Rv. 193273)".

Al riguardo si sottolinea ulteriore recente sentenza con cui è stata affermata la configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p. in un caso caratterizzato da convivenza di breve durata (Cassazione penale sez. II, ud. 12/07/2023, dep. 28/08/2023, n. 35877): la Corte di Cassazione ha stabilito che correttamente era stata ritenuta integrata la fattispecie di reato di cui all'art. 572 c.p., "dovendosi in proposito rimarcare che l'abitudine nel delitto di maltrattamenti può essere integrata anche nel caso in cui il compimento di più fatti delittuosi che determinano sofferenze fisiche o morali, avvenga in un lasso di tempo non necessariamente prolungato ma comunque idoneo a dar luogo ad uno stato di soggezione dei familiari conviventi vittime del reato (Sez.6, n. 21087 del 10/05/2022, Rv. 283271; Sez. 3, n. 6724 del 22/11/2017, Rv. 272452)".

Trib. Vasto - sent. 13 dicembre 2022 (est. Izzi)

Reati tributari - Dichiarazione infedele ex art. 4 D. Lgs. 74/2000 - Plusvalenza - Valore dichiarato, definito o accertato ai fini di altra imposta - Sufficienza ai fini dell'accertamento - Esclusione.

Va escluso che, ai fini dell'accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria possa procedere ad accertare, in via induttiva, la plusvalenza patrimoniale realizzata a seguito di cessione di immobile o di azienda solo sulla base del valore dichiarato, accertato o definito ai fini di altra imposta commisurata al valore del bene (imposta di registro, ovvero ipotecaria e catastale) posto che la base imponibile ai fini delle imposte sui redditi è data non già dal valore del bene, ma dalla differenza tra i corrispettivi percepiti nel periodo di imposta e il prezzo di acquisto del bene ceduto, aumentato di ogni altro costo inerente al bene medesimo.

(omissis)

Al capo 5) dell'imputazione è contestato a *(omissis)* il reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 D.Lgs. 74/2000 per avere omesso nella dichiarazione dei redditi mod. 770 relativa al periodo di imposta 2014, di indicare al plusvalenza imponibile ai fini IRES per un importo di €11.525.000.

L'imputazione trae origine dal processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza di Chieti in data 22.9.2015 con il quale era contestata l'omessa contabilizzazione della indicata plusvalenza rinveniente dalla cessione del ramo d'azienda del 28.6.2013 in favore della *(omissis)* per effetto della rideterminazione del valore ai fini delle imposte indirette da parte della Direzione Provinciale di Chieti rideterminato da € 2.760.000 indicato in contratto a quello maggiore di € 14.285.000.

Il Maggiore della Guardia di Finanza *(omissis)*, che nel novembre 2015 rimetteva alla Procura della Repubblica di Vasto una informativa su alcune ipotesi di reato ex artt. 4 e 10 bis del decreto legislativo 74/2000 nei confronti di *(omissis)*, riferiva che all'esito della verifica fiscale emergeva una sopravvenienza passiva non dichiarata a seguito di una cessione di ramo d'azienda in cui erano stati superati i due limiti previsti dall'art. 4 di 150.000 euro d'imposta e 3milioni di elementi attivi non dichiarati; inoltre emergevano ritenute non versate per gli anni 2013 e 2014 che superavano il limite di 150.000 euro. Più segnatamente, con riferimento all'art. 4 esaminava la scrittura privata del 28 giugno del 2013 e notava che l'Agenzia delle Entrate aveva fatto una rettifica ai fini dell'imposte indirette da un valore di 2milioni e 760 mila euro a uno

di 14 milioni e 285 mila euro; prendeva per buona la perizia fatta dall'ufficio territoriale provinciale del territorio dell'Agenzia delle Entrate e considerava il valore indicato come un dato certo; il legale rappresentante della (*omissis*) presentava nei termini previsti la dichiarazione relativa alle imposte indirette nel marzo 2014 indicando per questa cessione di ramo d'azienda il valore dell'operazione in 2milioni e760 mila euro. La Guardia di Finanza arrivava a calcolare 1 milione e 525 facendo la differenza tra il valore contenuto nell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate e quello dichiarato dal contribuente (14 milioni e 285 mila - 2milioni e 760 mila).

(*omissis*)

Si osserva che la norma incriminatrice di cui all'art. 4 D.I.gs. 74/2000 mira a punire chiunque indichi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti, quando ricorrono congiuntamente le soglie di punibilità ivi indicate; il reato è punito a titolo di dolo specifico, consistente nel fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, che si aggiunge alla coscienza e volontà di realizzare il fatto tipico (dichiarazione di elementi attivi fittizi o elementi passivi inesistenti) e la sua applicazione è residuale rispetto alla fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ex art. 2 D.lgs. 74/2000 ed a quella di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici ex art. 3D.lgs. 74/2000.

Il Decreto legislativo n. 147 del 2015 contiene all'art. 65 comma 3 una norma di interpretazione autentica, secondo cui «gli articoli 58, 68, 85 e 86 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1986, n. 917, e gli articoli 5, 5bis, 6 e 7 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, si interpretano nel senso che per le cessioni di immobili e di aziende nonché per la costituzione e il trasferimento di diritti reali sugli stessi, l'esistenza di un maggior corrispettivo non è presumibile soltanto sulla base del valore, anche se dichiarato, accertato o definito ai fini dell'imposta di registro di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, ovvero delle imposte ipotecaria e catastale di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347. Ebbene la Corte di Cassazione, sezione tributaria, con orientamento consolidato, ritiene che tale disposizione abbia valore di interpretazione autentica della disciplina previgente da essa richiamata, e quindi sia munita di efficacia retroattiva; conseguentemente va escluso che, ai fini dell'accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria possa ancora procedere ad accertare, in via induttiva, la plusvalenza patrimoniale realizzata a seguito di cessione di immobile o di

azienda solo sulla base del valore dichiarato, accertato o definito ai fini di altra imposta commisurata al valore del bene, posto che la base imponibile ai fini delle imposte sui redditi è data non già dal valore del bene, ma dalla differenza tra i corrispettivi percepiti nel periodo di imposta e il prezzo di acquisto del bene ceduto, aumentato di ogni altro costo inerente al bene medesimo. Il riferimento contenuto nella detta norma all'imposta di registro ed alle imposte ipotecarie e catastali svolge una funzione esemplificativa, volta esclusivamente a rimarcare la ratio della norma incentrata sulla non assimilabilità della differente base impositiva (valore) rispetto a quella prevista per le imposte sui redditi (corrispettivo) (Cass. n. 19227 del 2017, n. 12265 del 2017; Cass. n. 27614/2018; Cass. n. 23719/2018, Cass. 6169/2018; Cass. n. 16181/2020; n. 17343/2020); pertanto, l'automatica trasposizione del valore dato al cespite ai fini dell'imposta di registro in sede di accertamento della plusvalenza per la tassazione sui redditi non trova più ingresso in sede di valutazione della prova, nel senso che non è possibile ricondurre a quel solo dato il fondamento dell'accertamento, dovendo invece provvedere l'Ufficio a individuare ulteriori indizi, dotati di precisione, gravità e concordanza, che supportino adeguatamente il diverso valore della cessione rispetto a quanto dichiarato dal contribuente (così, da ultimo, in motivazione, Cass. 30/01/2019, n. 2610; Cass. 04/04/2019, n. 9453); allegate pertanto dall'Ufficio le prove, anche presuntive, del maggior valore del cespite ceduto, rispetto a quanto dichiarato dal contribuente, graverà su quest'ultimo l'onere di fornire la prova contraria per contraddire le risultanze probatorie che siano state offerte dall'Agenzia (Cass. trib. n. 833 del 24.3.2021, n. 12131 del 08.05.2019).

Nel caso di specie la plusvalenza è stata desunta unicamente dall'accertamento relativo alla imposta di registro della cessione del ramo d'azienda trasferito.

(*omissis*)

Con riferimento alla formulazione della norma anteriore alla novella di cui al d. lgs. n. 158 del 2015 sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, precisando che in tema di omesso versamento di ritenute certificate, alla luce della modifica apportata dall'art. 7 del d. lgs. n. 158 del 2015, all'art. 10-bis del d. lgs. N. 74 del 2000, che aveva esteso l'ambito di operatività della norma alle ipotesi di omesso versamento di ritenute semplicemente dovute sulla base della dichiarazione proveniente dal datore di lavoro (si tratta del modello 770), doveva ritenersi che per i fatti pregressi al prova dell'elemento costitutivo del reato, consistente per quanto ora interessa nell'avvenuto rilascio ai sostituiti di imposta della relativa certificazione emessa dal sostituto, non poteva essere costituita dal solo contenuto della dichiarazione

di cui al modello 770, essendo necessario dimostrare l'avvenuto rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute operate dal datore di lavoro quale sostituto di imposta (Corte di cassazione, Sezioni unite penali, 3 marzo 2017, n. 10509). Nella motivazione della sentenza era in particolare osservato che l'estensione del reato, operata dalla novella, anche alle ipotesi di omesso versamento di ritenute dovute sulla base della sola dichiarazione di cui al modello 770 andava interpretata, a contrario, come dimostrazione che la precedente formulazione del citato art. 10-bis del d. lgs. n. 74 del 2000 non soltanto racchiudesse nel proprio parametro di tipicità solo l'omesso versamento di ritenute risultanti dalla predetta certificazione, ma richiedesse anche, sotto il profilo probatorio, la necessità di una prova del suo rilascio ai sostituiti. Nello stesso senso più di recente al terza sezione della Corte di Cassazione con sentenza n. 25987 del 13/07/2020).

Senonché, con sentenza n. 175 del 14.7.2022 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 24.9.2015 n. 158 nella parte in cui aveva inserito le parole "dovute sulla base della stessa dichiarazione o" nel testo dell'art. 10 bis del decreto legislativo 01 marzo 2000 n. 47 e dello stesso art. 10 bis del d.lgs. 74/2000 limitatamente alle parole "dovute sulla base della stessa dichiarazione o", così sostanzialmente sterilizzando la modifica introdotta con il d.lgs. 158/2015 che, oltre ad innalzare la soglia di punibilità da € 50.000 ad € 150.000, aveva previsto la possibilità di ricavare la prova dell'avvenuta consumazione del reato anche sulla base di quanto risultasse dalla mera dichiarazione del sostituto d'imposta (c.d. Modello 770) e non, invece e come era richiesto dalla previgente disciplina, sulla base delle risultanze delle certificazioni rilasciate ai sostituiti.

Sono allora tornati attuali i principi sanciti dalle Sezioni Unite con riferimento al testo dell'art. 10 bis previgente alla modifica apportata dal D.Lgs. 158/2015, che è anche quello attuale.

(omissis)

Trib. Chieti - sent. 6 febbraio 2022 (est. Sacco)

Reati tributari - Omesso versamento ex art. 10 bis D. Lgs. 74/2000 - Momento consumativo.

Prova - Sentenze irrevocabili - Valutazione.

Reati tributari - Omesso versamento - Crisi di liquidità - Incidenza sul dolo - Condizioni.

Il reato di cui all'art. 10 bis D. Lgs. 74/2000 ha carattere istantaneo, perfezionandosi alla scadenza del termine di legge stabilito per effettuare i versamenti dovuti all'Erario, con la conseguenza che le transazioni fiscali successive non estinguono il reato ormai consumato.

Ai sensi dell'art. 238 bis c.p.p. il giudice valuta le sentenze irrevocabili non solo in relazione al fatto storico dell'intervenuta condanna o assoluzione ma anche ai fini della prova dei fatti in essa accertati, ferma restando l'autonomia del giudice di valutarne i contenuti unitamente agli altri elementi di prova acquisiti nel giudizio.

La scelta del contribuente di contemperare le contrapposte esigenze di far fronte alla crisi di liquidità salvando l'azienda e il lavoro dei dipendenti e di onorare, comunque, il debito erariale è incompatibile con il dolo integrante il reato di omesso versamento delle somme dovute all'Erario in forza di dichiarazioni fiscali ritualmente presentate.

(omissis)

Non può, infatti, essere accolta la tesi difensiva secondo la quale l'avvenuta adesione alla definizione agevolata di cui all'art. 1, commi da 231 a 252, della L. n. 197/2022 relativamente alle cartelle esattoriali emesse dall'Agenzia delle Entrate in relazione alle conseguenti imposte ai fini IVA e Irpef dovute per effetto delle descritte condotte omissive farebbe venir meno l'elemento oggettivo dei reati in contestazione. Si osserva, in senso contrario, come i detti reati hanno carattere istantaneo, perfezionandosi alla scadenza del termine di legge stabilito per effettuare i versamenti dovuti all'Erario, con la conseguenza che le transazioni fiscali successive - peraltro, nella specie, ancora in itinere essendo stata documentata al sola presentazione dell'istanza all'Agenzia delle Entrate - non estinguono il reato ormai consumato. Come condivisibilmente precisato dalla giurisprudenza di legittimità, non è irragionevole al diversità di regime tra la disciplina penale, volta a sanzionare una condotta omissiva istantanea, che si consuma alla scadenza del termine per il versamento dell'IVA e delle ritenute, e al procedura amministrativa di recupero dell'imposta evasa,

che non elide il disvalore penale della condotta già realizzata, ma che può eventualmente rilevare ai fini della non operatività della confisca prevista ai sensi dell'art. 12 bis D.lgs. n. 74/2000 ovvero della causa di non punibilità di cui all'art. 13 del medesimo testo normativo ove l'estinzione del debito avvenga prima dell'apertura del dibattimento (cfr. in termini Cass. Pen., sentenza 8 settembre 2021, n. 43602, secondo al quale il legislatore ha in tal modo calibrato adeguatamente le possibili interferenze tra disciplina penalistica e disciplina amministrativa, senza dare luogo a situazioni di possibili incertezze; cfr. in termini anche Cass. Pen., sentenza 26 ottobre 2016, n. 9561).

(omissis)

Risultano ugualmente allegati agli atti due precedenti pronunce della Corte di Appello di L'Aquila a mezzo delle quali l'odierno imputato, in riforma di precedenti condanne emesse dal Tribunale di Chieti, è stato assolto con riferimento ad analoghi fatti di reato contestati in riferimento alle annualità d'imposta 2012 e 2014 per difetto dell'elemento soggettivo, dovendo ritenersi il mancato pagamento dei debiti erariali non dipendente dalla sua volontà quanto piuttosto da una condizione oggettiva di difficoltà finanziaria e dalla conseguente mancanza incolpevole di liquidità (cfr. sentenze n. 1954/2019 del 3 ottobre 2019 e n. 1194/2021 del 28 aprile 2021).

Se è certamente vero che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, le sentenze definitive rese in altro procedimento possono essere utilizzate, ai sensi dell'art. 238 bis c.p.p., non solo in relazione al fatto storico dell'intervenuta condanna o assoluzione ma anche ai fini della prova dei fatti in essa accertati, ferma restando l'autonomia del giudice di valutarne i contenuti unitamente agli altri elementi di prova acquisiti nel giudizio, in rapporto all'imputazione sulla quale è chiamato a pronunciarsi (cfr. in termini Cass. Pen. sentenze 1 giugno 2021, n.47291; 6 luglio 2018, n. 52589; 51 dicembre 2015, n. 11140, secondo le quali non vi è alcun automatismo nel recepimento e nell'utilizzazione a fini decisori dei fatti e dei relativi giudizi contenuti nei passaggi argomentativi della motivazione delle suddette sentenze, dovendosi al contrario ritenere che il giudice conservi integra l'autonomia e al libertà delle operazioni logiche di accertamento e formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate), ritiene, tuttavia, il giudicante che le valutazioni in ordine al difetto dell'elemento soggettivo ben si attagliano anche al caso di specie.

Come evidenziato, risulta dalla documentazione in atti e dalle dichiarazioni dei testimoni della difesa, nei termini sopra ricostruiti, che negli anni d'imposta antecedenti all'anno 2015 e nello stesso anno 2015 la società amministrata dall'imputato è stata colpita da una forte crisi di liquidità, dovuta

essenzialmente al mancato incasso di crediti vantati nei confronti di enti pubblici per l'attività di sorveglianza erogata e quantificabili in misura pari almeno al 30% del fatturato annuo ed alla mancata concessione di finanziamenti bancari richiesti per far fronte alla diminuzione degli incassi.

A fronte di tale oggettiva situazione di difficoltà finanziaria si pone, quindi, al scelta della direzione amministrativa della società (*omissis*), di garantire i pagamenti indilazionabili relativi agli stipendi ed ai contributi dei numerosi dipendenti al fine di ottenere il rilascio del DURC necessario per poter proseguire l'attività ed evadere le commesse pubbliche in corso di esecuzione, nonché di concordare con l'Agenzia delle Entrate un piano di rateizzazione dei debiti erariali accertati nei termini sopra evidenziati.

Tale scelta, nella misura in cui con la stessa si è cercato di contemperare le contrapposte esigenze di far fronte alla crisi di liquidità salvando l'azienda e il lavoro di centinaia dipendenti e di onorare, comunque, il debito erariale, è con tutta evidenza incompatibile con il dolo integrante i reati in contestazione ovvero di omettere consapevolmente e volontariamente il versamento delle somme dovute all'Erario in forza di dichiarazioni fiscali presentate dal medesimo prevenuto.

Trib. Pescara G.U.P. - sent. 29.3.2023 (est. Colantonio)

Falsa attestazione del professionista nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies, 182 septies e 186 bis L.F. - Idoneità ad inficiare la fattibilità del piano concordatario - Necessità.

Ai fini della integrazione della fattispecie di cui all'art. 236 bis L.F. è necessario che la non corretta valutazione delle poste indicate sia idonea ad inficiare la fattibilità del Piano concordatario, restando irrilevanti, ad esempio, l'omessa indicazione di crediti inesigibili o l'erronea quantificazione di un debito del quale la percentuale di pagamento offerta è pari a zero.

(omissis)

Così ricostruita al vicenda, si rileva che il Perito, per addivenire alla corretta valutazione tecnica delle valutazioni effettuate dall'imputato, teneva a richiamare i criteri enucleati nel Documento "Principi di attestazione dei piani di risanamento" approvato con della delibera Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti contabili, del 16.12.2020:

"..omissis....nelle situazioni di crisi e nei contesti in cui si muove l'Attestatore, i normali principi di revisione non sono applicabili se non parzialmente, non solo per quanto attiene i dati previsionali contenuti nel Piano, ma anche con riferimento ai dati contabili alla base del Piano stesso. Prevedere che i principi di revisione siano adottabili in toto non è di fatto attuabile in considerazione delle condizioni oggettivi di lavoro (tempi ristretti di esecuzione del mandato ed ampiezza dello stesso) e non è nemmeno necessario in relazione alle finalità del giudizio di attestazione. Ne consegue che l'Attestatore non può essere equiparato, sotto il profilo strettamente giuridico, al revisore legale di società e conseguentemente non deve ritenersi soggetto al rispetto di tali principi...omissis..."

Nel capitolo appositamente dedicato alla "Verifica sulla veridicità dei dati aziendali", in premessa, viene indicato che la relazione deve contenere un esplicito giudizio sulla veridicità dei dati aziendali, accertamento strumentale al giudizio di fattibilità del Piano, stante l'inattendibilità dello stesso in caso di una base contabile non veritiera.

Di particolare interesse appare quanto esposto nel punto 4.1.1 del documento:

"Il giudizio sulla veridicità è una valutazione che riguarda il complesso sistema di dati attorno ai quali è costruito il Piano. Si possono quindi verificare

situazioni nelle quali l'Attestatore considera non veritieri alcuni dati, senza che per questo sia inficiata la veridicità complessiva del suddetto sistema. Tali situazioni richiederanno particolare attenzione per capirne il riflesso nella costruzione del Piano ed andranno comunque espressamente menzionate nella relazione finale”.

Ancora, nel successivo punto 4.2.1: “L’espressione “veridicità” utilizzata nella legge fallimentare non può essere intesa nel senso di “verità oggettiva”, quanto piuttosto nel senso che il processo di produzione dell’informazione economico- finanziaria si basi su un sistema amministrativo contabile adeguato (cioè idoneo a contenere il rischio di errori rilevanti) e che i redattori dell’informazioni operino le stime in modo corretto, pervenendo a un’informazione attendibile e imparziale”.

Il successivo capitolo 4.3 del documento in esame a cui si rinvia (cfr. allegato X) per approfondimenti, descrive “Il perimetro della verifica sulla verifica sulla veridicità” nei termini a seguire:

- La valutazione deve attenersi alla veridicità dei dati accolti nel piano, con circoscrizione del perimetro di controllo a tali dati;

- Verifica delle situazioni patrimoniali, economiche e finanziarie che rappresentano la base contabile del piano, valutandone l’attendibilità;

- L’attestatore non deve esprimere un giudizio sui bilanci precedenti, né sulla correttezza della gestione di tali esercizi;

Le procedure da svolgere non costituiscono una revisione contabile completa, ma finalizzate all’espressione di un giudizio di veridicità e fattibilità del Piano nel suo insieme. Sulla scorta dei principi indicati, il perito ha chiarito che l’imputato era tenuto alla verifica della “veridicità” dei dati riportati nel Piano, ossia a valutare la complessiva attendibilità dell’apparato economico-contabile alla base dei dati riportati nel piano, senza ulteriori “obblighi”, non previsti dalle linee Guida del CNDCEC, circa il pregresso operato dell’organo amministrativo, ovvero dei dati antecedenti alla presentazione della proposta. Inoltre, il perito ha riferito che, proprio in quanto il compito dell’Attestatore era solo quello di verificare la fattibilità del piano concordatario, non competeva al prevenuto di effettuare valutazioni circa azioni di responsabilità verso gli organi di amministrazione e di controllo della società, ovvero di individuare e/o prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore.

Pertanto, il perito ha ritenuto che l’imputato, correttamente, si era attenuto alla verifica dei dati del piano, accertandone la veridicità, e che, di conseguenza, nessun addebito poteva muoversi nei confronti del (omissis) rispetto alla presunta sottovalutazione delle poste dell’attivo (“Amministratori c.to compensi”, “Soci conto impegno” e “Soci conto prelievo”), considerando che

le voci creditorie non indicate nel piano afferivano certamente a crediti che (per il fallimento o il decesso del debitore) non erano certamente recuperabili nell'attivo.

(omissis)

Pertanto, se la non corretta valutazione delle poste indicate può assumere valenza in fattispecie di reati fallimentari, ciò non appare poter inficiare al fattibilità del Piano concordatario. Di contro, con riferimento alla posta debitoria "Finanziamento infruttifero *(omissis)*", di €919.310,36, seppure la stessa risulta inserita nel piano, la percentuale offerta è pari allo 0%, così come da stralcio dell'attestazione del dott. *(Omissis)*. Si evidenzia, infatti, che, trattandosi di una mera posizione chirografaria nei confronti di un socio, nell'ambito di un piano concordatario che non vedeva il pagamento integrale delle posizioni debitoria, la stessa non avrebbe avuto, di fatto, alcuna possibilità di recupero, se del caso, da parte del socio, andando a non modificare nel concreto il piano.

(omissis)

Trib. Chieti - sent. 9 marzo 2023 (est. Colagreco)

Bancarotta semplice per aggravamento dello stato di dissesto (art. 217, co. 1 n. 4, L.F.) - Elementi costitutivi.

Il reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto non è automaticamente integrato dalla prosecuzione dell'attività di impresa interessata da uno stato di crisi con l'aumento di alcune poste passive, bensì si configura qualora venga provato in giudizio il deterioramento della complessiva situazione economico-finanziaria dell'impresa quale conseguenza della inerzia colpevole dell'amministratore pro-tempore.

Il reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto è punibile solo a titolo di colpa grave, che non può essere desunta dal mero ritardo nella richiesta di fallimento.

(omissis)

Orbene, tali i fatti come emersi dal compendio probatorio, questo Tribunale ritiene che non siano emersi elementi sufficienti per ritenere gli odierni prevenuti responsabili del reato di bancarotta semplice per aggravamento dello stato di dissesto, previsto e punito dall'art. 217 co. 1 n. 4) legge fallimentare.

Infatti, tale fattispecie, se da un lato punisce l'aggravamento del dissesto, dipendente dal semplice ritardo nell'avviare al procedura concorsuale, non essendo richiesto il compimento di ulteriori comportamenti concorrenti, dall'altro circoscrive la punibilità alla sola colpa grave, desumibile non in base ad un mero ritardo nella richiesta di fallimento, bensì, in concreto, da una provata e consapevole omissione (sul punto, Cass. pen., Sez. V, 21 aprile, 2017, n. 28609; Cass. pen., Sez. V, 12 marzo 2018, n. 18108).

Recentemente, inoltre, si è detto che "il reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto non è automaticamente integrato dalla prosecuzione dell'attività di impresa interessata da uno stato di crisi, bensì si configura qualora venga provato in giudizio il deterioramento della complessiva situazione economico-finanziaria dell'impresa quale conseguenza della inerzia colpevole dell'amministratore pro-tempore." (Cass. Pen. Sez. V, sent. n. 15648/2021)

Sul versante oggettivo, quindi, è necessario provare il nesso causale tra la prosecuzione dell'attività ed il deterioramento della situazione finanziaria dell'impresa.

In primo luogo, riguardo alla posizione di (omissis), si osserva che lo stesso è stato tratto a giudizio sulla base di una mera affermazione resa al

curatore fallimentare dal coimputato (*omissis*). Quest'ultimo, chiamato dalla difesa come testimone-imputato in sede dibattimentale, si è avvalso della facoltà di non rispondere. Da ciò deriva l'inutilizzabilità della dichiarazione, poiché, ai sensi dell'art. 526 comma 1bis c.p.p., la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese, come nel caso di specie, da chi, per libera scelta, si è volontariamente sottratto all'esame da parte del difensore dell'imputato.

(*omissis*)

Per quanto concerne, invece, la posizione di (*omissis*), non sono emersi elementi in grado di ritenere integrato il delitto in parola già sotto li profilo oggettivo.

Difatti, la fattispecie enucleata dall'art. 217 c1. n. 4 LF. è un delitto di evento punibile, peraltro, solo a titolo di colpa grave.

Riguardo all'aggravamento del dissesto - quale evento del reato - il curatore ha affermato che questo sarebbe derivato da una errata imputazione di una perdita all'interno del bilancio societario, risultante come sopravvenienza passiva iscritta solo nel bilancio 2014, nonostante si riferisse a debiti riferibili all'anno precedente.

(*omissis*)

Ad abundantiam, in tema di bancarotta semplice, per consolidata giurisprudenza, l'aggravamento del dissesto punito dagli artt. 217, comma primo, n. 4 e 224 legge fall. deve consistere nel deterioramento, provocato per colpa grave o per la mancata richiesta di fallimento, della complessiva situazione economico-finanziaria dell'impresa fallita, non essendo sufficiente ad integrarlo l'aumento di alcune poste passive (Cass. Pen. Sez. 5 Sent. n. 27634/2019) e che, pertanto, la mera prosecuzione dell'attività qualora la società versi in stato di crisi non integri automaticamente l'elemento soggettivo del reato, le evidenziate emergenze dibattimentali impongono di mandare gli imputati assolti dal reato ascrittogli, quantomeno con la formula dubitativa.

Quanto, invece, alla posizione di (*omissis*), risulta che la stessa sia stata nominata liquidatrice nell'ottobre 2015, in seguito all'assemblea dei soci. Subito dopo la nomina, l'imputata ha incaricato un soggetto esterno alla società, dotato di specifiche competenze tecniche, al fine di valutare la situazione di bilancio e di proporre eventuali azioni per creare un attivo con cui pagare i debiti societari.

Quindi, nel brevissimo lasso di tempo che è intercorso tra l'iscrizione nel registro delle Impese dell'incarico di liquidatrice e l'istanza di fallimento a cui è seguita la relativa sentenza, non risulta che (*omissis*) abbia posto in essere

delle attività contrarie o diverse rispetto a quanto imposto dalla legge (valutare, in seguito alla nomina, il patrimonio aziendale per capire quali azioni intraprendere).

Il consulente ha chiarito che nella breve fase liquidatoria la società non ha contratto alcun ulteriore debito, essendosi limitata a saldare dei debiti privilegiati che sarebbero stati, comunque, pagati prioritariamente in seguito al fallimento della società. Sul punto, lo stesso curatore, in sede dibattimentale ha evidenziato che (*omissis*), nel periodo intercorrente tra la nomina quale liquidatrice (ottobre 2015) e il ricorso presentato per la dichiarazione di fallimento (gennaio 2016), non ha posto in essere una qualsivoglia attività che abbia inciso sul patrimonio della società.

(*omissis*)

Trib. Chieti - sent. 1 giugno 2022 (est. Colangeli)

Principio di immanenza della costituzione di parte civile - Appello - Procura speciale - Inammissibilità.

Il principio di immanenza della costituzione di parte civile, di cui all'art. 76, co. 2, c.p.p., non comprende anche il potere di impugnazione della sentenza, al cui fine è richiesto un mandato specifico sicché è inammissibile l'appello del difensore di parte civile, munito di procura speciale in cui manchi un riferimento espresso alla facoltà d'impugnazione, sempre che l'attribuzione di detta facoltà non sia desumibile dall'interpretazione del mandato conferito.

(omissis)

Come si evince dalla lettura dell'atto in parola, le p.o., in sede di nomina dell'avv. *(omissis)* quale difensore di fiducia e procuratore speciale, hanno conferito mandato allo stesso di "costituirsi parte civile nei confronti di *(omissis)* nel giudizio dinnanzi al Giudice di Pace di Chieti, senza nulla specificare in ordine alla successiva fase di impugnazione.

Dal tenore della procura speciale in atti deve ritenersi che il difensore di parte civile non sia dunque legittimato a proporre appello avverso la sentenza di primo grado, non essendo stato investito del potere di proporre impugnazione dalle parti, essendo stata conferita procura speciale allo stesso nel solo giudizio di primo grado a norma dell'art. 100 comma 3 c.p.p.

Sul punto, infatti, non può che condividersi il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale "è inammissibile l'appello del difensore di parte civile, munito di procura speciale in cui manchi un riferimento espresso alla facoltà d'impugnazione, sempre che l'attribuzione di detta facoltà non sia desumibile dall'interpretazione del mandato conferito" Cass. Sez. V. sent. N. 42660 del 28/9/2010.

Nel caso di specie, facendo corretta applicazione dei principi contenuti nella sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione n. 44712/2004, deve ritenersi che la genericità delle formule impiegate nell'atto di nomina e conferimento di procura speciale al difensore afferiscano al solo mandato di costituzione di parte civile nel giudizio di primo grado e non possano essere estesi anche alla proposizione del giudizio di primo grado.

Il principio di immanenza della costituzione di parte civile, di cui all'art. 76 comma 2 c.p.p., non comprende anche il potere di impugnazione della sentenza, al cui fine è richiesto un mandato specifico, in questo caso del tutto assente (si veda ex multis Cas. Sez. V sent. N. 3788 del 26.1.2018). Per i motivi sopra esposti l'appello proposto deve essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 591 comma 1 lett. a) c.p.p. per invalidità della procura rilasciata al difensore con conseguente esecutività del provvedimento impugnato.

Trib. Pescara - ord. 13.9.2021 (est. Scalera)

Reati tributari - Pagamento del debito tributario - Patteggiamento - Inammissibilità.

La richiesta di applicazione della pena per i reati di cui agli artt. 4 e 5 D.Lgs. n. 74/2000 è ammissibile solo quanto vi sia stato l'integrale pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. (1)

Il Giudice,

sulla richiesta di applicazione della pena formulata ai sensi dell'art. 4 c.p.p.; rilevato che il difensore dell'imputato, munito di procura speciale ha ritualmente e tempestivamente formulato la richiesta, con riferimento all'imputazione di cui al procedimento in epigrafe indicato; rilevato che l'imputazione ha ad oggetto i reati di cui agli artt. 4 e 5 del d. Lgs n. 74/2000;

rilevato che la norma di cui all'art. 13 bis del medesimo testo di legge prevede, quale presupposto per l'accesso al rito alternativo predetto l'estinzione "mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie";

rilevato che, con sentenza n. 02/10/2019, n. 47287 la sez. I della Suprema Corte ha precisato che "In tema di reati tributari, per i delitti di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione previsti dagli artt. 4 e 5 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 la richiesta di applicazione della pena è ammissibile solo quando vi sia stato l'integrale pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado pur se dopo la formale conoscenza, da parte dell'autore del reato, di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, diversamente operando la causa di non punibilità prevista dall'art. 13, comma 2, del medesimo d.lgs.";

rilevato che, nel caso di specie non è stata prodotta prova della predetta estinzione, per vero non intervenuta, stando alle dichiarazioni rese dal difensore di fiducia;

P.Q.M.

Dichiara inammissibile la richiesta e rinvia per la trattazione del procedimento.

NOTA REDAZIONALE (1)

I rapporti tra pagamento del debito tributario ed ammissibilità della richiesta di applicazione della pena costituisce una vexata quaestio su cui si contrappongono due diversi orientamenti giurisprudenziali, fondati sulla dibattuta esegesi degli artt. 13 e 13 bis D.Lgs. n. 74/2000 ed, in particolare, sulla proposizione «fatte salve le ipotesi di cui all'art. 13, commi 1 e 2» contenuta nell'art. 13 bis, co. 2.

L'art. 13, infatti, afferma che l'integrale pagamento del debito costituisca causa di non punibilità per i delitti di cui agli artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater, co. 1, se il pagamento è avvenuto prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, e per i delitti di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5, se il pagamento è avvenuto «prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penale».

L'art. 13 bis, co. 2, invece, prevede che «per i delitti di cui al presente decreto l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., può essere chiesta dalle parti solo quando ricorra la circostanza di cui al comma 1, nonché il ravvedimento operoso, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 13, commi 1 e 2».

Entrambi gli orientamenti concordano sull'ammissibilità della richiesta di patteggiamento per i reati di cui agli artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater, co. 1, anche senza precedente integrale pagamento del debito tributario, assumendo che sarebbe illogico prevedere che l'accesso al rito alternativo sia subordinato ad una condotta (il pagamento) che rende il reato non punibile.

È invece dibattuta l'applicazione delle norme in commento ai diversi reati indicati nell'art. 13, co. 2.

Il primo orientamento giurisprudenziale, più restrittivo e fatto proprio dall'ordinanza in commento, assume che il combinato disposto degli artt. 13 e 13 bis imponga di ritenere necessario l'integrale pagamento del debito tributario ai fini dell'ammissibilità della richiesta di patteggiamento (ex multis Cass. pen., sez. III, n. 47287/2019; n. 30706/2022; n. 8174/2023).

Ciò in quanto l'argomento logico (il pagamento rende il reato non punibile e, quindi, non può logicamente essere condizione per l'accesso all'applicazione della pena, che mai può avvenire proprio per essere il reato non punibile) si scontra con la possibilità che il pagamento avvenga dopo la conoscenza da parte del reo dell'avvio dell'accertamento amministrativo o del procedimento penale.

Un siffatto pagamento non causa la non punibilità della condotta (ai sensi dell'art. 13, co. 2) e, quindi, ben può essere considerato condizione per l'accesso al rito alternativo.

Tale esegesi, si assume, non solo è «logicamente e sistematicamente ammissibile e risulta coerente con il dato normativo, ma appare [anche] giustificabile anche alla luce della diversa gravità delle fattispecie» (Cass. pen., sez. III, n. 47287/2019, cit.).

Il secondo orientamento, invece, ritiene ammissibile la richiesta di applicazione della pena anche senza il preventivo pagamento dell'intero debito tributario (ex multis Cass. pen., sez. III, n. 38684/2018; n. 10800/2018 dep. 2019; n. 48029/2019, n. 31024/2023).

Tale orientamento sembrerebbe fondato su assunti logici ugualmente dotati di pregio.

Se infatti si ritenesse corretta l'esegesi restrittiva, la specificazione normativa contenuta nell'ultima parte dell'art. 13 bis, co. 2 («fatte salve le ipotesi di cui all'art. 13, commi 1 e 2»), sarebbe inutiliter data, dovendo considerarsi tautologica l'affermazione per cui la non punibilità del reato prevalga («fatte salve le ipotesi») sull'applicazione della pena.

Sicché, tale ultimo orientamento appare l'unico capace di rispondere al principio, applicabile anche nell'interpretazione delle norme penali, per cui magis ut valeat quam ut pereat (definito anche come il «consolidato principio di interpretazione della legge in generale» per cui si deve preferire «l'attribuzione agli enunciati linguistici contenuti nelle disposizioni normative, ove possibile, di un significato utile invece che di un significato inutile», Cass. pen., sez. VI, n. 13849/2017).

Si segnala, da ultimo, che a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 124/2019, convertito nella L. n. 157/2019, all'art. 13, co. 2 (che ora recita, nel suo incipit, «i reati di cui agli articoli 2, 3, 4 e 5» e non più «i reati di cui agli articoli 4 e 5»), la medesima questione interpretativa si pone anche con riferimento all'ammissibilità della richiesta di applicazione della pena per i reati di cui agli artt. 2 e 3 D.Lgs. n. 74/2000, e non più con riferimento ai soli delitti di cui agli artt. 4 e 5.

Trib. Pescara - sent. 12 giugno 2023 (est. Sarandrea)

Reati edilizi - Distanze tra costruzioni - Ordinamento civile art. 117 Cost. - Disciplina regionale - Deroga alla normativa statale - Perseguimento di interessi pubblici - Autonomia dei Comuni - Misure premiali volte alla riqualificazione urbana - Art. 95 del Testo Unico dell'edilizia - Lavori in variante - Stabilità sismica dell'intero edificio - Funzione del progettista dei lavori.

La giurisprudenza ritiene che la disciplina delle distanze tra costruzioni attiene ai rapporti tra fondi finitimi e, dunque, rientra nella materia dell'“ordinamento civile” riservata dall'art. 117 Cost. alla legislazione esclusiva dello Stato, mentre il rapporto tra fabbricati e territorio che li ospita coinvolge interessi pubblici la cui cura deve essere affidata alle Regioni (trattandosi di materia di competenza concernente il “governo del territorio”). Quindi alle Regioni non è precluso di fissare distanze in deroga a quelle stabilite nelle normative statali, dove tale deroga deve essere giustificata dal perseguimento di interessi pubblici ancorati all'esigenza di omogenea conformazione dell'assetto urbanistico di una determinata zona, non potendo la deroga stessa riguardare singole costruzioni, individualmente ed isolatamente considerate.

Per ciò che concerne i rapporti tra legislazione regionale e gli strumenti di pianificazione urbanistica comunali, la Corte Costituzionale premette che la funzione di pianificazione urbanistica è tradizionalmente rimessa all'autonomia dei Comuni fin dalla legge del 25 giugno 1865, n. 2359, anche perché l'art. 117, secondo comma, lettera p) della Costituzione assegna ai Comuni, tra le altre, “l'urbanistica e l'edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale, salve le funzioni di programmazione e coordinamento delle Regioni”.

La valutazione generale, da parte dei Comuni, degli interessi coinvolti nell'attività urbanistica ed edilizia non assurge tuttavia a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale, fonte normativa primaria, sovraordinata agli strumenti urbanistici locali, di prevedere interventi in deroga quantitativamente, qualitativamente e temporalmente circoscritti. Di conseguenza le Regioni possono, nell'esercizio della loro funzione legislativa, prevedere interventi derogatori circoscritti in materia di distanze, proprio perché trattasi di materia di legislazione concorrente ex art. 117 terzo comma della Costituzione.

La legge regionale n. 49/2012, così come modificata dalla successiva legge regionale n. 62 dello stesso anno, prevede misure volte sia a favorire azioni

di riqualificazione urbana, sia a migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente, consentendo interventi di ristrutturazione, di ampliamento e di demolizione/ricostruzione con il riconoscimento automatico degli incrementi statali (20% residenziale e 10% non residenziale) anche in deroga agli strumenti urbanistici vigenti e rimettendo ai Comuni la sola facoltà di prevedere ulteriori aumenti di volume/superficie (quest'ultimi soltanto nel rispetto della normativa del P.R.G.), circoscrivendo zone del territorio comunale all'interno del quale devono essere rispettate le altezze massime e le distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti.

Riguardo l'originario assunto accusatorio sull'asserita violazione dell'art. 95 del Testo unico dell'edilizio, in assenza di "Linee-Guida" del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, è il progettista dei lavori ad assegnare il carattere "rilevante o meno" al cantiere e ai lavori in variante, ossia se questi possano o meno arrecare concreto o reale pericolo alla stabilità sismica dell'intero edificio.

(omissis)

Ciò posto, ritiene li Collegio che al fine di riscontrare al ricorrenza del delitto di cui al capo a) occorre preliminarmente valutare la fondatezza dei fatti indicati al capo b) dell'imputazione posto che l'accertamento dell'illegittimità del permesso di costruire costituisce un elemento strettamente connesso al reato di abuso di ufficio postulando quest'ultimo un intenzionale vantaggio connesso al rilascio di un provvedimento ritenuto nell'imputazione (non così nelle conclusioni che sono state di segno diametralmente opposto) illegittimo.

Al riguardo occorre precisare che al questione, così come confermato dai tecnici di parte attiene alla possibilità di consentire al Decreto sviluppo ed alle norme emesse in forza dello stesso di introdurre una deroga al Piano regolatore del Comune di Pescara ni forza del quale era imposto il limite di 5 metri dal confine stradale.

Sul punto, secondo quanto riferito dall'Arch. C., consulente del PM, in conformità del suo elaborato, li permesso ni sanatoria avrebbe violato al disciplina sulle distanze di cui al D.M. 1444/68 (che andava ad integrare gli artt. 873 s. del c.c.).

Tale norma allo scopo di salvaguardare l'interesse pubblicistico all'ordinato sviluppo del territorio, consente ai privati di derogare alle distanze legali, con l'accordo tra le parti ed il rispetto delle distanze minime tra costruzioni, con salvaguardia del principio di prevenzione, per chi abbia costruito per primo a distanza inferiore dal confine.

Nel caso di specie, tuttavia tale principio non troverebbe applicazione ni

quanto là dove gli strumenti urbanistici locali prevedono una distanza minima dal confine (nel caso di specie gli artt. 8 e 32 delle NTA del PRG vigente e al direttiva Dirigenziale n. 10/2014 a firma dallo stesso S.) si sarebbe determinata una violazione di tale interesse pubblico teso ad un ordinato sviluppo del territorio.

Secondo la tesi dell'Arch. C. anche il successivo recepimento della L.R. 49/2012 nella planimetria allegata all'atto consiliare manteneva fermi i limiti di altezze e distanze del P.R.G.

Di conseguenza, laddove, come nel caso di specie, li PRG prevedeva una distanza minima dal confine, da considerarsi inderogabile e dunque l'obbligo di arretrare la costruzione avrebbe avuto carattere assoluto con al conseguenza che li c.d. decreto sviluppo, secondo l'assunto accusatorio non poteva derogare a tale prescrizione rendendo illegittima la costruzione così realizzata, posta a mt 1,70 dal confine della strada.

La tesi difensiva, sintetizzata nell'elaborato redatto dall'Arch. T., CT di parte, rileva invece che li decreto sviluppo, così come recepito nella l.regionale 49/2012, avrebbe introdotto una disciplina ni deroga ala normativa edilizia urbanistica contenuta nel PRG, in applicazione dell'art. 2 comma 5 L.R. 49/12; trattandosi di ricostruzione con premialità volumetrica, era dunque consentito realizzare una costruzione a distanza minore dei 5 mt dovendosi rispettare solo al distanza minima tra edifici di 01 metri; di conseguenza, li permesso di costruire concesso in sanatoria sarebbe da ritenersi legittimo.

A conferma di ciò, l'art. 2 bis della L. 62/2012 che avrebbe attribuito ai comuni che si avvalgono delle premialità suddette al possibilità di stabilire zone ove devono essere rispettate le altezze massime e le distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti; di contro, laddove nulla dice li comune, secondo tale tesi difensiva, dovrebbe valere la regola per la quale, ni tema di altezze e distanze, tale dato è derogabile.

Ebbene, in ordine alla derogabilità agli strumenti di pianificazione urbanistica deve osservarsi come al Corte Costituzionale n. 119/2020, proprio ni materia di distanze, ha analizzato i rapporti tra legge statale e legge regionale e tra legge regionale e norme comunali ni ordine alla Possibilità per la fonte inferiore id derogare alla fonte per c.d. "superiore".

Per ciò che riguarda i rapporti tra la legge statale e quella regionale (che, pero, in questo caso, non interessano, perché il dm 1444/1968 - che veniva fatto salvo dalla l.r. - non riguarda il problema delle distanze edifici-strade pubbliche), al giurisprudenza, è del parere che la disciplina delle distanze (tra costruzioni) attiene ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi e, dunque, rientri nella materia "ordinamento civile" riservata dall'art. 17 Cost. alla legisla-

zione esclusiva dello Stato, mentre il rapporto tra fabbricati e territorio che il ospita coinvolge interessi pubblici la cui cura deve essere affidata alle Regioni (materia di competenza concorrente del “governo del territorio”).

Di conseguenza: va innanzitutto precisato che alle Regioni non è precluso fissare distanze in deroga a quelle stabilite nelle normative statali; è evidente che tale deroga debba essere giustificata dal perseguimento di interessi pubblici ancorati all’esigenza di omogenea conformazione dell’assetto urbanistico di una determinata zona, non potendo la deroga stessa riguardare singole costruzioni, individualmente ed isolatamente considerate. Tale delimitazione è stata codificata dal legislatore statale, il quale, con l’introduzione dell’art. 2-bis del d.P.R. n. 380 del 201 ad opera dell’art. 30, comma 1, lettera a), del d.l. n. 69 del 2013 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 98 del 2013), ha sancito i seguenti principi fondamentali:

1) vincolatività, anche per le Regioni e le Province autonome, delle distanze legali stabilite dal d.m. n. 1444 del 1968;

2) ammissibilità delle deroghe, solo a condizione che siano inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio.

Per ciò che concerne i rapporti legislazione regionale-strumenti di pianificazione urbanistica comunali la Corte costituzionale premette che al funzione di pianificazione urbanistica è tradizionalmente rimessa all’autonomia dei Comuni, fin dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359; del resto, l’articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione”, assegna ai comuni, tra le altre, l’”urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale”, salve le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni.

Il “sistema della pianificazione”, che assegna in modo preminente ai Comuni, quali enti locali più vicini al territorio, la valutazione generale degli interessi coinvolti nell’attività urbanistica ed edilizia, non assume tuttavia a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale - fonte normativa primaria, sovraordinata agli strumenti urbanistici locali - di prevedere interventi in deroga quantitativamente, qualitativamente e temporalmente circoscritti. Tale affermazione non può non valere anche in tema di distanze degli edifici, nei limiti in cui la disciplina regionale delle stesse possa ricondursi alla materia di legislazione concorrente del governo del territorio ex art. 117, terzo comma, Cost., in quanto una differente interpretazione equivarrebbe a cristallizzare l’art. 873 cod. civ. ad una fase pre-costituzionale.

Di conseguenza, le regioni hanno la possibilità di derogare alle leggi statali in materia di distanze, nell’ambito della loro materia concorrente costitu-

zionale, con i limiti suddetti (disciplinando in maniera unitaria un territorio), parimenti, secondo l'orientamento costituzionale, pur salvaguardando le funzioni di pianificazione del territorio riconosciute anche a livello costituzionale agli enti locali, le Regioni possono, nell'esercizio della loro funzione legislativa, prevedere interventi derogatori circoscritti in materia di distanze, proprio perché materia di legislazione concorrente del governo del territorio ex art. 17 terzo comma.

Da ciò ne consegue che nessuno dei tre articoli della L.R. 49/2012, concerne le distanze tra il fabbricato e la strada che qui interessano.

Occorre quindi di stabilire se tale legge regionale possa essere interpretata nel senso di prevedere una deroga alle distanze invece stabilite dalle NTA.

Ebbene, tale possibilità viene concessa dai principi espressi dalla Corte Costituzionale.

Premesso che nel caso in esame per l'aumento di volumetria non era sufficiente la SCIA, occorrendo il permesso di costruire, tale atto era senz'altro concedibile considerando che la legge regionale considerava inderogabili solamente le regole previste dal DM 1444 in materia di (densità, altezze e distanze tra fabbricati) trattandosi di una materia "Governo del territorio" riservata dall'art. 17 Cost alle Regioni, per l'appunto, che poteva derogare agli strumenti urbanistici locali di rango subordinato.

Avendo dunque la legge regionale n. 94 per come modificata dalla legge regionale n. 62, espressamente stabilito che "gli interventi che beneficiano delle misure incentivanti di cui al comma 2 dell'art 1, anche in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, sono soggetti esclusivamente al rispetto della densità edilizia, e dei parametri di altezza e distanza stabiliti dagli artt. 7, 8 e 9 del D.M. n. 1444/68 per le singole zone territoriali omogenee, come individuati dall'art. 2 dello stesso D.M. n. 1444/1968, consentendo ai Comuni di decidere se avvalersi su tutto il territorio comunale o parti di esso delle misure incentivanti previste dall'art. 3, commi 2 e 4 e dall'art. 4, commi 2, 4 e 5 della legge, tali norme consentono che le agevolazioni incentivanti previste dall'art. 5, comma 5 prevalgono sulle normative di piano regolatore.

Va aggiunto che l'art. 2 bis della legge 94 ha previsto che i comuni possono, entro 90 giorni dalla data di pubblicazione della legge, decidere, sulla base di specifiche valutazioni o ragioni di carattere urbanistico, edilizio, paesaggistico, ambientale..., di avvalersi, su tutto il territorio comunale o parti di esso, delle misure incentivanti previste dall'art. 3, commi 2 e 4 e dall'art. 4, commi 2, 4 e 5 della presente legge".

In tal modo, con la modifica intervenuta, rispetto all'originario testo del secondo comma dell'art. 1 della legge 49 viene rimessa ai Comuni la sola

facoltà (“ possono”) di avvalersi o meno, su tutto li territorio comunale o parti di esso, delle misure incentivanti aggiuntive di cui all’art. 3 comma 2 e 4 residenziale 40%+10% e all’art. 4 commi 2 4 e 5 non residenziale 10%+10%+5%) sulla base di specifiche valutazioni o ragioni di carattere urbanistico, edilizio, ambientale ed in relazione alle caratteristiche proprie delle singole zone.

Di conseguenza, alla luce della nuova formulazione - che costituisce modifica dell’originaria impostazione del legislatore regionale - è pacifico che le misure premiali ordinarie previste dagli art. 3, comma 1 (20% residenziale) e 4, comma 1, (10% non residenziale) sono, comunque, operanti e non rimesse alla facoltà delle amministrazioni locali.

Nello stabilire la norma di riferimento che i comuni possono individuare le zone del territorio comunale all’interno del quale devono, comunque, essere rispettate le altezze massime e le distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti, si evidenzia come il rispetto delle altezze massime e delle distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti per le sole zone individuate per gli incentivi aggiuntivi (di cui all’art. 3, commi 2 e 4 e art. 4, commi 2, 4 e 5 della legge 49/2012) e per quelle individuate ai sensi del più volte citato art. 1, comma 2 bis.

Alla luce delle considerazioni che precedono risulta evidente che la legge regionale 49/12, così come modificata dalla successiva legge reg. 62 dello stesso anno, prevede misure volte sia a favorire azioni di riqualificazione urbana sia a migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente consentendo interventi di ristrutturazione, ampliamento e di demolizione/ricostruzione con il riconoscimento automatico degli incrementi statali (20% residenziale e 10% non residenziale) anche ni deroga agli strumenti urbanistici vigenti e rimettendo ai Comuni al sola facoltà di prevedere ulteriori aumenti di volume/superficie (questi ultimi soltanto nel rispetto della normativa del P.R.G.), circoscrivendo zone del territorio comunale all’interno del quale devono essere rispettate le altezze massime e le distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti.

Alla luce di ciò li permesso di costruire non può ritenersi illegittimo e pertanto non può ritenersi sussistente né la violazione di cui all’art. 4 DPR 380/2001, né, conseguentemente, quella di cui all’art. 323 c.p. (venendo meno un presupposto di tale reato - al violazione di legge).

Deve poi aggiungersi che l’istruttoria dibattimentale ha evidenziato come alcuna riserva debba essere espressa in ordine al fatto che il S. abbia illegittimamente superato il parere contrario emesso del D’A. ni ordine all’assettibilità delle opere realizzate.

Ribadito quanto già indicato circa li fatto che che gli interventi che bene-

ficiano delle misure incentivanti minime, anche ni deroga agli strumenti urbanistici vigenti, sono soggetti esclusivamente al rispetto della densità edilizia edei parametri di cui agli artt. 7, 8 e 9del DM 1444/1968 per le singole zone territoriali omogenee (art. 2, comma 5); che l'art. 1, comma 2 bis, prevede la possibilità per i Comuni di individuare le zone del territorio all'interno delle quali vanno comunque rispettate le altezze massime e le distanze minime previste dagli strumenti urbanistici generali vigenti; che ni mancanza della deliberazione di Consiglio Comunale di cui al comma 2 (art. 1) non sono applicabili nè le misure incentivanti previste dall'art. 3, commi 2 e 4, e art. 4, commi 4 e 5, nè el altezze massime e le distanze minime previste dal vigente PRG., il Silverii ha ritenuto, pur ni mancanza dell'unico strumento (deliberazione consiliare) che ni base alla legge regionale (art. 1 comma 2-bis) avrebbe potuto imporre il rispetto della normativa sulle distanze imposte dal PRG, di sancire comunque il rispetto delle distanze dal confine in considerazione, nel caso di "implicazioni derivanti dal principio della prevenzione" ossia soltanto nel caso di proprietà private confinanti e non certamente nel caso di interventi a confine con al strada pubblica (come nel caso di specie).

E ciò è perfettamente ni linea con li motivato dissenso, da parte del Dirigente, rispetto alla proposta di diniego del tecnico istruttore D'A. ("in quanto la distanza di mt. 5,00 da confine è dettata dall'esigenza di evitare le conseguenze pregiudizievoli dell'applicazione del principio della prevenzione, non applicabile nel caso di specie posto che l'ambito ni cui operano le modifiche costruttive fronteggia una strada pubblica (via Dante) con la conseguente esclusione della prevenzione e I 'applicazione della legge regionale n. 49/2012 e della legge 106/2011").

Il fatto poi che nella specie si sia tenuta una riunione tra le parti interessate al fine di individuare le misure applicabili nel caso ni esame (sulla scorta del fatto che per i lavori in variante non fosse sufficiente la SCIA), la circostanza costituisce lo sviluppo di una prassi invalsa presso gli organi competenti, ritenendo che la forma del contraddittorio costituisce lo strumento teso a giungere ad una confluenza tra gli interessi del privato e quelli di natura pubblica.

Va infine esclusa ogni questione di rilevanza penale ni ordine ala assenza nella progettazione presentata di una "perizia stragiudiziale" attestante al volumetria esistente e la superficie complessiva.

La norma richiamata infatti stabilisce che "il tecnico abilitato, all'atto della presentazione dell'istanza, deve attestare al volumetrici esistente mediante idonea e completa documentazione di tipo grafico e fotografico ". Circonstanza questa che è stata rappresentata ni modo più che esauriente in pianta, prospetti esenzioni con attestazione della volumetria per la parte residenziale

e la superficie utile lorda per al parte terziaria così come previsto dall'art. 2, punto 2, della legge regionale 49/2012.

Neppure appare condivisibile l'originario assunto accusatorio ni ordine all'asserita violazione dell'art. 95 dello stesso testo unico dell'edilizia.

Dall'istruttoria emerge infatti che con al richiesta del titolo abilitativo principale sono stati depositati il progetto e la relativa documentazione presso li competente ufficio tecnico e il Genio civile regionale.

Analoghi adempimenti non sono stati effettuati per i lavori in variante, essendosi ritenuti gli stessi afferenti variazioni "non rilevanti" (e non essenziali) che, di per sé, non avrebbe potuto arrecare concreto e reale pericolo ala stabilità sismica dell'intero edificio.

Sul punto, ni assenza di linee guida del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, è il progettista dei lavori ad assegnare li carattere "rilevante o meno", come è avvenuto nel caso di specie quando l'ing. C.G., con apposita dichiarazione del 5.9.2017, ha formulato l'attestazione di non sostanzialità alle variazioni al permesso di costruire.

Ala luce delle considerazioni sopra evidenziate, ritenendosi legittima la procedura seguita per li rilascio del permesso di costruire ni sanatoria nei riguardi del P., ne consegue che in ordine al reato di cui al capo a) ed a quello di cui al capo b) della rubrica non possa che emettersi una pronuncia assolutoria per insussistenza del fatto.

Sempre con riguardo ai fatti di cui al capo a), a quanto sopra riferito, deve poi aggiungersi che al condotta assunta dal responsabile ufficio SUAC G.S., ni merito al ritardo nella comunicazione agli organi competenti della relazione ove erano stati riscontrate le numerose violazioni, il mero ritardo nella trasmissione, non può di per sé costituire elemento sufficiente a dimostrare un suo intendo di favorire condotte illecite (che si ribadisce vanno del tutto escluse) da parte del proprietario dell'immobile.

(omissis)

Giurisprudenza amministrativa

Trib. L'Aquila – 3 ottobre 2023, n. 610 (est. Spagnoli)

Acquisizione allo Stato di stabilimento balneare realizzato su area demaniale marittima assentita in concessione – Art. 49 cod. nav. – Illegittimità dell'acquisizione per insussistenza dei presupposti.

Accessione gratuita riferita alla effettiva cessazione del rapporto concessorio: benefici della proroga dell'originario rapporto concessorio: effetti

Illegittimità dell'acquisizione delle opere realizzate sull'area in concessione: conseguenze sulla determinazione e percezione del canone di concessione.

L'acquisizione allo Stato delle opere costruite dal concessionario sull'area in concessione può dirsi legittima quando ricorrano due presupposti:

- a) il carattere inamovibile delle opere costruite sulla zona demaniale;*
- b) la scadenza della concessione.*

E' sufficiente, pertanto, la mancanza di uno solo dei suddetti requisiti per escludere l'ambito di operatività dell'art. 49 del Codice della Navigazione.

In particolare, il principio dell'accessione gratuita è riferito all'effettiva cessazione della concessione e non alla mera scadenza del rapporto concessorio, in relazione all'esigenza di assicurare che le opere “non amovibili”, destinate a restare sul territorio o ad essere rimosse con inevitabile distruzione, siano nella piena disponibilità dell'Ente proprietario dell'area, ai fini di una sua corretta gestione per prevalenti finalità d'interesse pubblico; esigenza che, peraltro, non risulta attuale quando il titolo concessorio, anziché andare in scadenza o essere anzitempo revocato per l'utilizzo improprio dell'area, sia al contrario rinnovato in modo automatico e senza soluzione di continuità rispetto alla data naturale di scadenza della concessione stessa.

Deve sottolinearsi, inoltre, che l'incameramento di cui al citato art. 49 cod. nav. non può trovare applicazione quando la concessione ha beneficiato del rinnovo automatico in forza di legge, e ciò perché, a prescindere dal nomen iuris, si tratta comunque di proroga dell'originario rapporto senza soluzione di continuità. (1)

La domanda é fondata e può essere accolta nei limiti e per i motivi di seguito esposti.

La parte attrice lamenta l'illegitimità dell'acquisizione allo Stato per incameramento del manufatto e delle altre pertinenze costituenti lo stabilimento balneare gestito dalla Società, ai sensi dell'art. 49 del codice della navigazione, per l'insussistenza di entrambi i presupposti richiesti.

A mente dell'art. 49 cod. nav., infatti, l'incameramento può dirsi legittimo quando ricorrano due presupposti: i) il carattere inamovibile delle opere costruite sulla zona demaniale; ii) la scadenza della concessione.

E' sufficiente, pertanto, la mancanza di uno solo dei suddetti requisiti per escludere l'ambito di operatività della norma citata.

Quanto al secondo profilo, risulta che alla data dell'incameramento la concessione demaniale avesse valenza annuale della durata pari a 12 mesi. In particolare, dalla documentazione in atti risulta che a partire dall'anno 1973, alla scadenza di una concessione ne seguiva una nuova con decorrenza annuale.

Le diverse concessioni fanno espresso riferimento alla precedente licenza e risultano rilasciate dal Comandante del Porto - Capo del compartimento marittimo (git concessioni anni 1974-1992 doc. n. 20 fascicolo attore).

Al riguardo, ritiene il Tribunale che i diversi atti di concessione rientrano in concrete nella categoria delle concessioni per licenza ai sensi del combinato disposto dell'art. 36 del codice della navigazione e dell'art. 8 del Regolamento di Esecuzione del codice della navigazione.

Quest'ultimo, infatti, stabilisce che:

“Le concessioni di durata non superiore al quadriennio che non importino impianti di difficile rimozione sono fatte dal capo del compartimento con licenza e possono essere rinnovate senza formalità istruttorie, salvo il parere dell'intendenza di finanza sulla misura del canone”.

L'istituto del rinnovo automatico della concessione demaniale é stato regolato, più tardi, dall'art. 10 della Legge n. 88 del 2001, per la durata di sei anni.

Nel periodo di validità della predetta concessione, inoltre, l'art. 1, comma 18 della legge n. 25 del 26 febbraio 2010, ha previsto che il termine di durata delle concessioni di beni demaniali con finalità turistico-ricreative in essere alla data di entrata in vigore del decreto-legge 194 del 30.12.2009, e con scadenza entro il 31.12.2015, erano prorogate fino a tale data.

L'art. 34 *duodecies* della successiva legge n. 221/2012, infine, ha determinato la modifica dell'art. 1, comma 18, della legge n. 25 del 2010, con ulteriore previsione di scadenza delle predette concessioni demaniali al 31.12.2020.

Sul tema, si é precisato in maniera condivisibile che il principio dell'accessione gratuita, fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, dovrebbe ritenersi riferita all'effettiva cessazione e non alla mera scadenza del rapporto concessorio, in relazione all'esigenza di assicurare che le opere "non amovibili", destinate a restare sul territorio o ad essere rimosse con inevitabile distruzione, siano nella piena disponibilità dell'ente proprietario dell'area, ai fini di una sua corretta gestione per prevalenti finalità d'interesse pubblico, esigenza che peraltro non risulta ancora attuale quando il titolo concessorio, anziché andare in scadenza o essere anzitempo revocato per l'utilizzo improprio dell'area, sia al contrario rinnovato in modo automatico e senza soluzione di continuità rispetto alla data naturale di scadenza della concessione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 02.09.2019, n. 6043).

Per l'effetto, dove ritenersi che l'incameramento di cui al citato art. 49 cod. nav. non può trovare applicazione quando la concessione ha beneficiato del rinnovo automatico in forza di legge e ciò perchè, a prescindere dal *nomen juris*, si tratta comunque di proroga dell'originario rapporto senza soluzione di continuità (cfr. in tal senso Corte d'App. L'Aquila, 21 04.2022, n. 595).

In ogni caso, a nulla rileva sul piano della legittimità dell'incameramento, il verbale di consistenza e testimoniale di stato del 30.05.1984, avendo lo stesso una natura meramente dichiarativa e descrittiva delle opere acquisite allo Stato, come peraltro riconosciuto dalla stessa convenuta Agenzia del Demanio (cfr. in tal senso Cass. civ., Sez. III, 24.03.2004, n. 5842; Consiglio Stato, Sez. VI, 06.06.2003, n. 3187; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16.03.1993, n. 244).

In definitiva, l'insussistenza del requisito della effettiva scadenza della concessione, nei termini sopra specificati, comporterebbe già di per sé l'accoglimento della domanda attorea.

La Società, tuttavia, sulla scorta della consulenza tecnica di parte prodotta in giudizio, sostiene che il manufatto insistente sul terreno demaniale sia altresì di facile rimozione, tanto da rendere inapplicabile, anche sotto tale profilo, la disciplina evocata dall'Agenzia del Demanio.

Attesa la natura tecnica della valutazione richiesta, nel corso del giudizio è stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio (*omissis*)

Il CTU, dopo un'attenta analisi dei manufatti costituenti lo stabilimento balneare (*omissis*) ha concluso che "la struttura dello stabilimento balneare... si può considerare amovibile, anche tenendo conto della muratura leggera dei due piccali locali ad uso laboratorio e w.c. facilmente rimovibile". (*omissis*)

Pertanto, sulla scorta delle condivisibili determinazioni del C.T.U. inerenti al carattere amovibile delle opere costituenti lo stabilimento balneare *de*

quo nonché alla conformità delle stesse ai titoli abilitativi rilasciati, deve ritenersi sussistente la piena proprietà dei manufatti in capo all'attrice con conseguente illegittimità dell'atto di incameramento dello Stato ai sensi dell'art. 49 del codice della navigazione.

(omissis)

NOTA (1)

*Nella sentenza qui annotata, la domanda è diretta ad ottenere la dichiarazione di **totale amovibilità della struttura dello stabilimento balneare**, e quindi, l'accertamento di una situazione di fatto assunta a presupposto di un diritto di proprietà.*

La citata sentenza ha evidenziato che tale accertamento di una situazione di fatto prescinde dal rapporto concessorio, in quanto correlata al diritto di mantenere la proprietà del manufatto ai fini della sua rimozione.

*Per tale motivo, il menzionato accertamento della situazione di fatto non trova impedimento neppure nella preesistenza di un verbale di incameramento, che **non comporta alcun effetto costitutivo della proprietà demaniale**, sovrapponendosi a quanto previsto dall'art. 49 del Codice della Navigazione.*

Quindi, detto accertamento è totalmente privo di discrezionalità amministrativa e si fonda sul riconoscimento di un diritto previsto da una norma di legge sulla base di un predeterminato presupposto di fatto.

In particolare, il principio dell'accessione gratuita – fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo – dovrebbe ritenersi disposizione eccezionale e di stretta interpretazione, con riferimento all'effettiva cessazione – e non alla mera scadenza – del rapporto concessorio, per la comprensibile esigenza di assicurare, in tal caso, che per opere “non amovibili”, destinate a restare sul territorio o ad essere rimosse con inevitabile distruzione, tornino nella piena disponibilità dell'Ente proprietario del suolo, a fini di corretta gestione di quest'ultimo (quanto non più in uso del concessionario) per finalità di interesse pubblico.

Tale esigenza non può evidentemente ravvisarsi quando il titolo concessorio preveda forme di rinnovo automatico o preordinato in precedenza, rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare il rinnovo stesso – al di là del “nomen iuris” – come una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità (confr. in tal senso, per il principio Cons. St. Sez. VI, 26.05.2010, n. 3348).

*L'accertamento di tale presupposto è rimesso alla **cognizione del Giudice ordinario**, in quanto correlato al diritto di proprietà riconosciuto anche in altre analoghe fattispecie:*

- riconoscimento della proprietà privata in favore del fondo rivierasco per l'incremento naturale della sponda determinata dal regime idrico del fiume (art. 941 c.c. – cfr. sent. Tribunale di L'Aquila n. 413 del 28.4.2016):

- incremento del demanio marittimo sulla proprietà privata a seguito dell'arretramento della spiaggia con riferimento all'area interessata dalle mareggiate ordinarie (cfr. sent. Tribunale di L'Aquila n. 272 del 4.5.2011 confermata in appello).

Inoltre, l'accertamento negativo sull'incameramento incide sulla determinazione del canone demaniale e ciò non esclude, tra l'altro, la giurisdizione del Giudice ordinario.

In sintesi, al termine della concessione, l'onere di rimessione in pristino grava sul concessionario, non sull'Amministrazione. L'art. 49 cod. nav. interviene appositamente per regolare i rapporti tra concedente e concessionario, quando l'opera presenta caratteristiche di utilità tale da meritare di essere mantenuta.

Diversamente, il concessionario è tenuto alla rimessione in pristino e le eventuali responsabilità verranno valutate nelle naturali sedi.

L'effetto dell'incameramento tra le pertinenze dello Stato è previsto ex lege, ma non è automatico e soprattutto non è sganciato da un serio giudizio di utilità per la collettività.

Per quanto concerne la giurisdizione, è da evidenziare l'art. 133 lett. b) del c.p.a. attribuisce, infatti, al Giudice ordinario le controversie in merito alla determinazione dei canoni relativi alla concessione di beni pubblici e ciò in limitazione alla giurisdizione esclusiva attribuita in tale materia al Giudice Amministrativo.

E' da sottolineare che la proprietà del demanio marittimo è rimasta allo Stato e non è stata trasferita alle Regioni, alle quali è stata conferita la maggior parte delle funzioni amministrative in materia di gestione del demanio marittimo.

La Regione Abruzzo ha a sua volta delegato alcune funzioni amministrative ai Comuni, tra le quali rientra la riscossione dei canoni.

Infine, si ritiene utile ribadire che la devoluzione delle opere a favore dello Stato si verifica "ipso iure" ai sensi dell'art. 49, comma 1, cod. nav.; corollario di ciò è che, essendosi l'effetto costitutivo dell'acquisizione prodotto ex lege, l'atto amministrativo di acquisizione o di incameramento ha avuto efficacia meramente dichiarativa di una vicenda traslativa oramai conclusa.

Ne deriva, quale ulteriore corollario, che non assume rilevanza, ai fini della produzione dell'effetto traslativo, neppure il fatto che al verbale di incameramento non sia seguito il Testimoniale di Stato, dal momento che "l'atto di incameramento (redazione del testimoniale e del verbale di constatazione) delle opere valutate come inamovibili assume carattere puramente ricognitivo di un effetto ope legis prodottosi, indipendentemente dalla determinazione in parola, al venire in rilievo dei descritti presupposti fattuali. Allo stesso modo non rilevano le norme che prevedono l'iscrizione dei beni di proprietà dello Stato in appositi registri di consistenza o di inventario, trattandosi di formalità non costitutive, la cui omissione è incapace di incidere sulla produzione di un effetto traslativo automatico (conf. Sentenza n. 2035 del 2000, cit.)" (Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3187).

Claudio Angelone

T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 31 agosto 2023 n. 285 (Pres. Passoni - Est. Balloriani)

Concessione demaniale marittima – Uso ombreggio - Istanza per il rilascio di una nuova concessione – Obbligo del Comune di dare seguito all’istanza – Procedura di evidenza pubblica – Necessità

1. L’art. 18 del Regolamento attuativo del Codice della Navigazione non appare in contrasto con la disciplina europea, né con le sentenze della Corte Ue, come interpretate anche dalle Adunanze plenarie nn. 17 e 18 del 2022 del Consiglio di Stato, se non nella parte in cui appare consentire una proroga automatica in alcuni casi e fatta, comunque, salva la necessità di pubblicare un bando di gara rispettoso della normativa nazionale ed europea ai fini dell’assegnazione del bene pubblico.

2. La disciplina di cui all’art. 15, comma 2 bis della L.R. n. 141/97, fermo restando che non si applica alle concessioni pluriennali ma solo a quelle stagionali o temporanee, non può trovare applicazione se non nei limiti del perdurare dell’emergenza pandemica cui è funzionale, e dovrebbe comunque essere disapplicata d’ufficio nella misura in cui appare prevedere un regime di esclusiva per i precedenti concessionari di quelle aree (con proroga di fatto).

(omissis)

Considerato che:

- con istanza acquisita al prot. n. 17656/2021 del Comune di *(omissis)* la ricorrente ha chiesto il rilascio di una concessione demaniale marittima per uso ombreggio individuata nel “Piano di gestione del SIC 109 — Marina di *(omissis)* — Area di balneazione libera e privata destinazione attività aree di nuova concessione balneare” ubicata a sud dell’area demaniale marittima comunale;
- con provvedimento del 15.11.2021 tale richiesta è stata rigettata;
- avverso questo primo provvedimento è stato proposto il ricorso principale;
- nelle more della presente decisione, rilevato che il diniego non era stato preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi, in datata 12.3.2022 il Comune ha provveduto all’annullamento in autotutela del diniego medesimo;
- con successivo provvedimento del 1.6.2022, a seguito di riesame, il Comune ha confermato il diniego sulla base della seguente motivazione: il Piano di Gestione dell’area SIC Marina di *(omissis)* prevede espressamente che l’assegnazione di tutte le aree di nuova concessione debba essere preceduta da apposita deliberazione della Giunta Comunale; allo stato attuale

L'Amministrazione comunale non ha inteso indire bandi pubblici volti alla concessione delle aree ad uso ombreggio contemplate nell'area SIC Marina di (*omissis*); la ricorrente sarebbe titolare di altra concessione demaniale mentre il Piano di gestione del SIC 109 — Marina di (*omissis*) dispone che la concessione di ombreggi ai fini turistico - ricettivi sia destinate solo alle attività ricettive che ne sono prive; in quella specifica area esisterebbero già una serie di ombreggi, che attualmente riescono a soddisfare le esigenze dei fruitori di quel contesto demaniale e nuovi ombreggi potrebbero impattare un'area che è sottoposta ad una serie di vincoli al fine di tutelare l'aspetto naturalistico della stessa; gli artt. 36 e 37 del Codice della Navigazione (nonché gli artt. 5, 6, 11 e 18 del suo Regolamento di esecuzione) non impongono l'indizione automatica della procedura selettiva richiesta dalla ricorrente, rimanendo in capo all'Amministrazione ampio potere discrezionale in ordine alla scelta di svolgere o meno gare per affidare concessioni demaniali marittime; nel caso di specie l'Amministrazione non avrebbe deciso di procedere alla selezione di concessionari e comunque ciò sarebbe allo stato in contrasto con i principi di derivazione comunitaria; vi sarebbe contrasto anche con un emendamento presentato in data 15.2.2022 dal Consiglio dei Ministri al "disegno di legge concorrenza 2021" (la materia sarebbe in totale fase di rivoluzione e dunque nessuna procedura potrà essere avviata fino a quando la legge-delega non avrà stabilito i criteri in base ai quali i comuni potranno indire le gare); inoltre ai sensi legge regionale 141/1997 art.15, comma 2, lettera c-bis, fino alla approvazione della normativa di revisione in materia di rilascio delle concessioni del demanio marittimo, i Comuni che, pur avendo approvato il P.D.C., non abbiano ancora assegnato in concessione le nuove aree in esso previste, possono rilasciare concessioni demaniali marittime a carattere stagionale o temporaneo per attività turistiche e ricreative ai soggetti ai quali sono state rilasciate nell'anno precedente e per il medesimo lotto, anche nelle zone ricadenti in aree SIC in assenza di una specifica regolamentazione; l'area SIC Marina di (*omissis*) è sovrapposta alla "Riserva Naturale Regionale Marina di (*omissis*)", istituita con L.R. Abruzzo n. 5/2007 (destinataria anche di specifiche misure di conservazione adottate dalla Regione Abruzzo) e la riserva è attualmente priva del Piano di Assetto Naturalistico, strumento fondamentale e prodromico a qualsiasi utilizzo dell'area, al fine di garantire e tutelare il pregevole ambiente di cui si discorre; a tal fine sarebbero in corso l'adozione atti propedeutici alla redazione del succitato Piano di Assetto Naturalistico;

- alla udienza del 23 giugno 2023 la causa è passata in decisione; (*omissis*)

- è ben vero che a fronte di una istanza ex art. 37 del codice della navigazione non v'è un obbligo dell'Amministrazione di indire una gara per assegnare necessariamente l'area demaniale in uso esclusivo (Consiglio di Stato sentenza 7303 del 2023);
- ma ciò nel senso che la scelta non è vincolata ma discrezionale (Consiglio di Stato ibidem), e dunque deve comunque essere esercitata nel rispetto delle norme che disciplinano l'esercizio discrezionale del potere amministrativo;
- nel caso di specie le ragioni ostese dal Comune non appaiono legittime;
- innanzitutto l'articolo 18 del regolamento attuativo del codice della navigazione non appare in contrasto con la disciplina europea né con le sentenze della Corte Ue, come interpretate anche dalle adunanze plenarie 17 e 18 del 2022 del Consiglio di Stato (richiamate dall'Amministrazione resistente), se non nella parte in cui appare consentire una proroga automatica in alcuni casi, e salva la necessità di pubblicare un bando di gara rispettoso della normativa nazionale ed europea ai fini dell'assegnazione (CGAS sentenza 439 del 2022);
- il carattere mutevole così come il possibile cambiamento della normativa vigente d'altro canto non appare una ragione di diniego atteso il noto principio del *tempus regit actum*, secondo il quale l'Amministrazione deve agire nel rispetto della normativa vigente e non attendere modifiche a essa;
- la circostanza che il Piano di Gestione dell'area SIC Marina di (*omissis*) avrebbe previsto che l'assegnazione di tutte le aree di nuova concessione debba essere preceduta da deliberazione della Giunta Comunale non può assurgere a legittima ragione di diniego, atteso che l'Amministrazione per giustificare una propria inerzia non può addurne un'altra (Tar Pescara sentenza 249 del 2020);
- il Comune non ha dimostrato in modo specifico e dettagliato l'assunto secondo il quale la ricorrente sarebbe titolare di altra concessione demaniale e dunque non sarebbe legittimata a ottenerne un'altra secondo il Piano di gestione del SIC;
- gli assunti secondo cui in quella specifica area esisterebbero già una serie di ombreggi, che attualmente riescono a soddisfare le esigenze dei fruitori di quel contesto demaniale, e quello secondo cui nuovi ombreggi potrebbero impattare un'area che è sottoposta a una serie di vincoli al fine di tutelare l'aspetto naturalistico della stessa, appaiono generici e non sufficientemente motivati e documentati, oltre che, come rilevato da parte ricorrente, in contrasto con il piano di gestione che prevede quelle aree proprio come a ciò destinate;
- quanto alla invocata disciplina di cui all'art. 15, comma 2, c bis della L.R.

n. 141 del 1997, fermo restando che non si applica alle concessioni pluriennali come quella di specie ma solo a quelle stagionali o temporanee (Tar Pescara sentenza 423 del 2022), essa non può trovare applicazione se non nei limiti del perdurare dell'emergenza pandemica cui è funzionale e inoltre, nella misura in cui appare prevedere un regime di esclusiva per i precedenti concessionari di quelle aree (con proroga di fatto), dovrebbe comunque essere disapplicata d'ufficio (cfr. Tar Pescara sentenza 40 del 2021); ciò senza considerare che l'Amministrazione non ha specificamente ed efficacemente contestato la circostanza, dedotta da parte ricorrente, che quell'area sarebbe invece libera;

- con riferimento invece alla mancata adozione del PAN (piano di assetto naturalistico) relativamente alla riserva naturale regionale Marina di (*omissis*) istituita con L.R. n. 5 del 2007, al cui interno ricade pacificamente per le parti l'area in esame, ai sensi dell'articolo 22 della legge regionale abruzzese 38 del 1996, l'approvazione, così come l'adozione, del PAN è di competenza dello stesso Comune e inoltre le sue previsioni e prescrizioni, e le conseguenti norme applicative, costituiscono vincolo per la pianificazione urbanistica a livello comunale e sovracomunale;
- tuttavia la mancata pianificazione per ritardi di tipo burocratico non può giustificare una non prevista generalizzata e assoluta misura di salvaguardia, ma legittimano al più il Comune, quale Ente deputato alla gestione ex articolo 5 della legge regionale 5 del 2007, a verificare il rispetto di quei parametri (CGAS sentenza 82 del 2017) già previsti dall'articolo 11 della legge regionale citata, oltre al rispetto delle altre normative o di piano, purchè già vigenti;
- le spese seguono il criterio della soccombenza (*omissis*)
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (*omissis*):
- dichiara improcedibile il ricorso principale e accoglie i motivi aggiunti ai fini del riesame, nel rispetto dei principi indicati in motivazione.

T.A.R. Abruzzo – Pescara – sentenza 31 ottobre 2023, n. 327 (Pres. Passoni – Est. Giardino)

Istanza di accesso a documentazione amministrativa – Provvedimento tacito di silenzio-diniego – Richiesta di accertamento sulla consistenza e lo stato giuridico dei locali ricevuti in uso – Mancato riscontro da parte delle Amministrazioni interessate – Illegittimità del silenzio – Rigetto

Esiste il diritto ad accedere a tutta la documentazione amministrativa allorchè si ritenga l'interesse del richiedente alla conoscenza della medesima, in quanto qualificabile come interesse strumentale alle dichiarate finalità accertative e difensive in relazione alla posizione negoziale con la controinteressata.

Deve essere annullato il provvedimento di tacito di rigetto formatosi su di una istanza di accesso ai sensi dell'art. 25, comma 4, della legge 241/1990.

E' consentito al ricorrente che vi ha interesse di accedere a tutti gli atti richiesti, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza

Pertanto, sussiste il diritto del ricorrente ad accedere a tutta la documentazione richiesta consentendo l'ostensione, tramite esibizione ed estrazione di copia, di tutti gli atti e documenti richiesti, anche mediante invio in formato digitale, nel termine sopraindicato.

(omissis)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato D'OTTAVIO Davide, titolare dell'omonima impresa individuale cessionaria del ramo di azienda in forza di contratto ripassato con l'Associazione dilettantistica Vasto Basket - Vasto, ha adito l'intestato Tribunale per l'annullamento del provvedimento tacito di silenzio-diniego serbato dal Comune di Vasto e dalla SASI spa sull'istanza di accesso agli atti dal medesimo presentata.

In punto di fatto il ricorrente rappresenta che in data 3.3.2023 formulava istanza di accesso agli atti al Comune di Vasto alla ASL Lanciano-Vasto-Chieti ed alla SASI spa al fine di acquisire copia della documentazione ivi indicata, nella quale precisava che l'istanza era finalizzata anche ad accertare quali fossero la consistenza e lo stato giuridico dei locali ricevuti in uso dall'Associazione Dilettantistica Vasto Basket-Vasto, presso il precitato stabile, ed a quali fra i soggetti in indirizzo, pubblici e/o privati, fosse imputabile lo stato di fatiscenza e non conformità alle vigenti norme

in materia di sicurezza e salubrità degli stessi.

La ASL trasmetteva la documentazione di competenza in data 28.4.2023 mentre in data 31.3.2023 la SASI spa comunicava di non essere riuscita ad accedere alla struttura perché “chiusa o non accessibile”.

Il ricorrente si duole che, nonostante siano trascorsi oltre trenta giorni dalla presentazione dell’istanza, il Comune di Vasto e la SASI spa non hanno riscontrato la suddetta richiesta di accesso, deducendo l’illegittimità del silenzio rigetto formatosi per “1)Violazione del principio di trasparenza dell’attività amministrativa - violazione e falsa applicazione art. 22 e art. 24, comma 7 e art 25 l. 241/90, -Violazione e falsa applicazione art. 10 TUEL- Violazione e falsa applicazione principio di trasparenza amministrativa – Illegittimità del silenzio opposto dal Comune di Vasto; 2)Violazione del principio di trasparenza dell’attività amministrativa - violazione e falsa applicazione art. 22 e art. 24, comma 7 e art 25 l. 241/90, - Violazione e falsa applicazione art. 7, comma 2, D.P.R. 352/92- Violazione e falsa applicazione principio di trasparenza amministrativa – Illegittimità del differimento silenzio opposto dalla SASI spa- eccesso di potere per difetto di istruttoria- Erroneità dei presupposti di fatto- Travisamento dei fatti”.

E’, pertanto, chiesto l’annullamento, previa declaratoria dell’illegittimità, del silenzio rigetto formatosi implicitamente sull’istanza di accesso del 03.03.2023, con accertamento del diritto del ricorrente di accedere ai documenti richiesti, mediante visione ed estrazione di copia e condanna all’ostensione dei medesimi.

Si sono costituite per resistere al ricorso le parti intime instando per il suo rigetto in quanto inammissibile e, comunque, privo di merito di fondatezza.

(omissis)

2. Il ricorso è meritevole di positivo apprezzamento per le ragioni appresso specificate.

Deve ritenersi che, nel caso che ci occupa, l’interesse alla conoscenza della documentazione richiesta sia meritevole di tutela, in quanto qualificabile come interesse strumentale alle dichiarate finalità accertative e difensive in relazione alla posizione negoziale con la controinteressata Associazione Dilettantistica Vasto Basket – Vasto ed ai giudizi pendenti.

Ciononostante il Comune intimato ha consegnato solo in parte gli atti e i documenti, come richiesti dal ricorrente.

Con memoria depositata in data 13 ottobre 2023 parte ricorrente ha rappresentato che, successivamente all’instaurazione dell’odierno giudizio, l’ente civico resistente ha riscontrato solo le richieste di cui ai punti nn. 1,2,3,4,5 e 13 di cui alla istanza per cui è causa, risultando ad oggi inevase

le residue richieste di cui ai punti nn. 6,7,8,9,10,11,12.

Parimenti deve ritenersi illegittimo il riscontro opposto dalla SASI spa che si sostanzia quale differimento meramente strumentale, non sorretto da alcun supporto normativo, avendo dichiarato la società SASI di avere trovato la struttura “chiusa o non accessibile”.

Per le esposte ragioni, il ricorso deve essere accolto, ed in conseguenza: deve essere annullato il provvedimento di tacito di rigetto formatosi sull’istanza di accesso del 03.03.2023 ai sensi dell’art. 25, comma 4, della legge 241 del 1990;

per l’effetto deve essere dichiarato il diritto del ricorrente all’accesso a tutti gli atti richiesti, ordinando al Comune di Vasto ed alla società SASI, per quanto di rispettiva competenza, di dare concreto e totale seguito alla nota del 3 marzo 2023 consentendo al ricorrente, che vi ha interesse, di accedere effettivamente a tutti gli atti richiesti, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza nei sensi e nei modi di cui in dispositivo.

Sussistono tuttavia i giusti motivi per disporre l’integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

T.A.R. Abruzzo - Pescara – sent. 5 giugno 2023 n. 232 (Pres. Passoni - Est. Lomazzi)

Processo amministrativo - Giurisdizione amministrativa - Giurisdizione esclusiva - Competenza per territorio - Rapporti di lavoro dei magistrati onorari - Differente trattamento rispetto ai giudici togati.

1. La controversia avente ad oggetto la domanda di Vice Procuratori Onorari volta ad ottenere l'accertamento di un rapporto di impiego di fatto con il Ministero della Giustizia, per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati e per l'inserimento nell'organizzazione di un ufficio di Procura, rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa (tenuto conto della permanenza della giurisdizione esclusiva con riferimento ai rapporti di lavoro dei magistrati togati); ciò vale anche per quanto attiene al profilo della copertura previdenziale, trattandosi di conseguenza richiesta di versamento dei contributi da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro alla gestione previdenziale. Per tali controversie, inoltre, la competenza territoriale è valutata in base agli ordinari criteri di riparto, non trovando dunque applicazione l'art. 135, comma 1, lett. a), del c.p.a. (sulla competenza funzionale del TAR Lazio), attinente unicamente alle impugnative degli atti riconducibili alle delibere del CSM.

2. Il differente trattamento riservato ai magistrati onorari - contenuto nel D.Lgs. n. 116 del 2017 - rispetto ai magistrati togati professionali, a tempo pieno e indeterminato, appare giustificato sotto plurimi profili, tutti attinenti alle divergenze intercorrenti tra le due posizioni. Vengono in primo luogo in rilievo le differenti modalità di accesso e di reclutamento, con un sistema di selezione, tramite concorso, ex art. 106, comma 1, Cost., dei magistrati togati professionali, in alcun modo comparabile in linea generale a quello dei magistrati onorari. Va poi considerato che il novero delle funzioni esercitabili dal magistrato onorario è estremamente ridotto rispetto a quanto avviene per i magistrati togati professionali, potendo i primi svolgere unicamente, e del pari in base a espressa disposizione costituzionale, contenuta nell'art. 106, comma 2, Cost., le funzioni attribuite ai giudici singoli.

(omissis)

I Dott.ri D. D. S., F. C., R. S., T. C., L. D. B., S. D. F. e S. C., magistrati onorari presso il Tribunale di Pescara, richiedevano l'accertamento della violazione della IV Clausola dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo parziale, recepito con la Direttiva 1997/81/CE, e sul lavoro a tempo determinato, recepito con la Direttiva 1999/70/CE, per il trattamento meno favorevole a loro

riservato rispetto ai lavoratori a tempo pieno e indeterminato equiparabili, con conseguente condanna del Ministero della Giustizia a disporre gli adeguamenti del trattamento economico, normativo e previdenziale.

I ricorrenti in particolare hanno fatto presente di essere stati reclutati mediante selezione pubblica per titoli ed esami nel 1999, con prove scritte e orali, successiva graduatoria e poi nomina come Vice Procuratori Onorari; di essere stati, dopo i primi 3 anni, via via confermati nei propri incarichi per legge; di aver quindi partecipato nel corso de tempo in via stabile alle funzioni della Procura della Repubblica; di essere stati remunerati con le indennità previste ex art.4 del D.Lgs. n.273 del 1998, in base agli impegni giornalieri e settimanali.

Gli interessati hanno dunque sostenuto che spettava loro la retribuzione, la copertura previdenziale, il riconoscimento dell'anzianità di servizio e gli altri istituti giuridici ed economici applicati ai magistrati togati professionali; che infatti erano da considerare essi stessi lavoratori dipendenti professionali, assunti tramite concorso, con inquadramento duraturo, con precisi doveri e obblighi di servizio, soggetti a potestà direttiva e disciplinare, con compenso rapportato all'orario di lavoro; che la disciplina regolante in concreto il rapporto di lavoro dei magistrati onorari in Italia era contenuta nel D.Lgs. n.116 del 2017, nel D.M. 26 settembre 2007, nelle circolari del CSM del 13 gennaio 2016; che il reclutamento prevedeva un concorso per titoli, con requisiti generali, titoli di preferenza, conseguente graduatoria e successivo periodo di formazione; che nel caso di specie erano stati sostenuti anche esami con prova scritta e orale; che vi era stato un inquadramento duraturo in pianta organica di 3 anni, con prassi legislativa di rinnovo; che la pianta organica era stata definita con apposito decreto ministeriale; che per quanto riguarda le funzioni, veniva promossa l'accusa dinanzi al Giudice di Pace e al Tribunale in composizione monocratica, con funzioni dunque assimilabili a quelle dei magistrati togati; che erano soggetti a precisi doveri e obblighi di servizio, quanto a residenza, incompatibilità, formazione, direttive di servizio, conferma, trasferimenti, obbligo di presenza; che erano inoltre sottoposti a potestà direttiva e disciplinare; che avevano un compenso rapportato all'impegno orario, ex art.4 del D.Lgs. n.273 del 1998.

Veniva poi segnalato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE aveva proceduto a riconoscimenti per casi simili (ad es. nel Regno Unito); che il magistrato onorario era da considerarsi come lavoratore comparabile, con funzioni assimilabili, per il contenuto dell'attività prestata, ai magistrati togati professionali a tempo pieno e indeterminato.

I ricorrenti pertanto richiedevano l'equiparazione per il trattamento economico, in relazione alle ore di servizio prestate, per il trattamento normativo, con riferimento a ferie, malattie, congedi e aspettative, per il trattamento previdenziale,

col versamento dei corrispondenti contributi.

Il Ministero della Giustizia si costituiva in giudizio per la reiezione del gravame.

Con memoria gli istanti riaffermavano le proprie tesi difensive, precisando che la Dr.ssa C. aveva assunto altre funzioni già prima della proposizione del ricorso, le Dr.sse C. e C. erano nel frattempo cessate dall'incarico e i restanti Dott.ri venivano confermati nelle funzioni dopo aver partecipato alla procedura di stabilizzazione.

Nell'udienza di smaltimento del 5 maggio 2023, nel corso della quale venivano indicate, quali questioni rilevate d'ufficio, ex art.73, comma 3 c.p.a., le possibili improcedibilità del ricorso per normativa sopravvenuta e inammissibilità del medesimo per difetto di giurisdizione, con limitato riferimento alla richiesta di copertura previdenziale, la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il Collegio rileva in primo luogo che la lite in esame rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa, tenuto conto della permanenza della giurisdizione esclusiva con riferimento ai rapporti di lavoro dei magistrati togati e che la controversia ha ad oggetto la domanda di Vice Procuratori Onorari volta ad ottenere l'accertamento di un rapporto di impiego di fatto con il Ministero della Giustizia, per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati e per l'inserimento nell'organizzazione di un ufficio di Procura (cfr. Corte Cass, SS.UU., n.27198 del 2017), anche per quanto attiene al profilo della copertura previdenziale, trattandosi di conseguenziale richiesta di versamento dei contributi da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro alla gestione previdenziale (cfr. Corte Cass., SS.UU., ord. n.29396 del 2018).

Questo TAR risulta inoltre competente per territorio, in base agli ordinari criteri di riparto, non trovando dunque applicazione l'art.135, comma 1a c.p.a., sulla competenza funzionale del TAR Lazio, attinente unicamente alle impugnative degli atti riconducibili alle delibere del CSM (cfr., in ultimo, TAR Campania, I, n.3647 del 2022).

Il gravame va nondimeno dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, con riferimento ai ricorrenti D. S., S., D. B. e D. F., a decorrere dall'entrata in vigore dell'art.1, comma 629 della Legge n.234 del 2021, che, modificando il D.Lgs. n.116 del 2017, ha profondamente innovato nella disciplina e nel trattamento dei magistrati onorari, in relazione alle ricorrenti C., C. e C., dall'epoca ancora precedente in cui erano cessate dall'incarico in argomento, come segnalato nella loro ultima memoria difensiva.

Per la restante parte, nel merito, il ricorso appare destituito di fondamento e, dunque, da respingere.

Invero è necessario al riguardo evidenziare che il differente trattamento riservato ai magistrati onorari - contenuto nel D.Lgs. n.116 del 2017, e peraltro in ultimo, come suesposto, modificato in direzione favorevole alle aspirazioni dei ricorrenti -, rispetto ai magistrati togati professionali, a tempo pieno e indeterminato, appare giustificato sotto plurimi profili, tutti attinenti alle divergenze intercorrenti tra le due posizioni.

Vengono in primo luogo in rilievo le differenti modalità di accesso e di reclutamento, con un sistema di selezione, tramite concorso, ex art. 106, comma 1 Cost., dei magistrati togati professionali, in alcun modo comparabile in linea generale a quello dei magistrati onorari, nello specifico a quello dei ricorrenti, con quiz, prova orale e titoli, in base alla nota del Procuratore della Repubblica (cfr. all.4, 5 al ricorso).

Va poi considerato che il novero delle funzioni esercitabili dal magistrato onorario è estremamente ridotto rispetto a quanto avviene per i magistrati togati professionali, potendo i primi svolgere unicamente, e del pari in base a espressa disposizione costituzionale, contenuta nell'art.106, comma 2 Cost., le funzioni attribuite ai giudici singoli.

Del resto l'orientamento giurisprudenziale prevalente, anche di recente estrazione, cui utilmente si rinvia per le ulteriori considerazioni ivi contenute, continua a propendere per la non assimilabilità e quindi non equiparabilità delle due figure de quibus (cfr. in ultimo Corte Cass., III, n.13673 del 2023, e già, tra le altre, TAR Campania, I, n.3647 del 2022, con pertinenti rimandi alla normativa e giurisprudenza eurounitaria, TAR Calabria, II, n.683 del 2020).

Giova in ultimo segnalare sul punto che anche la recente decisione della Corte di Giustizia, I, 7 aprile 2022 C-236/2020, non appare al Collegio in grado di sovvertire il suindicato orientamento, atteso che la Corte veniva consultata e rilasciava conseguente pronuncia su aspetti specifici e parziali dell'intera vicenda, ovvero in tema di ferie annuali retribuite, regime assistenziale e previdenziale, rinnovi del rapporto di lavoro a tempo determinato; che la stessa faceva inoltre salve in ogni caso le verifiche in concreto di competenza esclusiva del Giudice nazionale; che il trattamento differenziato, come suesposto, trova salde ragioni già nella cornice normativa di rango costituzionale, stabilendo per gli uni e per gli altri sia diverse forme di reclutamento che diverse funzioni.

Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti, stante la costituzione di mera forma dell'Amministrazione.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, in parte dichiara improcedibile e in parte respinge il ricorso n.250/2019 indicato in epigrafe.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo - Pescara - sentenza 12 luglio 2023 n. 266 (Pres. Passoni - Est. Giardino)

Contratti pubblici - Concessioni demaniali marittime - Applicabilità principi del Codice degli Appalti Pubblici - Rito ordinario - Rapporto attivo con la pubblica amministrazione - Valutazione offerta -Punteggio numerico - Sufficiente motivazione - Criteri di valutazione predeterminati e sufficientemente puntuali - Discrezionalità - Sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

1. Le procedure comparative volte all'affidamento di concessioni demaniali marittime (seppur soggette ai principi del Codice degli appalti) sono sottoposte al rito ordinario e non al rito speciale di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. (il quale trova applicazione soltanto in riferimento alle controversie relative ai cd. 'contratti passivi', con cui l'Amministrazione acquisisce lavori, servizi e forniture): con l'affidamento della concessione demaniale si viene, infatti, ad instaurare con la pubblica amministrazione un rapporto c.d. attivo, in virtù del quale alla stessa viene corrisposto un canone annuo.

2. Nelle procedure selettive pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; infatti, solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

3. L'idoneità del voto sinteticamente espresso in forma numerica a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione di gara nell'apprezzamento delle offerte è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi, di talché tanto dettagliata risulta l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più esaustiva ne risulta l'attitudine esplicativa del punteggio. Pertanto, solo quando il giudizio della Commissione non fosse idoneamente delimitato nell'ambito di un minimo e di un massimo, occorre la motivazione discorsiva del giudizio, al fine di rendere in ogni caso comprensibile il ridetto iter logico seguito in concreto nella valutazione delle offerte, e in particolare di quella tecnica.

4. La commissione giudicatrice, la quale è chiamata a valutare le offerte mediante l'attribuzione di punteggi ai diversi elementi della stessa, gode di un'ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se è in linea con i criteri predefiniti nella lex specialis di gara e non pre-

sentenza macroscopiche irrazionalità ed incongruenze, atteso che il riscontro del giudice amministrativo, su tali valutazioni discrezionali, deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevabilità ictu oculi dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell'Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera ad essa riservata.

(omissis)

1. Il ricorrente F. D. L. ha partecipato alla procedura di gara, indetta dal Comune di San Vito Chietino, con bando approvato con determinazione dirigenziale n. 28 del 26.2.2020, per l'assegnazione di nuove concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative, site sul litorale del Comune di San Vito Chietino e individuate nell'art. 5 bis del medesimo bando.

Con il predetto bando l'ente civico resistente ha individuato varie aree demaniali marittime da assegnare in concessione, ivi inclusa l'area di intervento A2 oggetto di causa, situata a nord del litorale comunale, segnatamente in località Cintioni, da destinare a «spiaggia libera attrezzata», con la previsione cioè di garantire l'uso libero e gratuito dell'arenile e di dotare l'area dei servizi minimi (chiosco-bar, servizi igienici, docce, ecc.) da mettere a gara.

Nella graduatoria per la concessione dell'area demaniale A2, il ricorrente è risultato classificato secondo con il punteggio complessivo di 70 punti, immediatamente dopo S. G., classificatosi primo con il punteggio complessivo di 71 punti.

Con l'odierno atto di costituzione in giudizio ex art. 10 D.P.R. n. 1199/1971 e 48 C.P.A., depositato a seguito di istanza di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario, il ricorrente impugna, previa sospensione della loro esecutività, gli atti relativi alla predetta procedura di gara in epigrafe indicati, tra cui, in particolare la determinazione n. 3 del 31.01.2022 di aggiudicazione dell'area demaniale marittima di intervento «A2» in favore del controinteressato S. G. e tutti i verbali di gara.

Insta, inoltre, per la declaratoria di nullità e/o annullamento e/o inefficacia della concessione eventualmente rilasciata nelle more in favore dell'odierno controinteressato e di qualsiasi eventuale convenzione accessoria ripassata inter partes, nonché per il riconoscimento del suo diritto all'assegnazione dell'area demaniale «A2» per cui è causa e al rilascio della concessione demaniale.

2. Il gravame introduttivo è affidato alla denuncia di cinque distinte articolate doglianze così rubricate:

“I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI

GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ARTT. 9 E 10 DEL BANDO PER LA NON AMMISSIBILITÀ E NON VALUTABILITÀ DELLA OFFERTA PRESENTATA DAL CONTROINTERESSATO - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM E DEI PRINCIPI GENERALI DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE”.

La proposta progettuale presentata dal controinteressato sarebbe inammissibile avendo ad oggetto soluzioni migliorative condizionate, in quanto subordinate ad un evento futuro e incerto, consistente nella ipotetica (ed indimostrata) disponibilità di un terreno limitrofo al lotto in gara, di proprietà di un soggetto terzo estraneo alla procedura di gara, dove creare parcheggi per disabili.

“II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ARTT. 9 E 10 DEL BANDO PER LA NON AMMISSIBILITÀ E NON VALUTABILITÀ DELLA OFFERTA PRESENTATA DAL CONTROINTERESSATO, SOTTO ALTRO E DIVERSO PROFILO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 12 DEL PDMC - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM NONCHÉ DEI PRINCIPI GENERALI DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE ”.

Il seggio di gara avrebbe illegittimamente ammesso e valutato l’offerta tecnica del controinteressato nonostante essa contemplasse interventi da realizzare su uno spazio di pertinenza del limitrofo lotto “A1”, aggiudicato ad altro soggetto.

“III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DELL’ART. 3 DEL BANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 14, CO. 5, DEL PDMC NONCHÉ DELL’ART. 5, CO. 42, DEL PDMR - ERRONEA AMMISSIONE E VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA PROGETTUALE PRESENTATA DAL CONTROINTERESSATO - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, ILLOGICITÀ E MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA”.

Il seggio di gara avrebbe illegittimamente ammesso e valutato l’offerta tecnica del controinteressato nonostante essa prevedesse l’occupazione con volumi e tettoie di una superficie superiore al limite dimensionale imposto dal PDMc e dal PDMr (25 mq).

“IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ARTT. 9 DEL BANDO SUI CRITERI DI VALUTAZIONE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ALLEGATO 5 ALLE NTA DEL PDMC - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE, IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA NELLA ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI ALL'OFFERTA TECNICA PROPOSTA DAL CONTROINTERESSATO”.

Le soluzioni migliorative proposte dal controinteressato sarebbero generiche, astratte ed irrealizzabili dal punto di vista tecnico e, ciononostante, hanno ottenuto punteggi abnormi, sproporzionati e illogici rispetto alle risultanze di fatto per la quasi totalità dei criteri di selezione.

“V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ARTT. 2 DEL BANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DEL PDMR E DELL'ART. 45 DEL PDMC - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MACROSCOPICA IRRAGIONEVOLEZZA E ARBITRARIETÀ”.

L'offerta tecnica della controinteressata sarebbe carente di tutta una serie di documenti (atti negoziali, perizie giurate, studi idrici, progetti, ecc.) essenziali e fondamentali per dimostrare la fattibilità, la serietà, la credibilità dell'impegno assunto e l'osservanza delle specifiche prescrizioni di gara.

3. Si sono costituiti in resistenza al ricorso il Comune di San Vito Chietino ed il controinteressato S. G. sollevando, in punto di rito, l'inammissibilità del gravame sotto vari profili ed instando, nel merito, per il suo rigetto in quanto privo di fondatezza.

All'udienza camerale del 24 giugno 2022, fissata per l'esame della domanda cautelare, il Collegio, su istanza di parte, ha disposto l'abbinamento della causa al merito la cui discussione è stata fissata all'udienza pubblica del 23 giugno 2023.

Nel corso del giudizio la difesa dell'Ente civico ha depositato in data 30/03/2023 la concessione demaniale marittima reg. n. 110 del 16/03/2023 riferita al lotto A2 ed il provvedimento conclusivo n. 25 del 24/03/2023 con cui il SUAP ha autorizzato il nuovo concessionario ad eseguire i lavori di realizzazione del chiosco bar e dei servizi sul lotto in parola.

4. Avverso i predetti provvedimenti e gli atti presupposti il ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti con istanza di abbreviazione dei termini,

notificato il 10/05/2023, che è affidato alla denuncia delle seguenti ulteriori sei censure:

“I. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ SOGGETTIVA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM E DEI PRINCIPI GENERALI DI BUONA ANDAMENTO, CORRETTEZZA E TRASPARENZA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ART. 9 E 10 DEL BANDO - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ MANIFESTA, ARBITRARIETÀ”.

La concessione demaniale marittima impugnata risulterebbe illegittima perché rilasciata non in favore dell’aggiudicatario iniziale, bensì in favore di un soggetto terzo, la Società M. Srls che non ha preso parte alla procedura di gara.

“II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DELL’ART. 8 DEL BANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM E DEI PRINCIPI GENERALI DI BUONA ANDAMENTO, CORRETTEZZA E TRASPARENZA - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA”.

La concessione demaniale sarebbe stata rilasciata in favore di un soggetto privo dei requisiti di partecipazione e, per di più, che non ha mai dato prova in sede di gara di possederli e di volersi impegnare verso la PA nella esecuzione di quanto offerto.

“III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 37 DEL CODICE DELLA NAVIGAZIONE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DELL’ART. 4 DEL BANDO - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM E DEI PRINCIPI GENERALI DI BUONA ANDAMENTO, CORRETTEZZA E TRASPARENZA - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA”.

La concessione demaniale sarebbe stata rilasciata in favore di un soggetto inattivo.

“IV. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ DELL’OFFERTA PRESENTATA - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO COMPETITORUM E DEI PRINCIPI GENERALI DI BUONA ANDAMENTO, IMPARZIALITÀ E TRASPARENZA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DEGLI ARTT. 8 E 9 DEL BANDO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 14 DELLE NTA DEL PDM COMUNALE E DELL’ART. 5, COMMA 42, DEL PDM REGIONALE - ECCESSO DI POTERE PER TRA-

VISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MANIFESTA IR-RAGIONEVOLEZZA”.

La nuova concessione demaniale riporterebbe non solo modifiche in aumento della superficie occupata con la pavimentazione, ma anche variazioni alle dimensioni, alle forme e alle ubicazioni del chiosco-bar e dei servizi, rispetto alla proposta progettuale originaria.

“V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 DEL PDMR E DEGLI ART. 14 E 25 DEL PDMC - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI GARA E, IN PARTICOLARE, DELL’ART. 9 DEL BANDO - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MACROSCOPICA IR-RAGIONEVOLEZZA E ARBITRARIETÀ”.

Gli atti impugnati risulterebbero inoltre illegittimi perché contrari alla disciplina vigente in materia di utilizzazione dei beni demaniali marittimi, contenuta nel PDM Comunale e nel PDM Regionale, essendo stata assentita e concessa l’installazione di strutture e di opere in assenza della perizia giurata, onde dimostrare l’amovibilità delle stesse, nonché in assenza dell’atto confermativo da parte dell’Ufficio Tecnico di quanto dichiarato dal professionista incaricato.

“VI. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA E ILLEGITTIMITÀ DELL’ATTO PRESUPPOSTO”.

Gli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti sono censurati sotto il profilo della illegittimità derivata in quanto affetti dai medesimi vizi dedotti con il ricorso introduttivo in funzione dello stretto nesso di presupposizione intercorrente tra gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e quelli impugnati con i motivi aggiunti.

5. Con Decreto presidenziale in data 18/05/2023 è stata accolta l’istanza di abbreviazione termini presentata in calce ai motivi aggiunti, preordinata ad una congiunta trattazione dei predetti motivi con il ricorso introduttivo, la cui discussione nel merito era già fissata all’udienza del 23 giugno 2023.

6. Le parti intimare hanno depositato memorie in opposizione anche al ricorso per motivi aggiunti, sollevando eccezioni di irricevibilità e/o di inammissibilità e chiedendone, comunque, il rigetto in quanto infondato.

In vista dell’udienza di trattazione le parti hanno prodotto memorie e repliche riportandosi alle conclusioni rassegnate nei propri atti difensivi e chiedendone l’integrale accoglimento.

All’udienza pubblica del 23 giugno 2023, dopo ampia discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

7. Seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), in ordine logico va delibata, in via prioritaria, l'eccezione preliminare di inammissibilità/irricevibilità del ricorso introduttivo e dell'atto per motivi aggiunti, formulata dal Comune resistente e dal controinteressato.

7.1. Secondo le prospettazioni delle predette parti intime l'affidamento della concessione demaniale di cui è causa sarebbe regolato dalla disciplina speciale dettata dal Codice della Navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni, tra cui quelle sui contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016. Da questa cornice normativa deriverebbe che la materia di cui è causa, anche sotto il profilo processuale, dovrebbe essere ricompresa nelle disposizioni di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. che prevedono il dimezzamento dei termini processuali e precludono in subjecta materia la proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Quanto sopra troverebbe puntuale conferma nella determinazione n. 29 in data 08.11.2021 di approvazione della proposta di aggiudicazione e della graduatoria provvisoria formulata dalla Commissione giudicatrice per l'area demaniale marittima di intervento «A2» in favore del controinteressato, che richiama espressamente la disciplina dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 50/2016 e, segnatamente, l'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50/2016.

Di talchè l'impugnativa sarebbe inammissibile atteso che l'inammissibilità dell'originario Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi delle norme speciali sopra richiamate, avrebbe reso inammissibile anche la sua trasposizione in sede giurisdizionale.

Ad ogni modo, seppur si potesse considerare l'atto introduttivo del giudizio quale impugnativa autonoma e non atto di trasposizione, lo stesso risulterebbe tardivo, perché notificato oltre il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione.

L'eccezione è priva di pregio giuridico.

Come già evidenziato da questo Tribunale (cfr. Ordinanza cautelare n. 97/2022) in una fattispecie analoga a quella in esame, le procedure comparative volte all'affidamento di concessioni demaniali marittime sono soggette al rito ordinario e non al rito speciale di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a., che trovano applicazione solo e soltanto alle controversie relative ai cd. «contratti passivi», con cui l'Amministrazione acquisisce lavori, servizi e forniture.

Per giurisprudenza pacifica l'applicabilità dei principi del Codice degli appalti alle procedure comparative per il rilascio delle concessioni demaniali non ne comporta la conseguente diretta assoggettabilità al rito speciale di cui

agli artt. 119 e 120 c.p.a., non trattandosi di un affidamento assimilabile ad una concessione di servizi dal momento che con l'affidamento della concessione demaniale si viene ad instaurare con la pubblica amministrazione un rapporto c.d. attivo in virtù del quale alla stessa viene corrisposto un canone annuo al pari di una locazione commerciale (cfr. ex plurimis, Cons. St. sez. V 18 ottobre 2019 n.7398).

È stato al riguardo rimarcato che “la disciplina sulla riduzione dei termini, attesa la sua natura eccezionale, e dato che implica decadenze, è di stretta interpretazione” (Cons. di Stato, VI, 28 maggio 2015, n. 2679): pertanto, essa “trova applicazione in via esclusiva nelle ipotesi tassativamente previste dall’art. 119, comma 1, lett. a) del c. p. a., vale a dire solo nei “giudizi aventi a oggetto le controversie relative ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”. ...”, ma non invece per le controversie che riguardano l'affidamento di una concessione in uso di un'area demaniale marittima “(ibidem, Cons. St. sez. V 18 ottobre 2019 n.7398).

7.2. Orbene, applicate le succitate coordinate ermeneutiche rileva il Collegio che nel caso in esame si è al cospetto di un «contratto attivo» con cui l'Amministrazione in funzione del perseguimento di un interesse pubblico concede l'uso esclusivo di un'area demaniale marittima ricevendone in cambio un canone annuo.

Sul punto le parti intimare deducono peraltro che il bando di gara avrebbe ad oggetto invero l'instaurazione di un “rapporto complesso” di “natura mista” prevedendo, da un lato, la concessione balneare marittima e, dall'altro, l'affidamento di servizi pubblici sul bene oggetto di concessione.

Tale natura del rapporto sarebbe desumibile dall'art.9 del bando di gara, inerente ai criteri di valutazione, che valorizzano l'offerta tecnica in relazione ad una serie di servizi demandati espressamente all'aggiudicatario (a) servizi di pulizia arenile, salvataggio, accessi disabili; b) miglioramento e ottimizzazione accessibilità; c) sistemazione degli spazi esterni delle aree demaniali e ferroviarie dismesse; d) valorizzazione della via Verde della Costa dei Trabocchi).

L'asserzione di cui innanzi non merita condivisione atteso che, come si evince dalla chiara ed inequivoca formulazione della *lex specialis*, il bando ha ad oggetto in via esclusiva l'affidamento e la concessione di un bene pubblico, ovvero l'area demaniale marittima, e non anche l'affidamento dei specifici servizi indicati all'art. 9 del Bando il cui svolgimento costituisce, piuttosto, parametro valutativo dell'offerta tecnica e dell'attribuzione del relativo punteggio ad opera del seggio di gara.

Da quanto sopra consegue che l'eccezione di inammissibilità e/o di irricevibilità del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti si rivela infondata.

7.3. Con ulteriori eccezioni preliminari il controinteressato ed il Comune resistente deducono l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti:

- a) per estensione del contraddittorio a soggetti non evocati in giudizio nel ricorso principale ovvero l'ASSOCIAZIONE TRA ENTI LOCALI PATTO TERRITORIALE SANGRO AVENTINO – S.U.A.P. e la società M. S.r.l.s.. Tale estensione del contraddittorio non sarebbe ammissibile, in quanto lesiva del diritto di difesa delle parti intime con l'atto per motivi aggiunti, che non avrebbero avuto la possibilità di difendersi nel ricorso principale, né conoscere i motivi di gravame sollevati;
- b) per genericità delle censure perché non riporterebbe puntualmente ed in modo esaustivo i motivi di censura avverso gli atti prodromici di quelli ora gravati che, in realtà, costituiscono gli unici atti eventualmente e potenzialmente lesivi della parte ricorrente;
- c) per carenza di interesse in quanto avente ad oggetto atti endoprocedimentali e provvedimenti esecutivi e consequenziali rispetto a quelli impugnati con il ricorso principale;
- d) per tardività, in quanto, posta l'applicabilità al caso di specie, sotto il profilo processuale, della disciplina speciale sul rito appalti e dei termini dimidiati previsti - lo stesso si rivelerebbe tardivo in quanto notificato solo in data 10/05/2023 ben oltre il termine decadenziale di trenta giorni decorrente dal 30/03/2023, data di deposito nel fascicolo telematico degli atti ivi impugnati o, ancor prima, dal 21/03/2023 data di registrazione presso l'Agenzia delle Entrate della concessione demaniale del 16/03/2023.

7.4. Tutte le eccezioni preliminari di cui innanzi si appalesano radicalmente infondate, oltre che pretestuose.

Quanto all'asserita omessa estensione del contraddittorio, deve osservarsi che le parti intime con il ricorso per motivi aggiunti non rivestono la qualifica di parti necessarie del giudizio instaurato con il ricorso introduttivo in quanto, rispetto agli atti ivi impugnati, non si configurano come controinteressati o resistenti. Ad ogni modo, il ricorso introduttivo è stato notificato il 18/05/2023 insieme al decreto di abbreviazione dei termini ed ai motivi aggiunti, nel termine di impugnazione, a tutte le parti del giudizio, comprese quelle intime con l'atto per motivi aggiunti.

Allo stesso modo va rigettata l'eccezione di genericità dei motivi di impugnativa che risultano, invece, adeguatamente dettagliati e circostanziati.

Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per asserita carenza di interesse del ricorrente ad impugnare la concessione demaniale e l'autorizzazione edilizia rilasciate in favore della società M. Srls, nonché gli altri atti endoprocedimentali presupposti e consequenziali trattandosi di atti che, in quanto esecutivi degli atti impugnati in via principale, rendono effettiva e attuale la lesione del bene della vita a cui il ricorrente aspira, ovvero l'affidamento e la concessione dell'area marittima oggetto del bando di gara.

8. Tutto ciò posto in via preliminare, in applicazione del principio giurisprudenziale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., in forza del quale è consentito invertire l'ordine logico-giuridico delle questioni dedotte in giudizio nel caso in cui ricorra un profilo di chiara ed immediata evidenza decisoria, il ricorso introduttivo va accolto in ragione della fondatezza del quarto motivo, avente carattere assorbente.

8.1. Il ricorrente lamenta l'illegittimità dell'operato della commissione esaminatrice in quanto viziato da grave e macroscopica erroneità, illogicità, irragionevolezza ed incoerenza dell'attività valutativa dell'offerta tecnica presentata dal controinteressato e dei relativi esiti.

Segnatamente dal verbale n. 4 della seduta del 04.07.2021, recante l'esame delle proposte formulate per il lotto A2, non è dato conoscere le ragioni che hanno condotto la Commissione a ritenere migliore l'offerta tecnica avversaria, non contenendo l'anzidetto verbale alcuna esplicitazione, neppure in via sommaria, dei criteri motivazionali.

L'assunto merita integrale condivisione.

Come noto, è incontroverso in giurisprudenza il principio di diritto secondo il quale nelle procedure selettive pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, atteso che solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (per tutte di recente, Consiglio di Stato, III, 24 aprile 2015, n. 2050; T.A.R. Liguria Genova Sez. I, 24/10/2022, n. 903; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, Sent., (ud. 06/07/2020) 14-09-2020, n. 1850).

L'idoneità del voto sinteticamente espresso in forma numerica a rappresentare in modo adeguato l'iter logico seguito dalla Commissione di gara nell'apprezzamento delle offerte è direttamente proporzionale al grado di

specificazione dei criteri allo stesso sottesi, di talché tanto dettagliata risulta l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più esaustiva ne risulta l'attitudine esplicativa del punteggio. Per tale via, solo quando il giudizio della Commissione non fosse idoneamente delimitato nell'ambito di un minimo e di un massimo, occorre la motivazione discorsiva del giudizio, al fine di rendere in ogni caso comprensibile il ridotto iter logico seguito in concreto nella valutazione delle offerte, e in particolare di quella tecnica (T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 02/08/2022, n. 10886).

La votazione numerica può ritenersi idonea ad esprimere una motivazione adeguata solo se si lega inscindibilmente al grado di analiticità e dettaglio dei criteri di valutazione e della ponderazione relativa attribuita a ciascuno, nonché all'adeguatezza dello scarto tra il minimo e il massimo nelle forcelle per ciascun criterio (T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 28/09/2020, n. 661).

E' parimenti incontroverso l'orientamento secondo il quale nelle gare in tese in senso lato la commissione giudicatrice, la quale è chiamata a valutare le offerte (o, comunque, i progetti) mediante l'attribuzione di punteggi ai diversi elementi della stessa, gode di un'ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se è in linea con i criteri predefiniti nella *lex specialis* di gara e non presenta macroscopiche irrazionalità ed incongruenze, atteso che il riscontro del giudice amministrativo, su tali valutazioni discrezionali, deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevanza *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell'Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera ad essa riservata (*ex plurimis* Consiglio di Stato, III, 15 gennaio 2016, n. 112).

Ancor più recentemente (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I - sentenza 19 giugno 2023 n. 1550) è stato rimarcato che "Il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione, quando l'apparato delle voci e sottovoci, fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro e articolato da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici".

Trattasi di principi affermati con specifico riferimento alle gare per l'aggiudicazione di appalti, ma suscettibili, per il loro carattere generale, di applicazione a tutte le procedure selettive.

8.2. Ebbene, applicate le surrichiamate coordinate ermeneutiche alla fattispecie per cui è causa rileva il Collegio che il bando di gara all'art. 9 prevede che nel caso di concorrenza di più domande è preferita la domanda che meglio risponda qualitativamente e quantitativamente ai dodici (12) criteri di valutazione ivi indicati rispetto a ciascuno dei quali la *lex specialis* indica il solo punteggio massimo.

A fronte di tale previsione della *lex specialis* la Commissione avrebbe dovuto specificare gli elementi valutativi in base ai quali attribuire i punteggi per singola voce all'interno di un minimo ed un massimo attribuibile a ciascuna delle dodici voci.

Tale omissione, a cui si è accompagnata l'attribuzione del solo voto numerico, non consente di comprendere quale sia stato l'iter logico seguito dalla Commissione nel valutare le singole offerte e di controllare la logicità e la congruità del suo operato che appare, pertanto, inesorabilmente inficiato.

Di talché, nel caso di specie, il punteggio numerico non può integrare una motivazione adeguata, atteso che le valutazioni compiute attraverso l'assegnazione del solo punteggio numerico si manifestano inattendibili e chiaramente viziate sotto il profilo della motivazione, per insufficienza ed inadeguatezza della stessa, in quanto inidonee esprimere l'aderenza ai singoli criteri valutativi fissati nel bando di gara.

9. L'accoglimento della censura in esame conduce all'annullamento dell'intera procedura senza che possa essere ritenuta valida la graduatoria formata e la concessione affidata.

10. Sulla base delle superiori complessive considerazioni, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti sono dunque fondati e, assorbita ogni altra censura o deduzione, vanno accolti con conseguente annullamento degli atti impugnati, per quanto di interesse. Restano salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione che dovranno uniformarsi ai principi espressi nella presente pronuncia.

Le spese del presente giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo e vanno poste a carico del Comune di San Vito Chietino e dei controinteressati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi di cui in motivazione.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo - Pescara - sentenza 13 luglio 2023 n. 268 (Pres. Passoni - Est. Giardino)

Contratti pubblici - Termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione - Pubblicazione generalizzata degli atti di gara - Accesso agli atti - Vizi non conoscibili - Onere di specificare il provvedimento impugnato - Insufficienza delle clausole di stile.

1. La 'pubblicazione generalizzata' degli atti di gara (comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016) sul profilo Internet della stazione appaltante è senz'altro sufficiente a far decorrere il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica, in relazione a quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione; lo stesso vale in relazione alla comunicazione o alla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

2. In caso di richiesta della parte o di invio officioso delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione inizia a decorrere dall'acquisizione di queste ultime, a condizione che consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da permettere la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale.

3. Nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti (nei quindici giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione) è prevista una 'dilazione temporale' del termine di impugnazione dell'aggiudicazione fino al momento dell'ostensione, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

2. La clausola di stile 'ogni atto presupposto conseguente e connesso' o similare apposta nell'epigrafe di un ricorso non soddisfa l'onere di specificare il provvedimento impugnato, essendo una clausola che per sua natura è priva di attitudine a manifestare quale debba essere, secondo l'interessato, l'oggetto del giudizio e dell'annullamento da parte del giudice, perché solo un'inequivoca indicazione consente al giudice stesso di identificare l'oggetto della domanda e ai contraddittori di esercitare il loro diritto di difesa.

(omissis)

1. Con ricorso ritualmente notificato a mezzo pec il 06/04/2023 e depositato il 20/04/2023, la società L. Srl ha impugnato, previa adozione di misure cautelari, gli atti della “PROCEDURA APERTA TELEMATICA n.241/TUA/2022” avente ad oggetto “Servizi di pulizia, movimentazione e rifornimento flotta bus, veicoli aziendali e treni e pulizia immobili unità di produzione TUA suddivisi in n.4 lotti aggiudicabili separatamente per un periodo di mesi 36 dal 1°.12.2022 al 30.11.2025 ed, in particolare, gli atti di aggiudicazione definitiva dei lotti 2 e 3 in favore della società LA LU. Srl datati 19 gennaio 2023, l’atto di aggiudicazione definitiva del lotto 4 in favore della RTI I. A. B. Srl (capogruppo mandataria 51%) e M. S. Spa (mandante 49%), nonché l’atto di aggiudicazione definitiva del lotto 1 in favore della società A. Srl.

Il gravame è affidato alla denuncia di due articolate doglianze così rubricate:

“I. NULLITÀ PER VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE. DEVONO ESSERE ANNULLATI PER ILLEGITTIMA COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE DI GARA: LA PROCEDURA TELEMATICA APERTA - GARA N.241/TUA/2022 PUBBLICATA SUL G.U.U.E. DEL 19/10/2022, LA PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE DI GARA PROT. N.914/2023 DEL 12/10/2023, LE AGGIUDICAZIONI DEFINITIVE IN FAVORE DI AURORA SRL, LA LU. SRL, RTI I. A. B. Srl (capogruppo mandataria 51%) e M. S. Spa (mandante 49%) E OGNI ALTRO ATTO CON/E A QUELLI SOPRA INDICATI PRESUPPOSTO, COLLEGATO, CONNESSO E/O CONSEQUENZIALE. INCOMPATIBILITÀ DEL PRESIDENTE MARINO PER CONCENTRAZIONE DI FUNZIONI. MANCANZA DI TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ E TERZIETÀ. COMMISTIONE TRA FASE DI FORMAZIONE DEGLI ATTI DI GARA, VALUTAZIONE DELLE OFFERTE E FASE DECISIONALE. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART.77, C.4 D.LGS. 50/2016.

II. NULLITÀ PER VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE. LA PROCEDURA TELEMATICA APERTA - GARA N.241/TUA/2022 PUBBLICATA SUL G.U.U.E. DEL 19/10/2022, LA PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE DI GARA PROT. N.914/2023 DEL 12/10/2023, LE AGGIUDICAZIONI DEFINITIVE IN FAVORE DI A. SRL, LA LU. SRL, RTI I. A. B. Srl (capogruppo mandataria 51%) e M. S. Spa (mandante 49%) E OGNI ATTO CON/E A QUELLI SOPRA INDICATI PRESUPPOSTO, COLLEGATO, CONNESSO E/O CONSEQUENZIALE, DEVONO ESSERE ANNULLATI PER OMESSA DICHIARAZIONE DI INCOMPATIBILITÀ DA PARTE DEL M.. NONCHÉ PER OMESSO ACCERTAMENTO DA PARTE DI TUA DELLA INSUSSISTENZA DI CAUSE OSTATIVE ALLA NOMINA DEL M. IN COMMISSIONE. MANCANZA DI TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ E TERZIETÀ. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIO-

NE DELL'ART.77, C.9 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.47 D.P.R. N.445/2000”.

Con memoria depositata il 21/04/2023 si è costituita in resistenza al ricorso la Società Unica Abruzzese di Trasporto Unipersonale S.p.a. – TUA Spa sollevando, in punto di rito, due eccezioni preliminari, una di irricevibilità del gravame per tardività e, l'altra, di inammissibilità per mancata impugnazione espressa della determinazione di nomina della commissione giudicatrice, ed instando, nel merito, per il rigetto del ricorso in quanto privo di fondatezza.

Con ordinanza cautelare n. 62/2023 del 30/05/2023, adottata all'esito dell'udienza camerale del 26/05/2023, questo Tribunale, ritenendo che la dedotta questione di irricevibilità del ricorso per tardività meritasse una più approfondita delibazione nel merito, ha respinto l'istanza cautelare ed ha fissato per la discussione l'udienza pubblica del 7 luglio 2023 al fine di consentire la trattazione congiunta del gravame con il giudizio r.g. 64/2023, la cui trattazione era stata fissata nella medesima data, stante la connessione oggettiva dei ricorsi in quanto relativi alla stessa gara.

Con memoria depositata il 06/07/2023 si sono costituite in giudizio anche le controinteressate I. A. B. s.r.l., mandataria nel RTI costituendo con M. S. s.p.a., nonché la stessa M. S. s.p.a., aggiudicatrici del lotto 4 della gara de qua, nonché ricorrenti nel giudizio n. 64/2023 reg. ric. in relazione al lotto 1 della gara medesima, chiedendo, con riserva di eccezioni e difese orali all'udienza pubblica del 07/07/2023, che il ricorso venga respinto, siccome inammissibile, improcedibile e infondato.

All'udienza pubblica del 7 luglio 2023, la causa è stata introitata per la decisione.

2. Seguendo la tassonomia propria delle questioni secondo le coordinate ermeneutiche tracciate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015, in ordine logico è prioritario l'esame della eccezione di tardività del ricorso sollevata dalla resistente al fine di verificare la sussistenza del presupposto processuale della ricevibilità.

2.1. La società TUA S.p.a. deduce che il ricorso sarebbe tardivo in quanto notificato il 6 aprile 2023, ben oltre il termine di trenta giorni, scaduto in data 11 marzo 2023, decorrente dal 9 febbraio 2023, data di pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 dell'aggiudicazione definitiva “efficace” dei 4 lotti di cui è causa.

La resistente rileva inoltre che il 12 gennaio 2023 aveva regolarmente pubblicato sul profilo del committente, sempre ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, la comunicazione di nomina della commissione giudicatrice, i curricula dei tre commissari, tra cui anche quello del Dr. P. M. ed i verbali di gara

tutti, tra cui anche il “verbale n. 2” di seduta riservata da cui poteva evincersi l’esatta composizione dell’organo straordinario nominato dalla stazione appaltante.

Il vizio contestato, inerente alla asserita illegittima composizione della commissione giudicatrice, per presunta incompatibilità del Presidente della commissione giudicatrice (Dr. P. M.) in quanto avrebbe concentrato a sé le funzioni di formazione degli atti di gara, di valutazione delle offerte e decisionale, era pertanto immediatamente percepibile già al 9 febbraio 2023.

Al fine di non incorrere in decadenze, la ricorrente aveva l’onere di consultare la piattaforma telematica così come del resto espressamente ribadito dal Disciplinare di gara.

La ricorrente non contesta che la Determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva della gara fosse stata effettivamente pubblicata sul profilo della stazione appaltante il 9 febbraio 2023, ma ha considerato verosimilmente, quale dies a quo dell’impugnazione, il 7 marzo 2023 data in cui la stazione appaltante ha trasmesso alla stessa la predetta Determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva unitamente a tutti gli atti richiesti ex art.76, c.2, lett.b), D.Lgs. n.50/2016.

Deduce inoltre, come affermato nel corso dell’udienza pubblica, che gli atti sarebbero tuttora non visionabili dal profilo della stazione appaltante.

L’eccezione di tardività è meritevole di positivo apprezzamento.

Come rimarcato da questo Tribunale (T.A.R. Pescara, sentenza n. 328 del 01.07.2021) “... l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 12 del 2020), ha precisato in materia i seguenti principi di diritto: “a) il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; b) le informazioni previste, d’ufficio o a richiesta, dall’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta; d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) sono idonee a far decorrere il termine per l’impugnazione dell’atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti

siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”.

Più di recente (Cons. Stato Sez. V, Sent., (ud. 10/11/2022) 15-03-2023, n. 2736) è stato affermato che la richiamata decisione dell’Adunanza plenaria n. 12/2020, in prospettiva nomofilattica, ha esaminato la questione della esatta individuazione del termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici sotto due concorrenti aspetti:

- a) l’idoneità della “pubblicazione generalizzata” degli atti di gara sul profilo Internet della stazione appaltante a far senz’altro decorrere il termine di impugnazione, in relazione a quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione;
- b) la corretta individuazione del termine per proporre il ricorso introduttivo nelle ipotesi di vizi conoscibili solo in esito all’accesso agli atti di gara.

In dettaglio, l’individuazione del dies a quo risulta così modulata (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2022 n. 10470):

- a) in via di principio, dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell’art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016;
- b) dall’acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all’art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016. cit., ma (solo) a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale;
- c) con “dilazione temporale”, nel caso di proposizione dell’istanza di accesso agli atti, fino al momento in cui questo è consentito, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta (sempreché, in tal caso, l’istanza di accesso sia tempestivamente proposta nei quindici giorni dalla conoscenza dell’aggiudicazione);
- d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; Id, 19 gennaio 2021, n. 575).

Ebbene, applicate le surrichiamate coordinate normative alla fattispecie per cui è causa, il Collegio ritiene che i vizi dedotti relativi alla composizione del seggio di gara non siano stati apprezzati a seguito della ostensione della documentazione richiesta dalla ricorrente e ricevuta il 7 marzo 2023, ma fossero evincibili già dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell’art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e del provvedimento di nomina della Commissione.

Da quanto fin qui riferito il gravame si rivela quindi tardivo in quanto proposto oltre il 13 marzo 2023, ovvero oltre il termine di trenta giorni decorrente dal 9 febbraio 2023, data in cui TUA S.p.A. aveva pubblicato la Determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva dei 4 lotti in questione da cui poteva evincersi il carattere lesivo del provvedimento. Gli asseriti vizi fatti poi valere da L. S.r.l. con l'impugnativa erano conoscibili utilizzando l'ordinaria diligenza dall'esame degli atti relativi alla composizione della commissione giudicatrice pubblicati sul portale della stazione appaltante già dal 12 gennaio 2023 e pacificamente visionabili da chiunque interessato.

Né, tantomeno, può riconoscersi l'errore scusabile, tenuto conto dei consolidati principi in materia sopra richiamati e dell'onere della ricorrente di consultare il sito della Stazione appaltante, come ribadito dalla *lex specialis*.

2.2. Sempre in punto di rito va ora vagliata l'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione dell'atto di nomina della commissione giudicatrice. Anche tale eccezione si rivela fondata.

Il gravame non contiene alcuna specifica impugnativa della determinazione di nomina della commissione giudicatrice, non potendo questa ritenersi compresa in forza della clausola di stile contenuta in ricorso concernente l'annullamento, previa sospensiva, di "ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, seppure di data e tenore sconosciuto, che incida sfavorevolmente sulla posizione giuridica della ricorrente", atteso che, per costante giurisprudenza, nel processo amministrativo la clausola di stile "ogni atto presupposto conseguente e connesso" o similare apposta nell'epigrafe di un ricorso non soddisfa l'onere di specificare il provvedimento impugnato (*ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, 09/03/2018, n. 1517) essendo una clausola che per sua natura è "priva di attitudine a manifestare quale debba essere, secondo l'interessato, l'oggetto del giudizio e dell'annullamento da parte del giudice, perché solo un'inequivoca indicazione consente al giudice stesso di identificare l'oggetto della domanda e ai contraddittori di esercitare il loro diritto di difesa" (T.A.R. Campania Napoli Sez. V Ord., 08/04/2020, n. 709).

3. In definitiva l'accoglimento delle predette eccezioni assorbe il vaglio di ogni altra censura di merito e ne rende superflua la disamina.

Le spese del presente giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

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 dichiara irricevibile e, comunque, inammissibile.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila - sentenza 4 aprile 2023 n. 157 (Pres. Panzironi - Est. Colagrande)

Abbandono di rifiuti - Responsabilità del proprietario del fondo - Imputabilità del fatto - Dovere di diligenza - Limiti - Mera titolarità dell’area inquinata - Irrilevanza - Infrastruttura viaria - Dovere di manutenzione e custodia dei tratti stradali - Periodica vigilanza - Omissione - Colpa - Obblighi della Società concessionaria - Ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti - Motivazione legittima - Addebito di responsabilità - Chi inquina paga

1. Non basta la qualità di proprietario o titolare di un diritto reale per fondare l’addebito di responsabilità per abbandono di rifiuti i sensi dell’art. 192 d.lgs. n. 152/1992, dovendosi invece dimostrare l’imputabilità del fatto al proprietario, quanto meno per violazione dell’obbligo di custodia connesso alla titolarità o disponibilità dell’immobile. Il dovere di diligenza imposto al titolare o detentore del fondo, non implica una costante vigilanza per impedire ad estranei di introdursi nella proprietà e di abbandonarvi i rifiuti perché eccedente gli ordinari canoni della diligenza media la cui inosservanza giustifica l’addebito dell’illecito per colpa.

2. L’ANAS è tenuta a una periodica vigilanza dell’infrastruttura di sua proprietà che insiste sull’area in questione ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. n. 285/1992 secondo il quale “Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono: a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; b) al controllo tecnico dell’efficienza delle strade e relative pertinenze” La periodica verifica, per ragioni di sicurezza della circolazione, dello stato di conservazione e funzionalità delle infrastrutture stradali lascia presumere che l’ANAS, che gestisce la viabilità sovrastante l’area in questione, abbia avuto occasione di accertare, durante tali verifiche, l’abbandono dei rifiuti evidentemente reiterato nel tempo e di certo non impedito dalla mera presenza di una catena e di un cartello con la scritta “divieto di accesso ai non autorizzati”. In proposito la giurisprudenza ha affermato che il proprietario che sia a conoscenza dell’abbandono incontrollato dei rifiuti sul proprio fondo va esente da responsabilità se prova di aver denunciato il fatto e adottato le misure necessarie per impedirne la reiterazione.

3. Il provvedimento sindacale impugnato dà atto degli accertamenti svolti e non contestati, dell’esito negativo delle indagini svolte per individuare i

responsabili dell'abbandono, nonché della posizione espressa dall'ANAS di essere tenuta esclusivamente a garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione stradale, pervenendo a intimarle la rimozione dei rifiuti sulla base del principio "chi inquina paga", esprimendo così una motivazione fondata su un addebito di responsabilità e non, come ritenuto dalla ricorrente, sulla mera titolarità dell'area inquinata.
(omissis)

Con il ricorso in decisione la concessionaria (omissis) impugna l'ordinanza n. 28/2021 con la quale il Sindaco del Comune di (omissis) le ha intimato di provvedere alla rimozione e allo smaltimento dei rifiuti abbandonati in un'area di sua proprietà, adiacente alla carreggiata della strada regionale 602 Km 58+ 100 a Spoltore e sottostante a una infrastruttura (viadotto).

I motivi di ricorso sono di seguito riepilogati:

1. violazione ovvero falsa applicazione dell'art. 192 comma 3 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152; eccesso di potere; contraddittorietà ed irragionevolezza; violazione del contraddittorio procedimentale; la ricorrente non sarebbe stata coinvolta nell'istruttoria e nei sopralluoghi prodromici all'adozione dell'ordinanza impugnata;
2. violazione ovvero falsa applicazione dell'art. all'art. 192 comma 3 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare: per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, irragionevolezza, indeterminatezza, difetto dei presupposti e straripamento; sarebbero mancati la comunicazione di avvio del procedimento e l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo contestato alla ricorrente esclusivamente nella veste di proprietaria dell'area occupata dai rifiuti;
3. violazione e falsa applicazione dell'art. all'art. 192 comma 3 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152; erroneità sui presupposti di fatto e di diritto; assenza dei profili soggettivi del dolo o della colpa; irrifiribilità soggettiva ed oggettiva - ad alcun titolo - delle condotte contestate all'Amministrazione intimata; l'ANAS avrebbe interdetto l'accesso all'area mediante pali, catena e il cartello con la scritta "proprietà privata" e non le sarebbe pertanto imputabile l'illecito a titolo di colpa, né tantomeno esigibile l'adempimento ad un obbligo specifico di impedire l'evento non sussistendo in capo ad essa alcuna posizione di garanzia.

Resiste il Comune di Spoltore che contesta, per difetto di prova, il fatto allegato dall'ANAS che l'area sarebbe adiacente ad altra viabilità appartenente alla Regione Abruzzo, comunque non suscettibile di un controllo costante e

non recintabile data l'estensione.

(omissis)

Il ricorso è infondato.

Non sussiste la violazione delle garanzie del contraddittorio prescritto dall'art. 192 d.lgs. n. 152/2006 nella fase dell'accertamento dell'abbandono dei rifiuti al procedimento perché risulta *ex actis che l'ANAS, informata dal Comune, con nota del 12.10.2021 corredata da fotografie, degli esiti del sopralluogo del 1.10.2021 vi ha dato riscontro con nota del 17.11.2021, senza contestare la presenza di rifiuti sull'area di sua proprietà, né allegare lacune dei rilievi disposti dal Comune o circostanze rilevanti che non sarebbero state prese in considerazione, ma limitandosi ad escludere la propria responsabilità.*

Dopo questa fase preventiva di coinvolgimento della concessionaria nella verifica dello stato dei luoghi, il Comune, con formale comunicazione del 23.11.2021, ha poi ritualmente avviato il procedimento durante il quale la ricorrente, ancora una volta, non ha mosso rilievi sugli accertamenti compiuti, non ne ha chiesto la ripetizione, né ha contribuito ad allegarne altri con esito eventualmente diverso.

Anche il secondo e il terzo motivo sono infondati.

In linea di principio è corretto affermare che non basta la qualità di proprietario o titolare di un diritto reale per fondare l'addebito di responsabilità per abbandono di rifiuti i sensi dell'art. 192 d.lgs. n. 152/1992, dovendosi invece dimostrare l'imputabilità del fatto al proprietario, quanto meno per violazione dell'obbligo di custodia connesso alla titolarità o disponibilità dell'immobile.

Si tratta di un principio che non ammette eccezioni, anche in relazione a un'eventuale responsabilità solidale del proprietario dell'area con l'autore dell'abbandono incontrollato di rifiuti.

Si è anche affermato che dovere di diligenza imposto al titolare o detentore del fondo, non implica una costante vigilanza per impedire ad estranei di introdursi nella proprietà e di abbandonarvi i rifiuti perché eccedente gli ordinari canoni della diligenza media la cui inosservanza giustifica l'addebito dell'illecito per colpa.

Si è ritenuto poi che la predisposizione di misure interdittive dell'accesso al fondo, se da un lato potrebbe escludere l'addebito di responsabilità solidale per abbandono di rifiuti in capo al titolare del diritto di proprietà o altro diritto reale, dall'altro è una facoltà, non un obbligo e quindi la mancata recinzione del fondo non costituisce condotta omissiva colposa.

Tuttavia occorre tener conto del fatto che l'ANAS è tenuta a una periodica vigilanza dell'infrastruttura di sua proprietà che insiste sull'area in

questione ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 285/1992 secondo il quale "Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono: a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; b) al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e relative pertinenze....."

La periodica verifica, per ragioni di sicurezza della circolazione, dello stato di conservazione e funzionalità delle infrastrutture stradali lascia presumere che l'ANAS, che gestisce la viabilità sovrastante l'area in questione, abbia avuto occasione di accertare, durante tali verifiche, l'abbandono dei rifiuti evidentemente reiterato nel tempo e di certo non impedito dalla mera presenza di una catena e di un cartello con la scritta "divieto di accesso ai non autorizzati" come documentato dalle fotografie allegate alla nota del 4.10.2021 dell'ASL di (*omissis*).

In proposito la giurisprudenza ha affermato che il proprietario che sia a conoscenza dell'abbandono incontrollato dei rifiuti sul proprio fondo va esente da responsabilità se prova di aver denunciato il fatto e adottato le misure necessarie per impedirne la reiterazione (Consiglio di Stato sez. IV, 01/06/2021, n.4200; Cass. civ. sez. III 9 luglio 2020 n. 14612; T.A.R. Napoli, sez. V, 03/12/2016, n. 5598).

Nel caso di specie ANAS si è limitata a dichiararsi non responsabile dell'inquinamento e a riferire l'obbligo di bonifica al Comune.

Invece, il provvedimento impugnato dà atto degli accertamenti svolti e non contestati, dell'esito negativo delle indagini svolte per individuare i responsabili dell'abbandono, nonché della posizione espressa dall'ANAS di essere tenuta esclusivamente a garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione stradale, pervenendo a intimarle la rimozione dei rifiuti sulla base del principio "chi inquina paga", esprimendo così una motivazione fondata su un addebito di responsabilità e non, come ritenuto dalla ricorrente, sulla mera titolarità dell'area inquinata.

Il ricorso pertanto è respinto.

La particolarità della vicenda fattuale giustifica la compensazione delle spese processuali.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo - L'Aquila - sentenza 4 luglio 2023 n. 373 (Pres. Panzironi - Est. Colagrande)

Abuso edilizio - Comunicazione di avvio del procedimento - S.c.i.a. edilizia - Inefficacia - Clausole di salvaguardia - Opere annunciate con S.C.I.A. - Interventi edilizi assentibili con permesso di costruire - Necessario potere repressivo del Comune - Nozione funzionale di costruzioni - Opere destinate ad un uso stagionale - Soddisfacimento di interessi stabili nel tempo - Manufatto strutturalmente amovibile - Vendita stagionale di generi alimentari - Intervento di nuova costruzione - Assenza del permesso di costruire - Ordine di demolizione - Legittimità

1. Il procedimento amministrativo che ha ad oggetto la repressione di un abuso edilizio, per giurisprudenza costante, ha contenuto vincolato con la conseguenza che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non ha effetti invalidanti del provvedimento conclusivo, ai sensi del comma 2, primo periodo, dell'art. 21 octies della l. n. 241/1990.

2. Attraverso la S.C.I.A. edilizia non possono essere legittimati interventi autorizzabili solo con permesso di costruire, altrimenti non avrebbero alcun senso le clausole di salvaguardia contenute nel comma 6 bis del citato art. 19 e nel comma 6 del citato art. 22, che richiamano le sanzioni irrogabili nel caso di interventi realizzati in assenza o in difformità dal permesso di costruire. In sostanza il legislatore ha inteso limitare temporalmente l'adozione dei provvedimenti interdittivi o conformativi degli interventi comunicati con SCIA (non oltre trenta giorni dalla presentazione) purché si tratti di interventi assentibili con detto titolo abilitativo. Il Comune, verificata in ogni tempo, ai sensi dell'art. 27 d.P.R. 380/2001, la consistenza degli interventi edilizi è tenuto a reprimere le opere edilizie che, sia pure annunciate con SCIA, avrebbero dovuto essere precedute dal rilascio del permesso di costruire, non potendo la SCIA produrre effetti che ex lege sono riservati al permesso di costruire con le garanzie procedurali e di controllo dell'attività edilizia previste dall'art. 20 d.P.R. n. 380/2001.

3. La giurisprudenza accoglie una nozione funzionale del termine "costruzioni" (soggette al rilascio del permesso di costruire ex art. 10 del d.P.R. 380/2001), riferibile a opere che sono destinate a un uso non meramente occasionale, destinato a ripetersi nel tempo, come nel caso di opere destinate a un uso stagionale, circostanza che non esclude, anzi postula il soddisfacimento di interessi non occasionali e stabili nel tempo. Pertanto, la natura precaria del manufatto va intesa, ai fini dell'identificazione del relativo regi-

me abilitativo edilizio, non tanto e non solo con riferimento alla consistenza strutturale e dell'ancoraggio al suolo dei materiali di cui si compone, ma in termini funzionali, ovvero occorre accertare se si tratta di un'opera destinata a soddisfare bisogni duraturi, ancorché realizzata in modo da poter essere agevolmente rimossa. Il carattere stagionale dell'uso del manufatto (nella specie, opera per la vendita stagionale di generi alimentari) non implica la provvisorietà dell'attività, né di per sé la precarietà del manufatto ove si svolge, anzi il rinnovarsi dell'attività con frequenza stagionale è indicativo della stabilità dell'attività e dell'opera a ciò necessaria. Ne consegue che il manufatto, quand'anche fosse strutturalmente amovibile, deve essere considerato, ai sensi dell'art. 3 lett. e) del d.P.R. n. 380/2001, un intervento di nuova costruzione che ai sensi dell'art. 10 dello stesso decreto necessita di permesso di costruire e, di converso, se realizzato in assenza del permesso di costruire, se ne deve ordinare la demolizione ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001".
(omissis)

Il ricorrente è titolare di un'attività agricola che esercita (omissis), su un terreno di cui dispone in comodato.

Con SCIA del 31.3.2016 ha comunicato l'avvio di un'attività agrituristica, con annessa attività di campeggio, sosta caravan e degustazione e vendita dei prodotti dell'azienda agricola.

Insorge quindi contro l'ordinanza del 16.6.2016 con la quale il Comune di (omissis) gli ordinato "l'immediata cessazione dell'attività di agricamping" e ha "comunicato i motivi ostativi all'esercizio della "attività inerente l'oggetto della richiesta" del (omissis)

Il provvedimento è censurato per vizi di "violazione di legge, eccesso di potere, contraddittorietà e violazione del principio di trasparenza, violazione del principio di imparzialità e ragionevolezza dell'azione amministrativa per difetti d'istruttoria e per ingiustizia manifesta per incongruenza e per travisamento dei fatti; in particolare riferimento, in via preliminare agli artt. 7, 8, 10 e 10 bis della l. 241/90 e, nel merito, all'art. 23 delle NTA del P.R.G. di Pineto e all'art. 17 delle NTA del Piano stralcio difesa Alluvioni".

Il provvedimento gravato sarebbe illegittimo perché:

- non è stato preceduto, soprattutto con riferimento alle disposizioni che vietano l'esercizio dell'attività, dalla comunicazione di avvio del procedimento;
- al ricorrente non sarebbe stato consentito di prendere visione della nota dell'Ufficio Urbanistica n. 111329 del 16.6.2016;
- considera non assentibili opere provvisorie destinate a un uso stagionale, non ancorate in modo fisso al suolo (serbatoio, manufatto in legno, ombrellone

- con supporti in metallo poggiato su basi mobili di cemento);
- considera incompatibili con il piano stralcio difesa alluvioni, approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 94/4 del 29.1.2008, opere momentaneamente appoggiate al suolo.

Il Comune non si è costituito, ma ha depositato documenti.

(omissis)

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Il primo motivo con il quale il ricorrente lamenta di non aver ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, non tiene conto del fatto che il provvedimento impugnato ha ad oggetto la repressione di un abuso edilizio che, per giurisprudenza costante (da Cons. Stato, sez. VI, 05/04/2022, n. 2523,), ha contenuto vincolato con la conseguenza che l'omissione di detta formalità non ha effetti invalidanti del provvedimento conclusivo, ai sensi del comma 2, primo periodo, dell'art. 21 octies l. 241/1990.

Parimenti irrilevante è il fatto che al ricorrente non sarebbe stato permesso di aver accesso alla nota dell'Ufficio Urbanistica n. 111329 del 16.6.2016, perché il contenuto della stessa è riportato fedelmente nell'ordinanza impugnata, come è possibile verificare confrontando l'atto impugnato e la copia di detta nota versata in atti dal Comune.

Con riferimento alle altre censure, occorre premettere un breve inquadramento normativo del caso sottoposto all'esame del collegio.

Secondo l'art. 22 del d.P.R. n. 380/2001 vigente alla data di adozione del provvedimento impugnato: "Sono realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'articolo 10 e all'articolo 6, che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente".

La disciplina della SCIA (come poi specificato dalle modifiche al citato art. 22 introdotte dal d.lgs. n. 222/2016) è quella generale contenuta nell'art. 19 l. n. 241/1990 che prevede un termine di trenta giorni dalla presentazione per l'adozione, da parte del Comune, di misure interdittive o conformative dell'attività edilizia.

Il comma 6 bis dell'art. 19 l. 241/1990" stabilisce che "Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n.380, e dalle leggi regionali".

Il comma 6 dell'art. 37 del d.P.R. n. 380/2001 vigente *ratione temporis* stabilisce che "La mancata segnalazione certificata di inizio attività non

comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 44. Resta comunque salva, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'intervento realizzato, l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 31, 33, 34, 35 e 44 e dell'accertamento di conformità di cui all'articolo 36".

La lettura coordinata delle disposizioni fin qui riepilogate consente di affermare che con la SCIA non possono essere legittimati interventi autorizzabili solo con permesso di costruire, altrimenti non avrebbero alcun senso le clausole di salvaguardia contenute nel comma 6 bis del citato art. 19 e nel comma 6 del citato art. 22, che richiamano le sanzioni irrogabili nel caso di interventi realizzati in assenza o in difformità dal permesso di costruire.

In sostanza il legislatore ha inteso limitare temporalmente l'adozione dei provvedimenti interdittivi o conformativi degli interventi comunicati con SCIA (non oltre trenta giorni dalla presentazione) purché si tratti di interventi assentibili con detto titolo abilitativo.

Proprio l'esigenza di far salva l'applicazione delle sanzioni ripristinatorie "in relazione all'intervento realizzato" (comma 6 dell'art. 37 del d.P.R. 380/2001), convince del fatto che il Comune, verificata, (in ogni tempo Cons. Stato A.P. n. 8/2017), ai sensi dell'art. 27 d.P.R. 380/2001, la consistenza degli interventi edilizi può, anzi è tenuto a reprimere le opere edilizie che, sia pure annunciate con SCIA, avrebbero dovuto essere precedute dal rilascio del permesso di costruire, non potendo la SCIA produrre effetti che ex lege sono riservati al permesso di costruire con le garanzie procedurali e di controllo dell'attività edilizia previste dall'art. 20 d.P.R. n. 380/2001.

Completa e conferma l'assetto normativo fin qui riepilogato, il comma 2 dell'art. 27 d.P.R. n. 380/2001 che impone al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale di provvedere alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi "in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici" e certamente deve ritenersi difforme dalle norme urbanistiche un intervento edilizio soggetto al previo rilascio del permesso di costruire che ne sia privo.

Ciò premesso, le opere realizzate dal ricorrente sono interventi di modificazione del territorio per le quali sarebbe stato necessario il rilascio del permesso di costruire.

Non ha alcuna rilevanza infatti che il serbatoio, il manufatto in legno e la platea in cemento con sovrastante ombrellone siano poggiati al suolo o amovibili in quanto dotati di ruote, perché tutte queste opere sono, per espressa ammissione del ricorrente, destinate all'esercizio dell'attività di agriturismo durante la stagione estiva.

La giurisprudenza infatti accoglie una nozione funzionale del termine

“costruzioni” (soggette al rilascio del permesso di costruire ex art. 10 del d.P.R. 380/2001), riferibile a opere che sono destinate a un uso non meramente occasionale, destinato a ripetersi nel tempo, come nel caso di opere destinate a un uso stagionale, circostanza che non esclude, anzi postula il soddisfacimento di interessi non occasionali e stabili nel tempo (in termini Consiglio di Stato sez. VI, 17/08/2021, n.5911; Consiglio di Stato sez. II, 03/11/2020, n.6768).

Conforme è l'orientamento seguito dalla Sezione: “La natura precaria del manufatto va intesa, ai fini dell'identificazione del relativo regime abilitativo edilizio, non tanto e non solo con riferimento alla consistenza strutturale e dell'ancoraggio al suolo dei materiali di cui si compone, ma in termini funzionali, ovvero occorre accertare se si tratta di un'opera destinata a soddisfare bisogni duraturi, ancorché realizzata in modo da poter essere agevolmente rimossa. Il carattere stagionale dell'uso del manufatto (nella specie, opera per la vendita stagionale di generi alimentari) non implica la provvisorietà dell'attività, né di per sé la precarietà del manufatto ove si svolge, anzi il rinnovarsi dell'attività con frequenza stagionale è indicativo della stabilità dell'attività e dell'opera a ciò necessaria. Ne consegue che, ove non ricorra la deroga prevista dall'art. 3, comma 1, lett. e.5) del d.P.R. n. 380 del 2001, il manufatto, quand'anche fosse strutturalmente amovibile, deve essere considerato, ai sensi dell'art. 3 lett. e) del d.P.R. n. 380/2001, un intervento di nuova costruzione che ai sensi dell'art. 10 dello stesso decreto necessita di permesso di costruire e, di converso, se realizzato in assenza del permesso di costruire, se ne deve ordinare la demolizione ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001” (T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sez. I, 27/05/2019, n.273).

Va aggiunto che l'area in questione ricade in zona per attrezzature urbane in cui gli interventi edilizi ammessi dall'art. 23 delle NTA del PRG sono subordinati alla previa adozione di un piano attuativo.

Ne consegue che l'intervento realizzato dal ricorrente avrebbe dovuto essere, non solo assentito con permesso di costruire, ma anche preceduto dall'approvazione di un piano la cui mancanza è incontestata.

Pertanto, come in assenza del piano attuativo il Comune non avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire, a maggior ragione la SCIA presentata al ricorrente non può avere alcun effetto, trattandosi peraltro di un atto privato, non di una manifestazione di potestà pubblica, inidoneo a conformare situazioni giuridiche fuori delle ipotesi tassative previste dalla legge.

Infine è pacifico che l'area in questione ricade in zona di “pericolosità idraulica molto alta”.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 22 d.P.R. n. 380/2001 “La realizzazione degli interventi di cui al presente Capo che riguardino immobili sottoposti a

tutela storico-artistica, paesaggistico-ambientale o dell'assetto idrogeologico, è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative”.

La disposizione, nell'interdire la posa in opera degli interventi in aree soggette a tutela, sottende chiaramente l'inefficacia della SCIA, se non corredata del parere richiesto.

Il ricorrente però non ha dato prova di aver acquisito il parere dell'Autorità di bacino, né contesta che nell'area in questione l'art. 17 delle NTA del piano stralcio di difesa dalle alluvioni vieta la realizzazione di “strutture mobili e immobili, ad eccezione di quelle a carattere provvisorio o precario indispensabili per la conduzione dei cantieri o specificamente ammesse dalle presenti norme”.

Correttamente pertanto il Comune, constatata (anche) l'assenza del parere dell'Autorità di bacino, ha disposto l'immediata cessazione dell'attività a tutela della sicurezza pubblica.

Il ricorso pertanto è respinto.

Non vi è luogo a regolare le spese di giudizio perché il Comune di Pineto non ha svolto attività difensiva.

(omissis)

III
INTERVENTI
E RASSEGNE

Profili giuridici del fine vita

La lunga strada per una soluzione di civiltà

Il problema del fine vita certamente ci coinvolge ed interroga, perché attiene a questione che tocca il profondo, la vita di tante persone, il loro dramma ed il dramma delle loro famiglie, la nostra idea di vita, della sua dignità e della morte.

Nella forma della vita umana la morte non è semplicemente, come è stato detto, l'ultima nota della melodia dell'esistenza, ma una "immanenza sovrastante che ci accompagna.

E' il nostro destino più proprio, che vorremmo affrontare nel rispetto della nostra dignità, con il quale oggi il mondo del diritto deve confrontarsi sotto la spinta di chi rivendica il diritto di poter scegliere una fine che sia rispettosa dei propri valori e della propria libertà.

Diritto a fronte del quale, come si dirà, si registra un colpevole e grave vuoto normativo, una inaccettabile inerzia del legislatore.

Punto di partenza della questione e dei suoi risvolti giuridici è la considerazione che presupposto della liceità del trattamento medico sta, dal punto di vista generale, nel consenso del paziente.

Non si tratta del consenso dell'avente diritto quale causa di giustificazione, definita dall'art 50 cp, che non sempre può operare in campo medico chirurgico, dato che esso presuppone la disponibilità del diritto di cui si tratta, non ravvisabile a norma dell'art 5 cc quando dalla pratica medica possano derivare, come nel caso di intervento chirurgico, al di là della sua riuscita, pregiudizi per la integrità fisica del paziente.

Il consenso è comunemente ritenuto in questo campo, da quando la dottrina prima, e poi la giurisprudenza, hanno iniziato ad affrontare il tema, non già ragione esimente, per il motivo cui si è fatto cenno, ma presupposto per la praticabilità di qualsiasi intervento medico, di per sé lecito, come manifestazione della libertà morale del soggetto, del suo inviolabile diritto alla autodeterminazione, sancito dalla Costituzione, che lo prevede espressamente nell'art 32 per il quale "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Legge che in ogni caso non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Ed è pacifico che non rispetterebbe i principi della Costituzione una legge che imponesse un trattamento sanitario in mancanza di ragioni di necessità per la salvaguardia di interessi generali, quali la sicurezza e la tutela della salute dei consociati, come nel caso di alcuni vaccini o del TSO.

Consenso che presuppone la dovuta informazione da parte del medico

(c.d. consenso informato), la capacità del paziente di prestarlo, e dal quale si può prescindere solo nel caso di soggetto che, per le particolari condizioni in cui versa, non sia in grado di prestarlo e l'intervento medico sia assolutamente necessario nella immediatezza.

Nonostante tale approccio divenuto da tempo indiscutibile (salvo le contrastanti valutazioni circa le conseguenze panali della mancanza del consenso) per molto tempo si è ritenuto che esulino dalla necessità di esso le pratiche di sostegno vitale (respirazione, alimentazione, idratazione o altri interventi "meccanici"), perché non cure ma presidi vitali.

Vi sarebbe quindi per il medico sempre l'obbligo di praticare tale attività, indipendentemente dal consenso del paziente e financo in presenza del suo dissenso.

Idea su cui indubbiamente molto ha pesato il magistero della Chiesa, ferma su questa posizione, contrastata da quasi tutto il mondo medico e scientifico, che ritengono tali attività sanitarie "trattamento medico", come tali necessitanti del consenso del paziente.

Appare invero difficilmente contestabile che si tratti di attività medica, posto che ad es. l'alimentazione o idratazione artificiali necessitano della valutazione medica, espressione della strategia terapeutica, che solo il medico può prescrivere.

L'applicazione di sondino o catetere venoso sono atti medici, a volte anche necessitanti di apertura di orificio con intervento chirurgico.

L'idratazione e nutrizione artificiali non sono certamente misure ordinarie di assistenza, come lavare o imboccare l'infante o malato non autosufficiente.

Ma il percorso per avvivare, con la legge sul biotestamento, alla affermazione del diritto a rifiutare tali pratiche mediche e comunque cure che mantengono in vita in situazioni disperate, è stato lungo.

Come sempre accade per le questioni di "frontiera" è stata la giurisprudenza a farsi carico del problema, anche per la difficoltà o incapacità ad affrontarlo del legislatore, per tanto tempo latitante (ancora oggi come si è detto), risolvendo due famosi casi giudiziari che hanno suscitato grande dibattito e coinvolgimento emotivo.

Ciò anche grazie all'impegno e coraggio di avvocati che hanno sostenuto con forza battaglie impegnative, ottenendo infine risultati che hanno segnato una svolta storica, anche se non ancora compiuta, nel percorso verso soluzioni di civiltà, nel rispetto dei valori costituzionali.

Ci riferiamo ai casi di Piergiorgio Welby e quello di Eluana Englaro.

Piergiorgio Welby era affetto da un gravissimo stato morboso degenerativo, clinicamente diagnosticato quale "distrofia fascioscapolomerale" e la sua

sopravvivenza era assicurata solo per mezzo di respiratore automatico al quale era stato collegato nel 1997.

I trattamenti sanitari praticatigli non erano in grado in alcun modo di arrestare la progressione della malattia per cui unica possibilità era quella di differire nel tempo il certo esito infausto, prolungando le funzioni essenziali alla sopravvivenza biologica ed il gravissimo stato patologico.

Welby, in fase ormai irreversibilmente terminale, dopo essere stato informato dai suoi medici in ordine alla inevitabile evoluzione della patologia e circa i trattamenti sanitari che gli venivano somministrati, chiedeva al medico dal quale era assistito quotidianamente di non essere ulteriormente sottoposto a terapie di sostegno vitale e di ricevere assistenza medica solo per lenire le sue sofferenze.

Chiedeva espressamente che si procedesse al distacco dell'apparecchio di ventilazione sotto sedazione.

Il medico opponeva rifiuto alla richiesta assumendo di non poter dare seguito alla volontà espressa, stante gli obblighi che riteneva dovesse osservare.

Dopo una disperata lettera al Presidente della Repubblica Welby tramite il suo avvocato si rivolgeva alla magistratura proponendo ricorso d'urgenza ex art 700 cpc al fine di ottenere il distacco del respiratore artificiale sotto sedazione terminale.

Il ricorso era basato sul diritto al rifiuto delle cure, in forza dell'art 32 Costituzione e sul diritto alla autodeterminazione riconosciuto dall'art 13 Costituzione.

Il giudice dichiarava il ricorso inammissibile con una motivazione che suscitò ampie riserve da parte della dottrina.

Infatti riconobbe il diritto invocato ma lo ritenne privo di tutela.

Avverso l'ordinanza di rigetto era proposto ricorso evidenziandosi la contraddittorietà del ragionamento, dato che il giudice aveva affermato che esiste un divieto di accanimento terapeutico ed un conseguente diritto a chiederne la cessazione, ma al contempo concludeva nel senso che si trattava di diritto non tutelabile a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative.

Contraddizione in effettivi palese, dato che nel sistema giuridico un diritto esiste o non esiste, e se esiste non può non essere tutelato, incorrendo il giudice in caso contrario in un inaccettabile "non liquet", con effetto di lasciare senza risposta una giusta pretesa, riconosciuta in questo caso sulla base di principi costituzionali.

Nel frattempo Welby, certo del suo diritto e, ritenuta l'impossibilità allo stato di una pronuncia favorevole del giudice, decideva di dar corso comunque

alla sua volontà, avendo trovato un medico anestesista, il dott. Mario Riccio, disponibile ad assecondarlo.

Accadeva così che il dott. Riccio chiedeva a Welby per l'ennesima volta conferma della sua volontà e, ottenutala, procedeva alla sedazione del paziente e, quindi, al distacco del ventilatore provocandone la morte.

Morte da cui scaturiva il riconoscimento del diritto vantato da Welby.

Infatti si apriva in primo luogo procedimento disciplinare presso il Consiglio Ordine dei Medici di Cremona, cui Riccio era iscritto, che in data 1 febbraio 2007 adottava provvedimento di archiviazione.

Ciò in quanto il paziente aveva manifestato una volontà chiara ed inequivoca, in una condizione di totale capacità di intendere e volere ed il medico non aveva somministrato farmaci o altre sostanze determinanti la morte, praticando la sedazione terminale in linea con i normali protocolli, per il resto dando corso a quanto il paziente voleva di se.

Nel procedimento penale che nel frattempo si era aperto per il reato di omicidio del consenziente il P.M. era sostanzialmente sulla stessa linea, chiedendo l'archiviazione. La richiesta era però rigettata dal GIP del Tribunale di Roma che disponeva il rinvio a giudizio del dott. Riccio.

Il procedimento si concludeva però con sentenza sì non luogo a procedere del GUP sul rilievo che doveva ritenersi decisiva la norma costituzionale (art. 32 Cost) per la quale nessun può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per previsione di legge, stante la inviolabilità della libertà personale sancita ugualmente dalla carta costituzionale.

Da ciò il GUP deduceva la ravvisabilità del diritto alla autodeterminazione del paziente, stante, nella gerarchia delle fonti del diritto, la prevalenza delle regole della Costituzione.

Ne derivava che il medico aveva adempiuto al dovere di rispettare la volontà del paziente ed aveva consentito che questi esercitasse un suo diritto.

Una decisione importante, che non veniva impugnata, che però non era certo risolutiva, in mancanza di un intervento del legislatore che avrebbe dovuto risolvere la grave questione fissando delle regole chiare e condivise.

Ecco così che si arriva al secondo, drammatico caso giudiziario, quello di Eluana Englaoro, che ha diviso ancor più l'opinione pubblica per la sua eco mediatica, caratterizzato da decisioni controverse, sino alla storica sentenza della Corte di Cassazione, di cui qui a breve si dirà.

Eluana a causa di un drammatico incidente stradale versava in condizioni di vita vegetativa.

Invero respirava in modo autonomo, ma era nutrita con sondino nasogastrico.

Non era in capace di intendere e volere e la regione superiore del suo cervello andava incontro ad una degenerazione definitiva.

Dopo quattro anni dall'incidente Eluana viene dichiarata interdetta per assoluta incapacità con sentenza del Tribunale di Lecco che nomina tutore il padre, Beppino Englaro.

Questi iniziava a mezzo dei suoi valorosi legali una lunga battaglia per poter sospendere l'alimentazione della paziente.

Si trattava evidentemente di caso più complesso e delicato di quello Welby perché la paziente, caduta in coma a vent'anni, non aveva la possibilità di esprimere la sua volontà, rendendo così invocabile l'art 32 Costituzione.

Inoltre la ragazza non era attaccata ad un dispositivo medico di ventilazione artificiale, per cui ci si chiedeva se la mera nutrizione artificiale fosse cura medica e quindi ricadesse nella previsione dell'art 32 Cost, stante quella idea ancora all'epoca dominante in giurisprudenza che dava al quesito risposta negativa, per come si è sopra detto.

Ragioni che inducevano il Tribunale di Lecco a respingere la richiesta di Beppino Englaro di far sospendere l'alimentazione per consentire la fine della vita della paziente.

Alimentazione che, appunto non era vista come trattamento medico.

Beppino Englaro, convinto che Eluana non avrebbe voluto vivere in quelle condizioni e sostenendo di aver prova di ciò alla luce di quanto la ragazza aveva ripetutamente detto e scritto parlando del problema del fine vita, riproponeva la domanda a mezzo dei suoi legali, ma ancora una volta essa veniva respinta dal Tribunale con decisione confermata dalla Corte d'Appello.

La decisione era impugnata dinanzi al Corte di Cassazione sul rilievo che la condizione in cui versava Eluana era lesiva della sua dignità e contraria al suo volere, più volte manifestato, e solo la morte poteva restituirla.

Nel 2007 si pronunciava la Cassazione con storica sentenza che annullava il provvedimento della Corte di Appello di Milano rinviando ad altra sezione della stessa Corte, affermando che la questione andava rivalutata in quanto il giudice può autorizzare l'interruzione delle cure o della alimentazione o idratazione artificiali in presenza di due condizioni: 1) che lo stato di vita vegetativa sia, in base ad un rigoroso vaglio clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la possibilità di un recupero della coscienza e della percezione del mondo esterno; 2) che la richiesta sia realmente espressiva, in base ad elementi chiari ed univoci, della volontà del paziente, tratta, quando non vi sia una dichiarazione espressa (come nel caso di specie), anche dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti.

E' invero la volontà della persona che è elemento essenziale, secondo la Suprema Corte, dato che va riconosciuto il diritto alla autodeterminazione.

Ma la storia non finiva qui.

Purtroppo il tema diventava teatro di scontro politico, di contrapposizioni ideologiche e partitiche, in dispregio del rispetto dei principi costituzionali, mentre si sarebbe dovuto cercare doverosamente di trovare un punto di incontro tra diverse sensibilità e orientamenti culturali.

Ecco così che il 16 luglio 2008 Carema e Senato sollevano conflitto di attribuzione dinanzi la Corte Costituzionale sostenendo che la sentenza della Cassazione integrava di fatto un atto legislativo, innovativo dell'ordinamento vigente, non consentito alla autorità giudiziaria.

La Corte Costituzionale dirimeva il conflitto pronunciandosi a favore della Corte di Cassazione, ritenendo legittima la sua sentenza che aveva fatto applicazione della Costituzione che garantisce il diritto di rifiutare cure mediche ed il rispetto della volontà di ciascuno.

Neanche questo però tacitava i sostenitori della intangibilità della vita, qualunque fosse la condizione del paziente, sostanzialmente in forza di principi religiosi che si pretenderebbe di imporre a tutti nonostante il carattere laico dello Stato di diritto, ed il Governo, che di tali principi si diceva difensore, approvava con urgenza un decreto legge che imponeva di disattendere la sentenza di cui si è detto obbligando il medico a continuare il trattamento sanitario, qualunque fosse la condizione del paziente e la sua volontà.

Questo era sì un intervento normativo inaccettabile (tale venne ritenuto da buona parte del mondo giuridico), finalizzato a porre nel nulla una decisione del giudice, ritenuta dalla Corte Costituzionale legittima e conforme alle regole generali, e fortunatamente esso trovò l'ostacolo della mancata firma da parte del Presidente della Repubblica, che ravvisò profilo di incostituzionalità, stante la mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza che sono il presupposto dell'esercizio dell'attività legislativa da parte del Governo.

Ma non bastava.

Nella stessa serata delle decisione del Presidente della Repubblica, in evidente e scomposta contrapposizione ad essa, il Consiglio dei Ministri in sessione straordinaria approvava disegno di legge con gli stessi contenuti del decreto legge non firmato.

Dopo qualche giorno, il 9 febbraio 2009, arrivava però la notizia della morte di Eluana alla quale, in forza della sentenza della Suprema Corte, cui si era confermata la Corte d'Appello di Milano in sede di rinvio, erano state progressivamente sospese alimentazione e idratazione.

Il disegno di legge veniva ritirato, anche perché emergevano posizioni

dissonanti nell'ambito della stessa maggioranza governativa.

Si avviava così negli anni un lungo e faticoso cammino che portava, finalmente, alla legge 22.12.2017 n 219 avente ad oggetto la regolamentazione delle disposizioni anticipate di trattamento sanitario (c.d. testamento biologico), che rappresenta un punto di svolta, con il riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi da parte del singolo in relazione a quelle che potrà essere la propria condizione di fine vita, raggiungendo una volta tanto un punto di equilibrio tra posizioni diverse, nel rispetto delle varie sensibilità.

Il testo della legge, cui ho dato modesto contributo tecnico, si apre con la valorizzazione della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico, che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, autonomia professionale e responsabilità del medico.

Il consenso presuppone che il paziente abbia conoscenza delle proprie condizioni di salute e sia informato in modo completo e comprensibile circa diagnosi, prognosi e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari praticabili e riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento o dell'accertamento diagnostico.

Il paziente ha facoltà di indicare familiari o persona di sua fiducia incaricati di ricevere dette informazioni ed esprimere in sua vece, se lo vuole, il consenso.

Ed il passaggio saliente, che più attiene alla questione in esame, sta nel comma 5 dell'art 2 della legge che riconosce il diritto di ogni persona capace di agire di rifiutare in tutto o in parte qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico, tra cui anche i trattamenti di c.d. "sostegno vitale".

Ed è quindi posta fine, normativamente, alla querelle circa la natura della nutrizione e idratazione artificiali, che sono definitivamente qualificati come trattamenti sanitari, quindi oggetto anche essi di consenso.

Nel caso di dissenso il medico dovrà prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione in modo da essere certi che si abbia consapevolezza della gravità di una tale decisione.

Compito del medico sarà comunque sempre quello di adoprarsi per alleviare le sofferenze del paziente anche in caso di rifiuto del consenso, garantendo una appropriata terapia del dolore e la erogazione di cure palliative, anche ricorrendo alla sedazione palliativa profonda continua con il consenso del paziente.

Sedazione cui si potrà ricorrere in tutti i casi di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari per pazienti con prognosi infausta a breve termine o imminenza

di morte, dovendosi il medico astenere, quale canone deontologico e comportamentale, da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

Elemento di assoluta novità, cui deve la denominazione della legge in esame quale legge sul “testamento biologico” sta poi nella introduzione delle DAT, ovvero disposizioni anticipate di trattamento, finalizzate a consentire a ciascuno di decidere per tempo quale sarà il trattamento che si vuole sia praticato qualora di versi in particolari condizioni che non consentano più la manifestazione della propria volontà, come fu nel caso Englaro, con tutte le difficoltà nel provare quale fosse quella della sfortunata ragazza, non più in grado di esprimersi.

La DAT è quindi manifestazione di volontà “ora per il futuro”, destinata a valere nel caso in cui il disponente sia in condizioni di incapacità.

La direttiva anticipata di trattamento corrisponde all’espressione di volontà da parte di una persona (testatore, disponente, dichiarante che dir si voglia) fornita in condizioni di lucidità mentale in merito alla terapie che intende o non intende accettare nella eventualità in cui venga a trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto a consentire o meno alle cure proposte per lesioni o malattie irreversibili che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione (appunto testamento biologico).

Le DAT sono in pratica schede programmatiche di vita futura: il soggetto *compus sui* definisce adesso l’insieme delle risposte che vorrà dare alle domande di domani.

E’ l’art 4 della legge che prevede che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari.

Il soggetto inoltre indica una persona di sua fiducia, denominata “fiduciario” che ne farà le veci e si rapporterà con il medici e le strutture sanitarie.

Il medico sarà tenuto al rispetto delle DAT, che però potranno essere disattese dal medico, in accordo con il fiduciario, qualora appaiono palesemente incongrue o non rispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Clausola di garanzia, opportuna, a tutela dell’interesse del paziente ad un trattamento effettivamente rispondente alla situazione del momento.

Nel caso di conflitto tra medico e fiduciario la decisione spetterà al giudice tutelare.

Al medico è quindi lasciata, opportunamente, una possibilità di sindacato al fine di evitare che determinazioni non più revocabili, stante la sopravvenuta incapacità del disponente, siano inappropriate o pregiudizievoli perché superate dal progresso della scienza.

Le DAT vanno redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata consegnata personalmente presso l'Ufficio dello Stato Civile del Comune di residenza, che prevede ad annotazione in apposito registro.

E' infine previsto, nella relazione tra medico e paziente di cui si è detto in esordio che, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica ed invalidante, con prognosi infausta, possa essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa alla quale il medico dovrà attenersi qualora il paziente venga a trovarsi in condizioni di impossibilità di esprimere il proprio consenso.

E' questa una legge di civiltà, attesa da decenni, che segna come detto una svolta netta, salutata con plauso dal modo giuridico e dalla quasi totalità dell'opinione pubblica, ma purtroppo ancora poco conosciuta, dato che molti cittadini ancora non sanno della possibilità che oggi ognuno di noi ha di disporre di sé per il caso in cui il soggetto, ormai incapace, venisse a trovarsi in condizioni di sofferenza senza speranza, lesive della propria dignità.

Poche sono state le voci contrarie, essenzialmente riferibili ad ambienti integralisti cattolici, posto che anche dal modo cattolico sono arrivate significative aperture e condivisioni.

Ma quello delle DAT non è il punto finale del percorso della regolamentazione giuridica del fine vita, dato che dopo l'entrata in vigore legge di cui si è detto, dopo meno di un anno si è aperto un nuovo fronte, conseguente ancora una volta ad un caso giudiziario.

Quello di DJ Fabo, al secolo Fabiano Antoniani, e Marco Cappato.

DJ Fabo a seguito di un grave incidente stradale, avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale (permanente).

Non era autonomo nella respirazione (era attaccato ad un respiratore), nella alimentazione (era nutrito per via intraparietale) e nella evacuazione.

Era percorso altresì da violenti spasmi e contrazioni, che causavano acute sofferenze, che non potevano essere lenite farmacologicamente, se non con sedazione profonda.

Conservava però intatte le facoltà intellettive

A poco meno di due anni dall'incidente, aveva maturato la volontà di

porre fine alla proprie sofferenze, comunicandola ai propri cari.

Prendeva così contatto, nel maggio 2006, con organizzazione svizzera che si occupa di suicidio assistito.

Era anche entrato in contatto con Marco Cappato, attivista e tesoriere della Associazione Luca Coscioni, che gli prospettava la possibilità, in forza della legge di cui si è detto, di interrompere i trattamenti di ventilazione ed alimentazione artificiali, sottoponendosi a sedazione profonda, ma DJ Fabo diceva di non voler attendere i tempi e le attività, comunque gravose, che sarebbero stati necessari per la sua fine seguendo la strada della interruzione dei trattamenti ed insisteva nel proposito di recarsi in Svizzera per praticare il suicidio assistito.

A quel punto Marco Cappato si diceva disponibile ad aiutarlo.

Inviava alla struttura individuata la documentazione necessaria, seguiva la pratica e quindi accompagnava il malato con auto predisposta in Svizzera, nella clinica, ove il 27 febbraio 2017, dopo che il predetto aveva ancora una volta ribadito la sua ferma intenzione, avveniva la somministrazione del farmaco letale.

Al rientro in Italia Marco Cappato si autodenunciava ai carabinieri per il reato di aiuto al suicidio.

Ne scaturiva procedimento penale ed il Cappato era rinviato a giudizio dinanzi alla Corte d'Assise di Milano.

Corte che, con ordinanza del 14 febbraio 2018 sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art 580 cp (istigazione aiuto al suicidio) sul rilievo del possibile contrasto con gli artt. 2, 13 primo comma, 32, 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 ed 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui sanziona le condotte di agevolazione al suicidio che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, ma anzi rispondano al suo libero volere, senza distinzione delle condotte di istigazione.

La Corte Costituzionale perveniva ad una decisione che rappresenta un assoluta eccezione nella storia della sua giurisprudenza.

Infatti non pronunciava sentenza ma una ordinanza "interlocutoria" del 24.10.2018 (estensore Modugno) con la quale, esprimendo chiaramente il proprio orientamento nel senso della parziale illegittimità costituzionale della norma, stante la ravvisata necessità di prevedere una regolamentazione della questione per evitare vuoti di tutela, sollecitava il legislatore ad intervenire, rinviando ad un anno la decisione definitiva.

Come prevedibile purtroppo la sollecitazione della Corte restava lettera morta ed il parlamento, bloccato da posizioni ideologiche contrapposte e da

diatribe partitiche, sotto il peso condizionante della posizione ufficiale della Chiesa Cattolica, non riusciva a varare l'attesa legge che avrebbe dovuto regolare la materia sulla base di quanto la Corte Costituzionale aveva affermato nella sua ordinanza.

Si è pervenuti così alla sentenza 25.09.2019 n 242 con la quale la Consulta, ribadendo quanto già affermato con la ordinanza interlocutoria, dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art 580 cp "nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. 219/17 (testamento biologico), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Ma vediamo in sintesi il percorso argomentativo della ordinanza e, quindi, sentenza della Corte Costituzionale.

Si parte dalla constatazione che il nostro ordinamento non punisce il suicidio ed il suo autore in caso tentativo non riuscito, ma punisce severamente chi concorre al suicidio altrui, tanto nella forma del concorso morale, determinando o rafforzando l'altrui proposito suicida, quanto nella forma del concorso materiale, ossia agevolandone in qualsiasi modo l'esecuzione.

L'art 580 cp intende così proteggere il soggetto da decisioni in suo danno, creando attorno a lui una catena protettiva.

Secondo la Corte ciò non può dirsi di per sé in contrasto con i principi costituzionali invocati.

Dall'art 2 Costituzione e dall'art 2 CEDU discende infatti il dovere dello Stato di tutelare la vita dell'individuo e non quello, opposto, di ottenere dallo Stato o da terzi aiuto a morire.

Come da tempo affermato dalla Corte Europea dal diritto alla vita non può scaturire il diritto a morire, che non è riconosciuto dall'ordinamento.

L'incriminazione della istigazione o aiuto a morire è funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento intende proteggere da una scelta estrema ed irreparabile, come quella del suicidio.

Essa ha lo scopo, di perdurante attualità, di tutelare persone che sono in difficoltà e sofferenza, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo ed irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere.

La norma in questione conserva la propria evidente ragion d'essere anche, e soprattutto, nei confronti di persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali facilmente potrebbero essere indotte a congedarsi dalla vita se l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare al suicidio, magari per ragioni di personale tornaconto.

Non può dunque dirsi inibito al legislatore punire, come fa con l'art 580 cp, condotte che spianino la strada a gesti estremi in nome di una concezione astratta di autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono prese.

Anzi è compito della Repubblica porre in essere politiche volte a sostenere chi versa in simili condizioni.

Ne deriva che, secondo la Corte, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuto in generale incompatibile con la Costituzione.

Quindi, si ribadisce, non vi è un indiscriminato diritto a morire e non vi è spazio indiscriminate pratiche di eutanasia.

Fatta questa premessa di ordine generale e partendo da questa forte e condivisibile affermazione la Corte passa ad affrontare la specificità della questione.

Afferma infatti che non può non considerarsi che, come nel caso di DJ Fabo, vi sono oggi situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e dalla tecnologia, spesso capaci di strappare a morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire una sufficienza di funzioni vitali.

Il riferimento che fa la Corte è, in particolare, alla ipotesi in cui il soggetto agevolato sia affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni autonome, come appunto era il caso di DJ Fabo.

Si tratta a ben guardare di situazioni estreme nelle quali l'assistenza di terzi a porre fine alla vita si può presentare al malato come la sola via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, ad un mantenimento artificiale in vita non voluto e subito.

Un trattamento che il soggetto ha diritto di rifiutare in base all'art 32 comma 2 della Costituzione.

Si osserva che in queste situazioni la decisione di lasciarsi morire rifiutando le cure e la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale potrebbe oggi essere presa dal malato sulla base della legge sul testamento biologico.

Ma la legislazione non consente al medico di mettere a disposizione del

malato che sta in queste condizioni, che ne faccia richiesta, trattamenti diretti che determinino la morte, senza attendere l'effetto della cessazione delle cure.

E nel caso in esame appunto il paziente aveva chiesto l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione della interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e la sedazione profonda, che gli era stata prospettata dallo stesso Cappato, in applicazione della legge di cui si è detto, perché ciò non gli avrebbe assicurato una morte rapida, che voleva per non continuare nella sua condizione drammatica.

Infatti, non essendo dipendente dalla respirazione artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata e ciò era ritenuto dall'interessato non dignitoso e gravante sui suoi familiari che avrebbero dovuto vivere tale passaggio sul piano emotivo.

Orbene secondo la Corte se il valore della vita non esclude oggi che si debba rispettare la decisione del malato di interrompere i trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda in intervento attivo di terzi (ad es distacco o spegnimento di una macchina con sedazione profonda e terapia del dolore) come previsto dalla legge, non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento, contrario alla propria idea di morte dignitosa, conseguente alla interruzione delle terapie.

In tale ambito, si afferma, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione della persona malata nelle scelte delle terapie.

Vi è quindi, secondo la Corte, un *vulnus* rispetto ai fondamentali valori costituzionali che porta all'accoglimento della questione ed alla affermazione della parziale incostituzionalità della norma penale sindacata.

Peraltro, come si è detto, in prima battuta la decisione era stata interlocutoria.

Affermato il principio e quindi chiaramente palesata da decisione di incostituzionalità, la Corte decideva di rinviare ad altra udienza (ad un anno) per la pronuncia della sentenza, ritenendo necessario l'intervento del legislatore onde introdurre una disciplina legale della prestazione di aiuto materiale al suicidio, in un campo di altissima sensibilità etico-sociale, rispetto al quale vanno anche scongiurati possibili abusi.

In effetti, in assenza di una regolamentazione chiunque, anche non esercente la professione sanitaria, potrebbe offrire lecitamente a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio, senza alcun affidabile controllo *ex ante* circa le condizioni necessario per una tale pratica.

Ovvero la capacità di autodeterminarsi, il carattere libero ed informato della scelta, la irreversibilità della malattia.

Sarebbe quindi necessario regolare tutto ciò, prevedere le modalità della verifica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali il soggetto possa chiedere l'aiuto e le modalità dell'intervento, la eventuale possibilità di obiezione di coscienza.

Sarebbe altresì l'occasione per disciplinare e rendere certa la fruibilità di terapie palliative, che potrebbero rappresentare una alternativa di scelta per il malato che versi in quelle condizioni.

Purtroppo a tale sollecitazione il Parlamento, colpevolmente, non ha risposto, tanto che si arrivava alla celebrazione dell'udienza di rinvio nella quale veniva pronunciata la sentenza che consacrava il principio di diritto anticipato nella ordinanza.

Sentenza che, stante l'inerzia del Parlamento, ha comunque previsto delle condizioni per l'esercizio del riconosciuto diritto, quali la verifica del caso da parte di una struttura pubblica ed il previo parere del Comitato Etico competente per territorio.

Manca quindi ad oggi stato una legislazione in materia, e chi sa per quanto mancherà, con la conseguenza che, dopo la sentenza della Corte Costituzionale, vi sono già stati casi di suicidio assistito, gestiti dalle singole ASL, con intuibile difficoltà ed incertezza, con il solo riferimento della decisione della Consulta, tanto che si affacciano iniziative legislative in ambito regionale, che appaiono insufficienti e parziali.

Una inerzia colpevole, come sopra detto, indice di incapacità di trovare con equilibrio una sintesi tra diverse posizioni, dovendosi osservare che sarebbe già stato sufficiente, seguire le chiarissime linee dettate dalla Corte, quanto meno dando attuazione alla pronuncia.

In realtà l'intervento necessario del legislatore consentirebbe di dirimere l'ulteriore questione se il suicidio assistito possa essere praticato non solo nei casi, quali quelli di DJ Fabo, nei quali il malato è tenuto in vita da " sostegni vitali", quali respirazione, alimentazione, idratazione meccaniche, ma anche nel caso di cure che comunque mantengono in vita il paziente in condizioni disperate e contrarie alla idea di dignità delle persona che ciascuno di noi ha, come auspicato da molti

Vi sono invero malattie inguaribili che, nella fase finale, pur non determinando le condizioni in cui versava DJ Fabo, di cui la Consulta si è interessata, causano sofferenze comunque insostenibili (è in il caso di molti pazienti oncologici) e francamente non vedo la ragione per cui anche per questi non si debba riconoscere il diritto inalienabile di poter dire " basta".

So che specie su questo punto vi sono posizioni di netto diniego, specie, come detto, da parte di posizioni politiche ossequianti rispetto alle affermazioni ufficiali della Chiesa.

Ma da credente e cattolico praticante impegnato, non mi sento di condividere queste posizioni, in realtà non condivise da molti cattolici.

In tal senso ricordo l'insegnamento del Prof Francesco D'Agostino all'epoca Presidente della Unione Giuristi Cattolici il quale, prendendo posizione in merito alla sollecitazione della Corte al Parlamento, ha riconosciuto che le norme vigenti, pensate ottanta anni fa, meritano di essere riviste e riformulate e non si può continuare con prese di posizione di mera opposizione, che sono del tutto sterili.

I cattolici secondo il Prof D'Agostino devono confrontarsi con il tema del fine vita ispirandosi alla Costituzione, assumendo posizioni positive ed aperte al nuovo che, coerenti con la visione dell'etica pubblica, piaccia o no, si stanno manifestando in tutte le società occidentali.

Atteggiamento di chiusura che è perdente, perché rifletta mancanza di coraggio, essendo necessario che si raggiunga convergenza tra visione cattolica e laica della bioetica.

Invero gli artt. 2, 13, 32 della Costituzione impongono la soluzione del riconoscimento del diritto alla autodeterminazione in ambito medico, e quindi anche in relazione ai trattamenti medici e cure la cui sospensione determina la morte, e certo in uno stato laico, che non fa propria una morale religiosa, solo questi dovrebbero essere i canoni ispiratori del legislatore.

Non si tratta di aprire le porte a pericolose ed indiscriminate pratiche di eutanasia, che oltre che eticamente inaccettabili sarebbero in contrasto con la Costituzione, come di desume chiaramente dalla motivazione della ordinanza-sentenza della Corte, ma di riconoscere il diritto, indiscutibile sul piano costituzionale, di ottenere, a certe condizioni, la cessazione di sofferenze disumane, contrarie alla dignità della persona.

E proprio sul punto delicato della posizione dei cattolici in materia mi si consenta una considerazione extragiuridica, che coinvolge la mia fede, che comunque è chiamata in causa, come sempre quando si tratta di affrontare temi sensibili, quale quello in esame, che hanno inevitabilmente coinvolgimenti anche etici, morali, religiosi.

Devo dire a tale proposito che condivido pienamente quanto scritto da Massimo Recalcati in un suo illuminante intervento sulla questione, nel senso che bisogna aver certo cura della vita fino all'ultimo respiro e che la terapia va sempre tentata, finché possibile.

Ma non può negarsi che vi sono situazioni drammatiche ove la vita è

sprofondata in una condizione disumana, senza speranza.

In queste situazioni è umano, dice l'autore, come segno di pietas, riconoscere il limite, la resa della vita.

Una resa che, invero, quando la vita è al muro, è una liberazione che a mio avviso salvaguarda la dignità umana.

La resistenza ostinata, senza alcuna ragione e prospettiva di speranza, diventa, come ben detto, un supplizio inutile.

Quando la vita si arrende alla sofferenza sovrumana dopo aver resistito sino al proprio limite è giusto che il dono della morte sia possibile, che la resa non sia impedita senza alcun senso, ma al contrario onorata.

Una morte che a ben guardare rende più sacra la vita perché la riconosce profondamente vulnerabile, fragile e quindi umana.

Come è stato autorevolmente detto di fronte a un dolore senza speranza, ad una vita resa disumana dalla malattia devastante, ciascuno ha diritto di riconoscere il limite sin dove spingere la sua capacità di resistenza, a riconoscere la propria resa come salvaguardia della propria dignità.

Un diritto che la Costituzione riconosce e che non può che essere garantito secondo il dettato del suo art. 2.

Aldo Manfredi

Una ricognizione normativa in vista della fusione dei Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore

Sommario: 1. Introduzione; 2. La disciplina costituzionale; 3. La legislazione statale; 4. La legislazione regionale; 5. La fusione dei Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore; 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 1° gennaio 2027 sarà istituito nella Provincia di Pescara, mediante la fusione degli attuali Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore, il nuovo Comune di Pescara¹.

Si tratta della più grande fusione mai realizzata in Italia, che interessa un'area urbana di circa 95 km², entro la quale risiedono poco meno di 200 mila abitanti e che, per ragioni professionali e di intrattenimento, accoglie quotidianamente almeno altri 100 mila cittadini non residenti².

Il progetto coinvolge tre città che differiscono per storia, tradizioni e caratteristiche socio-economiche, ma che non presentano interruzioni dal punto di vista territoriale: Pescara è situata sulla costa, ha un aspetto moderno ed è interamente votata al commercio³; Montesilvano è anch'essa una città costiera, ma ha una vocazione prevalentemente turistica, per lo più legata alla balneazione estiva⁴; Spoltore, invece, occupa la fascia collinare abruzzese, è

1. Quella tra Pescara, Montesilvano e Spoltore è l'unica fusione di Comuni prevista in Abruzzo per i prossimi anni e comporterà una riduzione dei Comuni abruzzesi da 305 a 303 unità.

2. Pescara conta 118.992 residenti (è il Comune più popoloso della Regione) ed ha una superficie territoriale di 34,33 km²; Montesilvano ne annovera 53.402 (è il terzo Comune più popoloso della Regione) e si estende su 23,58 km²; Spoltore ha 18.935 abitanti e presenta una superficie territoriale di 37,01 km².

3. Il Comune di Pescara fu istituito nel 1927, allorquando il Comune di Castellammare Adriatico, sito nella Provincia di Teramo, e il Comune di Pescara Portanuova, sito nella Provincia di Chieti, si fusero tra loro. Il nuovo Comune fu contestualmente elevato a capoluogo di Provincia. Nella Provincia di Pescara furono trasferiti, dalla Provincia di Teramo, tutti i Comuni dell'area Vestina (ovverosia quelli del circondario di Penne, ad eccezione di quelli del mandamento di Bisenti) e, dalla Provincia di Chieti, tutti i Comuni del versante nord-occidentale della Maiella.

4. Il Comune di Montesilvano fu istituito nel 1861. Nel 1904 la frazione di Cappelle (oggi Cappelle sul Tavo) si incorporò, dando vita al Comune omonimo. Nel 1922 si incorporò anche la frazione di Montesilvano Marina, la quale, mantenendo la propria denominazione, andò a costituire un Comune autonomo. Già

un centro di rilevanza storica e concentra la propria economia sulle produzioni agricole⁵.

Il nuovo Comune ambisce a porsi quale interlocutore privilegiato non solo a livello regionale e nazionale, ma anche europeo e internazionale.

Difatti, nel contesto di un'Unione Europea allargata agli Stati più orientali della penisola mediterranea, Pescara finirà per collocarsi, anzitutto per ragioni geografiche, al centro degli equilibri politici ed economici dell'Adriatico italo-balcanico.

In questa dimensione, di respiro senz'altro globale, il nuovo Comune offre un modello organizzativo-gestionale semplificato, basato sull'esercizio associato delle funzioni e delle attività amministrative, e, anche attraverso la realizzazione di economie di scala nei territori dei Comuni originari, si propone di creare, o comunque di intercettare in maniera continuativa, opportunità che nessuna realtà preesistente avrebbe mai fatto proprie.

Queste opportunità gli consentiranno di aprirsi ai nuovi diritti sociali e di cittadinanza, di dar vita ad un *welfare* innovativo, di adottare paradigmi produttivi inediti, di operare una profonda trasformazione urbanistica e infrastrutturale nonché di rispondere alle sfide della sostenibilità ambientale e della transizione digitale.

Quella di cui si discorre, dunque, è una fusione che va ben oltre la *ratio* dell'istituto, e quindi al di là dei tentativi di razionalizzazione degli assetti territoriali⁶ e di contenimento della spesa pubblica⁷.

Si configura senz'altro come attuale, allora, una ricognizione normativa che, pur brevemente, dia conto dell'istituto e del ruolo che gioca all'interno dell'ordinamento.

Questa ricognizione non può che muovere dalla disciplina costituzionale e legislativa (sia statale sia regionale), che costituisce il punto di partenza per qualsiasi riflessione, anche extra-giuridica, sui processi di fusione.

nel 1928, però, il Comune di Montesilvano e quello di Montesilvano Marina si riunirono.

5. Nel 1927 il Comune di Spoltore conflui nella neonata Provincia di Pescara, cessando di appartenere a quella di Teramo; nell'anno seguente il Comune perse autonomia amministrativa perché fu accorpato a quello di Pescara, dal quale, però, fu di nuovo separato nel 1947, allorché Spoltore tornò ad essere un Comune a sé stante.

6. In tema, *ex multis*, G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei Comuni*, in *Federalismi*, n. 24/2012, pp. 1 ss.; F. POLITI, *Dall'Unione alla fusione dei Comuni: il quadro giuridico*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2012, pp. 5 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La riforma delle Unioni di Comuni fra "ingegneria" e "approssimazione" istituzionali*, in *Federalismi*, n. 2/2012, pp. 1 ss.;

7. A riguardo si vedano, tra gli altri, P. BILANCIA, *L'associazionismo obbligatorio dei Comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in *Federalismi*, n. 16/2012, pp. 1 ss.; G. FALCON, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2012, pp. 9 ss.; G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2011, pp. 457 ss.; L. VANDELLI, *Crisi economica e trasformazioni del governo locale*, in *Astrid-Rassegna*, n. 16/2011, pp. 1 ss.

2. La disciplina costituzionale

Nell'ordinamento costituzionale italiano, la fusione di Comuni è l'accorpamento territoriale tra due o più Comuni contigui⁸.

Tale accorpamento territoriale dà luogo all'istituzione di un nuovo Comune e comporta la soppressione dei Comuni preesistenti⁹.

La disciplina del processo di fusione è rinvenibile in Costituzione e varia a seconda che i Comuni oggetto di accorpamento appartengano o meno alla medesima Regione.

Qualora i Comuni che intendano attivare il processo di fusione appartengano a Regioni differenti, occorre fare riferimento all'art. 132, c. 2, Cost., secondo cui «[s]i può, con l'approvazione della maggioranza delle popolazioni [...] del Comune o dei Comuni interessati espressa mediante referendum e con legge della Repubblica, sentiti i Consigli regionali, consentire che [...] i Comuni che ne facciano richiesta siano staccati da una Regione ed aggregati ad un'altra»¹⁰.

8. Per una ricostruzione completa dell'istituto si richiamano, a titolo meramente esemplificativo e non certo esaustivo, G. MASSARI, *I piccoli Comuni di fronte alla crisi e l'alternativa della fusione: uno sguardo critico*, in *Federalismi*, n. 6/2016, pp. 1 ss.; R. FILIPPINI – A. MAGLIERI, *Il procedimento legislativo di fusione di Comuni nelle leggi regionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2015, pp. 313 ss.; G.C. RICCIARDI, *L'antidoto avverso la frammentazione: fusione di Comuni, partecipazione e trasparenza nell'ottica del consolidamento amministrativo*, in *Federalismi*, n. 21/2015, pp. 1 ss.; A. POGGI, *Unione e fusione di Comuni*, in F. FABRIZZI – G.M. SALERNO (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, 2014, pp. 101 ss.; E. VIGATO, *Le unioni e le fusioni di Comuni nel disegno di legge "Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni"*. Quali novità all'orizzonte per i piccoli Comuni?, in *Federalismi*, n. 21/2013, pp. 1 ss.; B. BALDI – G. XILO, *Dall'Unione alla fusione dei Comuni: le ragioni, le criticità e le forme*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2012, pp. 141 ss.; G. CAMPANA, *L'analisi del riassetto istituzionale nei processi di fusione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2012, pp. 85 ss.; A. PIRANI, *Le fusioni di Comuni: dal livello nazionale all'esperienza dell'Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2012, pp. 37 ss.; F. POLITI, *Dall'Unione alla fusione dei Comuni: il quadro giuridico*, cit., pp. 5 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La riforma delle Unioni di Comuni fra "ingegneria" e "approssimazione" istituzionali*, cit., pp. 1 ss.; L. VANDELLI, *Le forme associative tra enti territoriali*, Milano, 1992.

9. Nel *genus* della "fusione" rientra quella particolare *species* di aggregazione tra Comuni che risponde al nome di "incorporazione", espressamente introdotta con la legge n. 56/2014 (art. 1, c. 130). L'incorporazione, a differenza della fusione, non dà luogo all'istituzione di un nuovo Comune e comporta l'inglobamento di un Comune all'interno di un altro Comune, con contestuale soppressione del Comune incorporato. Ad avviso di chi scrive, l'incorporazione è assoggettata alla medesima disciplina costituzionale della fusione, con la conseguenza che la competenza legislativa a disciplinare il processo di incorporazione varia a seconda che i Comuni coinvolti appartengano o meno alla medesima Regione. Nondimeno, la Corte costituzionale ha spogliato le Regioni di questa competenza, rientrando le vicende estintive di un Comune nella materia "ordinamento degli enti locali", e cioè nell'ambito di una materia di competenza esclusiva dello Stato. Per ragioni di brevità dello scritto non è possibile indugiare sul tema, si rinvia, pertanto, a G.M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*, in *Federalismi*, n. 7/2015, pp. 2 ss.; C. TOMASI, *Fusione e incorporazione alla luce della sentenza n. 50 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2015, pp. 446 ss.

10. Per un commento alla disposizione, si rinvia a L. FERRARO, *Art. 131 – Art. 132 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, pp. 2531 ss.; M.

In ipotesi, pertanto, la Costituzione attribuisce allo Stato, previa consultazione favorevole delle popolazioni interessate¹¹, la competenza a disciplinare, con propria legge e sentito il parere dei Consigli regionali coinvolti, la fusione tra Comuni che appartengono a Regioni differenti.

D'altro canto, la fusione di Comuni appartenenti alla medesima Regione ma ricompresi in Province differenti rientra nel campo di applicazione dell'art. 133, c. 1, Cost., ai sensi del quale «[i]l mutamento delle circoscrizioni provinciali [...] nell'ambito di una Regione [è stabilito] con leggi della Repubblica, su iniziativa dei Comuni, sentita la stessa Regione».

Anche in tal caso, quindi, la Costituzione riserva allo Stato la potestà legislativa in materia di fusione di Comuni, facendo salve, in ogni caso, l'iniziativa dei Comuni e il parere della Regione.

Infine, la fusione di Comuni appartenenti alla medesima Provincia è disciplinata dall'art. 133, c. 2, Cost., in ordine al quale «[l]a Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni»¹².

Nella specie, dunque, è la Regione ad essere titolare di competenza legislativa; l'esercizio della stessa, però, è subordinata all'acquisizione del consenso della popolazione che risiede nei Comuni oggetto di fusione¹³.

OROFINO, *Il territorio di Regioni, Province e Comuni*, in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, pp. 201 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO, *Il distacco-aggregazione di Province e Comuni da una Regione ad un'altra dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione*, in *L'Amministratore locale*, n. 1/2002, pp. 13 ss.

11. Sul concetto di "popolazioni interessate", così come declinato ai sensi dell'art. 132, c. 2, Cost., *ex multis*, D. TRABUCCO, *Le variazioni territoriali delle regioni nella Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 81 ss.; T.E. FROSINI, *Da una Regione ad un'altra. Il percorso costituzionale dei Comuni*, in *Federalismi*, n. 2/2010, pp. 1 ss.; F. RATTO TRABUCCO, *Riflessioni sulla prima attuazione dell'art. 132, secondo comma, Cost., dopo sessantuno anni di vita: l'esame del disegno di legge di variazione territoriale regionale e l'acquisizione dei pareri regionali sulla scorta del "caso Alta Valmarecchia*, in *Istituzioni del Federalismo*, nn. 3-4/2009, pp. 603 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La "secessione" dei Comuni: una chimera o una via percorribile?*, in *Federalismi*, n. 2/2008, pp. 1 ss.; S. MABELLINI, *Identità culturale e dimensione territoriale delle Regioni in Europa*, Milano, 2008, pp. 107 ss.; M. MOTRONI, *La migrazione dei Comuni di frontiera verso le Regioni a Statuto speciale: la problematica scelta della fonte idonea a produrre l'effetto di variazione territoriale*, in *Federalismi*, n. 4/2008, pp. 1 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le "popolazioni interessate" e i referendum per le variazioni territoriali*, *ex art. 132 e 133 Cost.: territorio che vai, interesse che trovi*, in *Le Regioni*, n. 3/2005, pp. 417 ss.; L. FERRARO, *I referendum di variazione territoriale: un dibattito oltremodo attuale*, in F. PINTO (a cura di), *Il nuovo regionalismo nel sistema delle fonti*, Torino, 2004, pp. 39 ss.; C. PAGOTTO, *Per promuovere il referendum di passaggio di Province e Comuni ad altra Regione o Provincia basta il consenso dei "secessionisti". Corte costituzionale, sent. n. 334/2004*, in *Cronache dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 23 novembre 2004.

12. Per un commento alla disposizione, si rinvia a C. MAINARDIS, *Art. 133 Cost.*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 1144 ss.; E. FERIOLI, *Art. 133 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006 pp. 2548 ss.

13. Sul concetto di "popolazioni interessate", così come declinato ai sensi dell'art. 133, c. 2, Cost., *ex multis*, F. GUELLA, *La discrezionalità "tecnica" della Politica (e la motivazione per relationem della legge) nell'individuazione delle "popolazioni interessate" al referendum consultivo ex art. 133 Cost.*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, pp. 273 ss.; G. MENEGUS, *Le "popolazioni interessate" nelle varia-*

3. La legislazione statale

La disciplina costituzionale del processo di fusione è integrata dalle previsioni del d.lgs. n. 267/2000¹⁴ e della legge n. 56/2014¹⁵.

L'art. 15, c. 1, del d.lgs. n. 267/2000 premette che le fusioni tra Comuni appartenenti alla medesima Provincia sono ammissibili anche se l'accorpamento comporta l'istituzione di Comuni aventi popolazione inferiore a 10.000 abitanti.

E premette, altresì, che tali fusioni sono ammissibili anche se, all'esito dell'accorpamento, residuano Comuni con popolazioni inferiori al limite sopra citato.

L'art. 15, c. 2, del d.lgs. n. 267/2000 stabilisce che i Comuni oggetto di fusione possono approvare, anche prima del completamento del processo di accorpamento, lo statuto che entrerà in vigore al momento dell'istituzione del nuovo Comune e che rimarrà vigente sino a quando non sarà modificato dagli organi degli stessi.

La medesima disposizione prevede che il nuovo statuto garantisca alle popolazioni dei Comuni preesistenti adeguate forme di partecipazione e di decentramento dei servizi.

In quest'ottica, poi, lo statuto può prevedere che siano istituiti Municipi nei territori dei Comuni preesistenti o in alcuni di essi.

L'organizzazione e le funzioni dei Municipi sono disciplinati dallo statuto o, eventualmente, dai regolamenti comunali; gli amministratori degli stessi

zioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, pp. 406 ss.; A. MITROTTI, *L'erronea confusione tra il provvedimento di modifica delle circoscrizioni comunali e la determinazione dei confini tra comuni (nota a sentenza della Corte costituzionale del 9 febbraio 2018, n. 21)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2018, pp. 1 ss.; V. DE SANTIS, *Il "polimorfismo" del concetto di popolazioni interessate nella creazione di una nuova Regione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 novembre 2011, pp. 1 ss.; L. MELICA, *Il Principato di Salerno tra referendum e Corte costituzionale*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/2011, pp. 345 ss.; R. PINARDI, *"Popolazioni interessate" e "diritto all'autodeterminazione" delle comunità locali nel procedimento di creazione di nuove Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2011, pp. 3617 ss.; M. PIAZZA, *La Corte costituzionale e il rasoio di Ockham. Riflessioni in tema di "popolazioni interessate" ex artt. 132 e 133 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2011, 3626 ss.; L. SPADACINI, *Il principio di autoidentificazione delle comunità locali e la creazione di nuove Regioni. Riflessioni a margine della sentenza n. 278 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2011, pp. 1 ss.; M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, pp. 1381 ss.

14. Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" (il cosiddetto "T.U.E.L.").

15. Legge 7 aprile 2014, n. 56, recante "Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle Unioni e Fusioni di Comuni" (la cosiddetta "Legge Delrio"). Per una disamina approfondita della legge n. 56/2014, su tutti, F. FABRIZZI – G. SALERNO, (a cura di), *La riforma delle autonomie locali nella legge Delrio*, Napoli, 2014; A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commentario alla legge n. 56 del 2014*, Napoli, 2014; L. VANDELLI, *Città metropolitane, Province, Unioni e fusioni di Comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Rimini, 2014.

possono essere eletti a suffragio universale diretto e ad essi si applicano le norme previste per gli amministratori dei Comuni con pari popolazione.

Infine, il decreto legislativo n. 267/2000 dispone che, nell'intento di favorire la fusione dei Comuni, lo Stato eroga, per i dieci anni decorrenti dalla fusione, appositi contributi straordinari (aggiuntivi rispetto a quelli regionali) commisurati ad una quota dei trasferimenti spettanti ai singoli Comuni che si fondono¹⁶.

Come anticipato, ulteriori disposizioni in materia di fusione si rinven- gono nella legge n. 56/2014.

Tale legge stabilisce, anzitutto, che i Comuni sorti in seguito a fusione prevedano particolari forme di collegamento con le comunità che appartene- vano ai Comuni preesistenti.

Individuala, poi, agevolazioni amministrative, organizzative ed economi- che specificamente volte alla promozione delle fusioni.

Dal punto di vista amministrativo, ad esempio, statuisce che:

- le disposizioni di maggior favore previste per i Comuni con popola- zione inferiore ai 5.000 abitanti e per le unioni di Comuni si appli- cano anche al Comune derivante dalla fusione di Comuni con meno di 5.000 abitanti;
- l'obbligo di esercizio associato delle funzioni comunali fundamen- tali, previsto per i Comuni con meno di 5.000 abitanti, è attenuato: la legge regionale, infatti, può fissarne una diversa decorrenza oppure rimodularne i contenuti (in ogni caso, i Comuni derivanti da fusione che abbiano una popolazione di almeno 3.000 abitanti sono esentati dall'obbligo per la durata di un mandato elettorale).

Dal punto di vista organizzativo, invece, la legge n. 56/2014 adotta alcune misure atte a favorire il passaggio dalla vecchia alla nuova gestione:

- fino all'elezione del nuovo Sindaco e del nuovo Consiglio comu- nale, i Sindaci dei Comuni preesistenti coadiuvano il Commissario nominato per la gestione del Comune derivante da fusione;
- gli incarichi esterni attribuiti ai Consiglieri comunali dei Comuni oggetto di fusione e gli altri incarichi di nomina comunale continua- no fino alla nomina dei successori;
- le risorse destinate ai Comuni preesistenti per le politiche di sviluppo delle risorse umane e per la produttività del personale sono trasferite in un fondo del nuovo Comune avente la medesima destinazione;
- tutti gli atti dei Comuni oggetto di fusione, compresi i rispettivi bi- lanci, restano in vigore fino all'entrata in vigore dei corrispondenti

16. In particolare, a decorrere dall'anno 2018, ai Comuni risultanti da fusione o da fusione per in- corporazione spetta un contributo pari al 60% dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010, nel limite massimo di 2 milioni del contributo per ciascun beneficiario (art. 1, c. 17, lett. b, legge n. 208/2015).

- atti del Commissario o degli organi del nuovo Comune;
- i revisori dei conti decadono al momento dell'istituzione del nuovo Comune;
- fino alla nomina del nuovo organo di revisione contabile, le relative funzioni sono svolte dall'organo di revisione contabile in carica nel Comune più popoloso;
- fino all'approvazione del nuovo statuto e del nuovo regolamento di funzionamento del Consiglio comunale, si applicano le disposizioni dello statuto e del regolamento di funzionamento del Consiglio comunale del preesistente Comune di maggiore dimensione demografica;
- il bilancio di previsione del nuovo Comune deve essere approvato entro 90 giorni dall'istituzione dal nuovo Consiglio comunale, fatta salva l'eventuale proroga disposta con decreto del Ministro dell'Interno;
- ai fini dell'esercizio provvisorio, si prende come riferimento la sommatoria delle risorse stanziare nei bilanci definitivamente approvati dai Comuni estinti nell'anno precedente;
- il nuovo Comune approva il rendiconto di bilancio dei Comuni estinti e subentra negli adempimenti relativi alle certificazioni del Patto di Stabilità e delle dichiarazioni;
- ai fini della determinazione della popolazione legale, la popolazione del nuovo Comune corrisponde alla somma della popolazione dei Comuni estinti;
- l'indicazione della residenza nei documenti dei cittadini e delle imprese resta valida fino alla scadenza, anche se successiva alla data di istituzione del nuovo Comune;
- i codici di avviamento postale dei Comuni preesistenti possono essere conservati nel nuovo Comune.

Infine, per quanto concerne le agevolazioni economiche, la legge n. 56/2014 dispone che:

- il nuovo Comune può utilizzare i margini di indebitamento consentiti anche ad uno solo dei comuni originari, e pure nel caso in cui dall'unificazione dei bilanci non risultino possibili ulteriori spazi di indebitamento;
- l'istituzione del nuovo Comune non priva i territori dei Comuni estinti dei benefici stabiliti in loro favore dall'Unione europea e dalle leggi statali; inoltre, il trasferimento della proprietà dei beni mobili e immobili dai comuni estinti al nuovo comune è esente da oneri fiscali.

A ben vedere, però, vi sono anche altre misure, soprattutto lavoristiche e fiscali, tese ad incentivare i processi di fusione.

Ad esempio, l'art. 1, c. 450, della legge n. 190/2014, così come modificato dall'art. 21 del d.l. n. 50/2017, dispone che ai Comuni istituiti a seguito di fusione non si applicano, nei primi cinque anni dalla fusione, i vincoli e le limitazioni relativi alle facoltà assunzionali e ai rapporti di lavoro a tempo determinato (fermi restando, in ogni caso, il divieto di superamento della somma della media della spesa di personale sostenuta da ciascun ente nel triennio precedente alla fusione e il rispetto del limite di spesa complessivo definito a legislazione vigente nel rispetto degli equilibri di bilancio).

Sullo stesso versante, l'art 1, c. 229, della legge n. 208/2015 autorizza i Comuni istituiti per effetto di fusioni ad assumere personale a tempo indeterminato nel limite del 100% della spesa relativa al personale di ruolo cessato dal servizio nell'anno precedente (fermi restando, in ogni caso, i vincoli generali sulla spesa di personale).

Da ultimo, in ambito fiscale, l'art. 22 del d.l. n. 50/2017 consente ai Comuni derivanti da fusione di mantenere tributi e tariffe differenziati per ciascuno dei territori degli enti preesistenti alla fusione (anche ove non siano istituiti Municipi) per i primi cinque esercizi finanziari del nuovo Comune.

4. La legislazione regionale

Nella Regione Abruzzo le fusioni di Comuni sono disciplinate, per un verso, dagli artt. 25 e ss. della legge regionale n. 44/2007¹⁷, che hanno ad oggetto l'iniziativa legislativa popolare e le modalità di svolgimento del referendum consultivo, e, per altro verso, dall'art. 10 della legge regionale n. 143/1997¹⁸, che regola le fasi del processo di fusione.

Ai sensi dell'art. 78, c. 1, dello Statuto della Regione Abruzzo, l'istituzione di nuovi Comuni mediante fusione di due o più Comuni contigui è approvata con legge regionale, previo svolgimento del referendum consultivo delle popolazioni interessate.

Il referendum consultivo è deliberato dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta dei propri componenti, su proposta della Giunta o di ciascun Consigliere regionale, previa acquisizione del parere del Collegio per le garanzie statutarie, il quale, a maggioranza assoluta dei propri componenti, esprime parere sull'ammissibilità della proposta entro sessanta giorni dalla

17. Legge regionale 19 dicembre 2007, n. 44, recante "Disciplina del referendum abrogativo, consultivo e dell'iniziativa legislativa".

18. Legge regionale 17 dicembre 1997, n. 143, recante "Norme in materia di riordino territoriale dei Comuni: mutamenti delle circoscrizioni, delle denominazioni e delle sedi comunali. Istituzione di nuovi Comuni, Unioni e Fusioni".

data di ricezione.

Nell'esprimere parere sull'ammissibilità della proposta, il Collegio per le garanzie statutarie valuta la legittimità del procedimento deliberativo, del quesito da sottoporre a votazione (e, in particolare, che l'istituzione del nuovo Comune riguardi esclusivamente territori di Comuni contigui) e dell'indicazione relativa agli elettori chiamati alla consultazione.

La deliberazione del Consiglio regionale favorevole allo svolgimento del referendum consultivo è trasmessa al Presidente della Regione e reca indicazione del quesito da sottoporre a votazione e dei territori in cui risiedono gli elettori chiamati alla consultazione.

In seguito alla trasmissione della deliberazione, il Presidente della Regione indice, con proprio decreto, il referendum consultivo, fissando la data della consultazione popolare in una domenica compresa tra il 15 aprile e il 15 giugno, se la deliberazione gli perviene entro il 31 gennaio, e tra il 15 settembre e il 15 novembre, se invece gli perviene entro il 31 luglio.

Il decreto di indizione è pubblicato sul bollettino ufficiale della Regione Abruzzo, notificato al Presidente della Corte d'appello e comunicato ai Sindaci dei Comuni interessati dalla consultazione.

Questi ultimi, almeno trenta giorni prima della data stabilita per la votazione, provvedono a darne notizia agli elettori tramite appositi manifesti.

La proposta soggetta a referendum consultivo è approvata indipendentemente dal numero di elettori che ha partecipato alla votazione (e dunque in assenza di quorum strutturale) e se la risposta affermativa raggiunge la maggioranza dei voti validamente espressi (e cioè a maggioranza semplice).

Se l'esito del referendum è favorevole, il Presidente della Regione ha l'obbligo di proporre al Consiglio regionale, entro sessanta giorni dalla proclamazione dei risultati, un disegno di legge sull'oggetto del quesito referendario, in relazione al quale i Consigli comunali interessati sono chiamati ad emettere un parere; se l'esito del referendum è negativo, invece, il Presidente della Regione ha mera facoltà di proposta (tale esito, infatti, non preclude l'esercizio dell'iniziativa legislativa ai sensi dell'art. 31 dello Statuto della Regione Abruzzo, ossia ad opera di ciascun Consigliere regionale, della Giunta regionale, di almeno cinque Consigli comunali, dei Consigli provinciali, di almeno due Consigli delle Comunità Montane, del Consiglio delle Autonomie locali e degli elettori della Regione in numero non inferiore a cinquemila).

In caso di scadenza naturale o anticipata della legislatura, sono fatti salvi gli effetti del referendum già svolto e il nuovo Presidente della Regione esercita l'iniziativa legislativa suddetta non oltre novanta giorni dalla data di insediamento del nuovo Consiglio regionale.

I progetti di legge concernenti le fusioni di Comuni devono indicare: le eventuali forme di decentramento e di partecipazione dei Comuni di origine; le eventuali articolazioni in Municipi del Comune risultante dalla fusione; le modalità di gestione dei servizi di base; le altre funzioni delegate dal Comune di nuova istituzione.

5. La fusione dei Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore

Quella tra Pescara, Montesilvano e Spoltore è una fusione tra Comuni appartenenti alla medesima Provincia e, in quanto tale, è disciplinata dall'art. 133, c. 2, Cost.

Il referendum consultivo per la fusione si è svolto in data 25 maggio 2014.

In tutti e tre i Comuni ha avuto esito favorevole: a Pescara con una percentuale del 70,32%, a Montesilvano del 52,23% e a Spoltore del 51,15%.

In esecuzione dell'esito referendario, è stata approvata la legge regionale n. 26/2018¹⁹.

Tale legge regionale si proponeva di istituire il Comune di “Nuova Pescara” attraverso la fusione dei tre Comuni sopra citati, specificando che il relativo processo fosse attivato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 10 della legge regionale n. 143/1997, degli artt. 25 e ss. della legge regionale n. 44/2007 e dell'art. 78 dello Statuto della Regione Abruzzo.

Disponeva, inoltre, che il nuovo Comune entrasse in vigore il 1° gennaio 2022²⁰, tuttavia riconosceva ai Consigli comunali di Pescara, Montesilvano e Spoltore la facoltà di differire l'istituzione al 1° gennaio 2024.

La facoltà era esercitabile con deliberazione adottata a maggioranza dei due terzi e i tre Comuni se ne sono avvalsi²¹.

Ad ogni modo, la legge regionale n. 26/2018 prevedeva che, entro e non oltre trenta giorni dalla propria entrata in vigore, fosse costituita, su convocazione del Presidente della Regione e senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio regionale, l'Assemblea costitutiva per la fusione, alla quale erano demandati il coordinamento, lo sviluppo e il monitoraggio del processo in esame.

L'Assemblea costitutiva, composta da tutti i membri dei Consigli dei tre Comuni ed articolata in Commissioni competenti per materia, si è insediata il 19 ottobre 2018²².

19. Legge regionale 24 agosto 2018, n. 26, recante “Disposizioni per l'istituzione del Comune di Nuova Pescara”.

20. Il termine era stato differito al 1° gennaio 2023 con la legge di stabilità regionale 2021.

21. Deliberazione del Consiglio comunale di Pescara n. 132 del 17 ottobre 2022; deliberazione del Consiglio comunale di Montesilvano n. 57 del 28 ottobre 2022; deliberazione del Consiglio comunale di Spoltore n. 63 del 10 novembre 2022.

22. Le convocazioni successive sono state effettuate dall'Ufficio di Presidenza, composto dai Presi-

Sin dall'insediamento, è stata istituita la Commissione per la predisposizione del progetto dello statuto provvisorio del Comune di nuova istituzione, composta dai capigruppo consiliari dei tre Comuni coinvolti.

Per altro versante contiguo, la legge regionale n. 26/2018 consentiva l'attivazione di forme di collaborazione istituzionalizzata, cooperazione, razionalizzazione ed esercizio associato delle funzioni comunali, al fine di agevolare, ottimizzare e implementare l'istituzione del nuovo Comune, di favorire il processo di riorganizzazione e di allineamento dei servizi, delle funzioni e delle strutture dei tre Comuni coinvolti nel processo della fusione, di promuovere la stretta integrazione nelle attività socio-economiche e culturali e di agevolare l'utilizzazione dei servizi²³.

Pertanto, con deliberazione dei rispettivi Consigli, i tre Comuni hanno stabilito di sottoscrivere una convenzione per la costituzione di un "Ufficio della Fusione", deputato al compimento di tutte le attività propedeutiche e necessarie all'esercizio associato delle funzioni comunali²⁴.

In data 3 marzo 2023, i Sindaci di Pescara, Montesilvano e Spoltore hanno sottoscritto tale convenzione, attribuendo al Comune di Pescara il ruolo di capofila.

Più o meno contestualmente, e nell'intento di dare nuovo impulso al progetto di fusione, rallentato dalla crisi pandemica e da fisiologiche conflittualità politiche, la legge regionale n. 26/2018 è stata abrogata dalla legge regionale n. 13/2023²⁵.

Questa legge regionale individua due date differenti per l'istituzione del nuovo Comune (la cui denominazione, tra l'altro, è stata modificata da "Nuova Pescara" a "Pescara").

La prima è quella del 1° gennaio 2027, la seconda 1° gennaio 2024.

Più nel dettaglio, la legge regionale n. 13/2023 statuisce che il nuovo Comune di Pescara è istituito a decorrere dal 1° gennaio 2027 su espressa richie-

denti delle Assemblee dei Consigli comunali dei tre Comuni coinvolti nel processo di fusione e presieduto dal Presidente del Consiglio comunale di Pescara.

23. Le misure in cui si estrinsecano siffatte forme di collaborazione istituzionalizzata, cooperazione, razionalizzazione ed esercizio associato delle funzioni comunali attengono: all'organizzazione del personale e degli uffici; alla creazione di una centrale unica di committenza e di gestione dei contratti; alla standardizzazione e alla unificazione di reti e sistemi informatici; alla progressiva integrazione dei servizi demografici, di polizia locale, di riscossione dei tributi e di patrimonio; all'armonizzazione dei bilanci. I settori che ne sono oggetto sono: pianificazione territoriale e urbanistica; grandi infrastrutture; ciclo dei rifiuti; ciclo idrico; trasporto pubblico locale; approvvigionamento energetico; promozione turistica; gestione delle reti; logistica del commercio; tutela ambientale; servizi e politiche sociali; servizi scolastici.

24. Deliberazione del Consiglio comunale di Pescara n. 14 del 27 febbraio 2023; b) deliberazione del Consiglio comunale di Montesilvano n. 10 del 27 febbraio 2023; deliberazione del Consiglio comunale di Spoltore n. 3 del 23 febbraio 2023.

25. Legge regionale 17 marzo 2023 n. 13, recante "Disposizioni per l'istituzione del nuovo Comune di Pescara".

sta²⁶ di almeno due dei tre Comuni coinvolti nel processo di fusione e qualora il Presidente della Giunta regionale ed il Presidente del Consiglio regionale prendano atto²⁷ che, alla data del 30 settembre 2023, sussistono le tre seguenti condizioni:

- 1) avvenuto completamento, da parte di almeno due dei tre Comuni interessati, degli studi di fattibilità relativi alle attività propedeutiche all'esercizio associato delle funzioni comunali²⁸;
- 2) avvenuta attivazione, da parte di almeno due dei tre Comuni interessati, della gestione unica e dell'esercizio associato di almeno due delle funzioni comunali fondamentali²⁹ e di almeno tre delle ulteriori attività e funzioni indicate *ex lege*³⁰;
- 3) adozione e trasmissione della proposta di statuto provvisorio del nuovo Comune di Pescara da parte dell'Assemblea costitutiva.

Tra l'altro, al fine di agevolare la predisposizione degli studi di fattibilità di cui al punto n. 1) e di consentire l'avvio della gestione unica e dell'esercizio associato delle funzioni comunali di cui al punto n. 2), la legge prevede la concessione di un contributo regionale pari ad € 200.000,00, da erogare ai Comuni in misura proporzionale alla popolazione residente.

Qualora si configurasse l'ipotesi di istituzione del nuovo Comune alla data del 1° gennaio 2027, sarebbe concesso, sempre in misura proporzionale alla popolazione residente, un ulteriore contributo, pari ad € 100.000,00, in favore dei (due o dei tre) Comuni che abbiano soddisfatto le condizioni sopra indicate.

Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui tali condizioni siano soddisfatte, e dun-

26. Formulata mediante deliberazione consiliare.

27. Previo accertamento congiunto da parte del Servizio competente in materia di enti locali e aggregazioni sovracomunali della Giunta regionale e del Servizio legislativo del Consiglio regionale.

28. Tali studi di fattibilità si estrinsecano: nella ricognizione e nell'analisi dell'assetto organizzativo interno dell'ente, con riferimento al personale assegnato, agli uffici, ai settori, alle attività svolte e ai procedimenti amministrativi di competenza del Comune nonché della dotazione informatica e digitale in uso, con riguardo agli applicativi (software), ai sistemi gestionali, alle infrastrutture tecnologiche, alla rete dati, alla fonia, agli archivi documentali; nella ricognizione dei contratti attivi e passivi e delle convenzioni in essere con relative scadenze; nella ricognizione delle partecipazioni in società ed altre forme privatistiche; nella ricognizione, nell'analisi e nella valutazione degli strumenti finanziari di programmazione e per lo svolgimento delle attività legate alla gestione finanziaria e tributaria del nuovo Comune; nella ricognizione dei regolamenti comunali esistenti.

29. Si tratta delle funzioni fondamentali comunali elencate all'art. 14, c. 27, del d.l. n. 78/2010.

30. E cioè: organizzazione degli uffici; predisposizione di un sistema informativo unico e integrato; attivazione dello sportello unico telematico per le attività produttive (SUAP); gestione dei contratti pubblici (anche attraverso la creazione di una centrale unica di committenza); tributi comunali; servizi di progettazione, di programmazione e di accesso ai finanziamenti resi disponibili a valere su programmi europei; promozione turistica; funzioni trasferite o subdelegate dalla Regione ai Comuni, incluse quelle in materia di demanio marittimo; funzioni in materia di energia (pubblica illuminazione, manutenzione degli impianti tecnologici, servizi pubblici di distribuzione del gas).

che la data di istituzione decorra dal 1° gennaio 2027, sarebbero espletati due monitoraggi intermedi, volti rispettivamente ad accertare che, alla data del 31 dicembre 2024 e del 31 dicembre 2025, i Comuni coinvolti nel processo di fusione abbiano attivato, con riferimento a ciascuna fase di monitoraggio, la gestione unica e l'esercizio associato di almeno due ulteriori funzioni comunali fondamentali comunali e di almeno altre tre attività e funzioni ulteriori indicate *ex lege*.

In caso di esito negativo del primo controllo, il Presidente della Giunta regionale, d'intesa con il Presidente del Consiglio regionale, procede alla nomina di un Commissario *ad acta* – al quale è demandata la gestione della restante fase del processo di fusione – ed anticipa al 1° gennaio 2024 la data di istituzione del nuovo Comune.

Se l'esito negativo del primo controllo concerne un unico Comune, il Presidente della Giunta regionale, sempre d'intesa con il Presidente del Consiglio regionale, procede alla nomina di un Commissario *ad acta* per quel solo Comune, ferma restando, in ogni caso, l'istituzione del nuovo Comune al 1° gennaio 2027.

La nomina del Commissario *ad acta* è prevista, inoltre, se il processo di gestione unica e di esercizio associato delle funzioni e delle attività non è portato a compimento entro il termine del 31 luglio 2026 (ferma restando, come agevolmente intuibile, l'istituzione del nuovo Comune al 1° gennaio 2027).

D'altro canto, la legge regionale n. 13/2023 specifica che il nuovo Comune è istituito a decorrere dal 1° gennaio 2024 se, alla data del 30 settembre 2023, non è soddisfatta anche una soltanto delle tre condizioni previste per l'istituzione al 1° gennaio 2027 (anche nella specie, il processo di fusione è demandato ad un Commissario *ad acta*).

Ebbene, dal momento che, alla data del 30 settembre 2023, sono risultate sussistere le tre condizioni suddette³¹, l'istituzione del nuovo Comune è attualmente calendarizzata al 1° gennaio 2027.

Resta inteso, ovviamente, che l'istituzione sarebbe anticipata al 1° gennaio 2024 se, alla data del 31 dicembre 2024, il primo monitoraggio intermedio dovesse dare esito negativo.

A livello generale, la legge in commento ribadisce che il territorio del nuovo Comune è costituito dai territori degli attuali Comuni di Pescara, di

31. In particolare, i tre Comuni: hanno completato gli studi di fattibilità; hanno attivato la gestione unica e l'esercizio associato di almeno due delle funzioni comunali fondamentali e di almeno tre delle ulteriori attività e funzioni indicate *ex lege*; hanno adottato la proposta di statuto provvisorio. Più nel dettaglio, le funzioni oggetto di gestione in forma associata sono: lo sportello unico telematico per le attività produttive; l'attività di pianificazione di Protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi pubblici; i servizi in materia statistica; i servizi di progettazione, di programmazione e di accesso ai finanziamenti resi disponibili a valere su programmi europei.

Montesilvano e di Spoltore e che, in coincidenza di tali territori, può essere disposta l'istituzione di Municipi che salvaguardino le identità delle comunità di origine.

Quanto a composizione e funzioni degli organi del processo di fusione (Assemblea costitutiva, Ufficio di Presidenza, Commissioni competenti per materia, Commissione per la predisposizione del progetto dello statuto provvisorio), le nuove disposizioni finiscono per ricalcare le precedenti.

Una breve parentesi merita di essere aperta sullo statuto, il cui testo provvisorio, così come licenziato dalla Commissione incaricata, è stato adottato dall'Assemblea costitutiva entro il termine del 30 settembre 2023, favorendo il differimento dell'istituzione al 1° gennaio 2027.

Il documento modifica la denominazione del Comune in “Nuova Pescara” e, in aggiunta alle figure del Sindaco, della Giunta comunale e del Consiglio comunale (composto da 32 consiglieri), prevede l'istituzione di quattro Municipi (“Pescara nord”, “Pescara sud”, “Montesilvano” e “Spoltore”), ciascuno dei quali dotato di un proprio Presidente, di una propria Giunta (composta da 4 assessori) e di un proprio Consiglio (quelli di “Pescara nord”, di “Pescara sud” e di “Montesilvano” composti da 24 consiglieri, quello di “Spoltore” da 16).

Tuttavia, una volta trasmesso ai Comuni per l'approvazione, *ex lege* fissata al 31 dicembre 2023, il testo provvisorio è stato approvato soltanto dai Comuni di Montesilvano e di Spoltore.

Pur sollevando interrogativi dal punto di vista politico, la mancata approvazione del Comune di Pescara non incide sulla prosecuzione del processo di fusione, essendo il termine di approvazione meramente ordinatorio.

Difatti, l'art. 1, c. 124, lett. c), della legge n. 56/2014 statuisce che, fino all'approvazione del nuovo statuto, si applicano al Comune derivante da fusione le disposizioni dello statuto dell'estinto Comune di maggiore dimensione demografica (nel caso di specie, per l'appunto, Pescara).

6. Brevi considerazioni conclusive

Il giudizio sulle ragioni della fusione è assolutamente positivo.

Del resto, è impossibile non guardare con favore un accorpamento istituzionale che garantisce visibilità internazionale, rafforzamento politico, semplificazione amministrativa e competitività economica.

Senza considerare, poi, che a livello di geografia fisica e di conformazione urbanistica i territori di Pescara, di Montesilvano e di Spoltore non hanno mai conosciuto confini distinguibili.

Il giudizio sull'*iter* della fusione, invece, non può essere pienamente positivo.

Vero è, infatti, che la crisi pandemica ha comportato un ritardo fisiologico, ma è altresì vero che il processo di fusione, iniziato da oltre dieci anni, è stato sovente rallentato dagli interessi campanilistici della politica locale, tra l'altro in violazione della volontà popolare formatasi con il referendum.

Va detto, in ogni caso, che la legge regionale n. 13/2023 ha dato un forte impulso al processo di fusione, che, ormai da un anno, procede a marce serrate.

Resta sospeso, per ovvie ragioni, il giudizio sugli esiti dell'accorpamento, per il quale si dovrà necessariamente attendere la conclusione del processo di fusione o, quantomeno, l'approvazione dello statuto.

L'auspicio, per chi scrive, è che non si giunga a soluzioni di compromesso, e in particolare alla superfetazione dei Municipi, dei membri che li costituiscono e delle funzioni loro attribuite.

Tali soluzioni, infatti, finirebbero per contraddire la *ratio* stessa della fusione, la quale – giova ribadirlo – è finalizzata alla soppressione dei Comuni (*rectius*, delle istituzioni comunali) preesistenti.

La conservazione delle identità territoriali pregresse, che pure rientra tra gli obiettivi della fusione, non può spingersi sino alla costituzione di organi politico-amministrativi sostanzialmente replicativi dei Comuni di origine, perché darebbe vita a centri di potere locale in grado di delegittimare, o comunque di rallentare, l'operato del nuovo Comune, con costi non indifferenti sul piano politico, economico e sociale.

Certe soluzioni, inoltre, svilirebbero il portato epocale dell'evento, che per presupposti, dimensioni e obiettivi ha suscitato un interesse tale da assicurare a "laboratorio" per le fusioni comunali di tutto il mondo.

Fabio Masci

IV
VITA FORENSE

Dal noto libro di Pietro Calamandrei, “Elogio dei giudici scritto da un avvocato”, miniera dalla quale gli Avvocati non di rado cavano preziose “pepite”; ne pubblichiamo alcuni estratti significativi.

ooo / * \ ooo

La brevità delle difese scritte ed orali (noi avvocati non riusciamo mai ad impararlo!) è forse il mezzo più sicuro per vincer le cause: perché il giudice, non costretto a stancarsi nella lettura di grossi memoriali o nell’assistere sbadigliando a interminabili arringhe, presta attenzione a mente fresca a quel poco che legge od ascolta, non ha bisogno di fare complicati riepiloghi per comprenderlo, e la gratitudine verso il difensore, che ha ridotto al minimo la sua fatica, lo induce a dargli ragione anche se ha torto. La brevità e la chiarezza, quando riescono a stare insieme, sono i mezzi sicuri per corrompere onestamente il giudice.

Di questa verità è dimostrazione un fatterello realmente accaduto, che potrebbe parere un apologo. A un’udienza penale di pretura, tenuta da un avvocato in funzione di vicepretore onorario e già durata parecchie ore, rimaneva da trattare una sola causa, per una contravvenzione di polizia. Era passato da un pezzo il mezzogiorno: il vicepretore aveva fretta di andare a pranzo. La sala d’udienza era vuota: c’era rimasto soltanto l’imputato col suo difensore, e un altro avvocato che faceva da pubblico ministero: tutt’e due amici dal vicepretore.

Allora questi, dal suo banco, avvertì:

- Darò ragione a chi parlerà meno. La parola alla pubblica accusa! —

L’avvocato che faceva da pubblico ministero si alzò per la sua requisitoria: quella contravvenzione comportava una pena massima di tre mesi di arresto. Tese la destra con tre dita alzate, e disse: — Tre! —

E si sedé.

Allora si alzò il difensore. Non disse nulla: fece di no colla testa, si strinse nelle spalle, strizzò un occhio: e si rimise a sedere.

L’imputato fu assolto.

ooo / * \ ooo

La corte di cassazione è istituita per mantenere, come si suol dire, la «uniformità della giurisprudenza»: cioè per garantire che le leggi, quando si applicano ai casi controversi, siano interpretate dai giudici sempre nello stesso modo. Ma questa esigenza della interpretazione uniforme e costante

è più facile ad enunciare in teoria che a rispettarla in pratica: perchè tra i casi che cadono sotto gli occhi del giudice non ce n'è uno che non presenti qualche tratto singolare, tale da farlo distinguere da tutti gli altri: e basta questa diversa sfumatura del fatto (per non parlare del variabile umore dei giudici) a far sì che, messa di fronte ad esso, anche la legge si presenti sotto una fisionomia nuova ed imprevista.

Non c'è dunque da menar scandalo se anche in cassazione, tra due sezioni chiamate a decidere in due diverse cause la stessa questione di diritto, si manifestino ogni tanto diversità di opinioni, e quindi clamorose disformità di giurisprudenza. È accaduto una volta, per una curiosa coincidenza che sembrò un maligno scherzo del destino, che nella stessa mattina due sezioni civili, che tenevano udienza contemporaneamente in due aule limitrofe, fossero chiamate a risolvere, in due diversi ricorsi, la stessa difficile questione sul significato di un certo articolo della legge speciale sui fitti: e la risolvessero, nonostante che i due casi fossero in fatto assolutamente simili, in modo diametralmente opposto.

Il ricorrente che in una delle aule si sentì dar torto, avrebbe avuto ragione (cogli stessi, argomenti) se fosse stato giudicato nell'aula accanto: quando uscì nel corridoio, dove le porte delle due aule si aprono una accanto all'altra, era imbestialito per questa differenza, inesplicabile per un profano; e, naturalmente, se la pigliava col suo avvocato:

— Evidentemente lei ha sbagliato la difesa ...

— No — disse l'avvocato — ho sbagliato la porta.

ooo / * \ ooo

Finché il processo si concepiva come un duello tra litiganti, in cui il magistrato, quale un arbitro in un campo ginnastico, si limitava a segnare i punti e a controllare che fossero osservate le regole del giuoco, pareva naturale che l'avvocatura si riducesse ad essere una gara di acrobatismi, e che il valore dei difensori si giudicasse con criterî, per così dire, sportivi.

Un motto di spirito, che non facesse fare un passo alla verità, ma che colpisse sul vivo qualche difetto del difensore avversario, mandava in visibilio la platea, come oggi, nello stadio, il colpo maestro di un calciatore: e quando l'avvocato si alzava per l'arringa, si volgeva indietro, verso il pubblico, collo stesso gesto del pugile, che, salendo sulla pedana, ostenta la turgidezza dei bicipiti.

Ma oggi, quando ormai tutti sanno che in ogni processo, anche in quelli civili, si esplica non un giuoco atletico, ma la più gelosa ed alta funzione dello

Stato, le schermaglie non si addicono più alle aule giudiziarie. Gli avvocati non sono né giocolieri da circo, né conferenzieri da salotto: la giustizia è una cosa seria.

ooo / * \ ooo

Quando l'avvocato, nel parlare in udienza, ha la sensazione che il giudice abbia un'opinione contraria alla sua, non può affrontarlo direttamente, come potrebbe fare con un contraddittore posto sullo stesso piano. Egli si trova nella difficile situazione di chi, per confutare l'interlocutore, deve prima di tutto blandirlo: di chi, per fargli intendere che ha torto, deve cominciare col dichiarargli che è perfettamente d'accordo con lui.

Da questo disagio deriva, nella classica oratoria forense, il frequente ricorso alla preterizione, figura retorica della ipocrisia: la quale affiora perfino in certe frasi di stile, come quella, abusata e goffa, con cui l'avvocato, quando vuol ricordare ai giudici qualche dottrina, dice untuosamente di volerla «ricordare a sé stesso».

Tipico, come esempio di siffatti espedienti, l'esordio di quel difensore che trovandosi a sostenere una certa tesi giuridica dinanzi a una Corte, che già due volte aveva deciso la stessa questione contraddicendosi, cominciò il suo discorso così:

— La questione che io tratto non ammette che due soluzioni. Cotesta Eccellentissima Corte l'ha già decisa due volte, la prima volta in un senso, la seconda volta nel senso contrario.... — Pausa: poi, con un inchino: — e sempre benissimo! —

ooo / * \ ooo

Senza probità non può aversi giustizia; ma probità vuol dire anche puntualità, che sarebbe una probità spicciola, da spendersi nelle piccole pratiche di ordinaria amministrazione.

Ciò sia detto per l'avvocato, la cui probità si rivela, in forma modesta ma continua, nella precisione con cui ordina i fascicoli, nella compostezza con cui veste la toga, nella chiarezza delle sue scritture, nella parsimonia del suo discorso, nella diligenza con cui mantiene l'impegno di scambiare le compare nel giorno stabilito.

Ciò sia detto, senza offender nessuno, anche per i giudici: la cui probità non consiste soltanto nel non farsi corrompere, ma anche, per esempio, nel non far aspettare per due ore nel corridoio gli avvocati e le parti, convenuti per l'inizio di una prova testimoniale.

ooo / * \ ooo

Advocati nascuntur, indices fiunt: non già nel senso che si possa esser buoni avvocati senza adeguata preparazione, ma nel senso che quelle virtù di combattività e di impetuosità, che più si pregiano nell'avvocatura, sono proprie della gioventù appassionata ed eccessiva, mentre solo il passar degli anni matura quelle qualità di ponderatezza e di saggezza, che costituiscono le migliori doti del giudice. Il giudice è un avvocato rallentato e purificato dall'età: al quale gli anni hanno tolto le illusioni, le esagerazioni, le deformazioni, l'enfasi, e forse anche la impulsiva generosità della giovinezza: il giudice è ciò che resta, quando si son tolte all'avvocato tutte quelle virtù esteriori per cui il volgo lo ammira.

L'avvocato è la bollente e generosa gioventù del giudice: il giudice è la vecchiaia riposata ed ascetica dell'avvocato. Il sistema inglese, nel quale i più alti magistrati sono scelti tra gli avvocati anziani, è la conferma pratica di questo trapasso psicologico.

ooo / * \ ooo

Può darsi che l'ufficio dell'avvocato richieda più ingegno e più fantasia di quello del giudice: trovar gli argomenti, che è fatica dell'avvocato, è tecnicamente più arduo che scegliere, come fa il giudice, tra quelli già trovati dai difensori. Ma quale angoscia di responsabilità morale in questa scelta! L'avvocato, quando ha accettato la difesa di una causa, ha la sua via tracciata: può esser sereno come il soldato in trincea, al quale la feritoia indica da che parte deve tirare. Ma il giudice, prima di decidersi, ha bisogno di una forza di carattere di cui l'avvocato può anche mancare: deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze, e forse le bassezze, dell'uomo; deve saper intimare il silenzio a una voce irrequieta che gli domanda che cosa avrebbe fatto la sua fragilità umana, se egli si fosse trovato nelle stesse condizioni in cui si è trovato il giudicabile; deve esser tanto sicuro del suo dovere, da dimenticare, ogni volta che pronuncia la sentenza, l'ammonimento eterno che gli viene dalla Montagna: Non giudicare.

ooo / * \ ooo

All'avvocato, quando tratta col giudice, non disdice l'umiltà: che non è né viltà né piaggeria di fronte all'uomo, ma reverenza civica all'altezza della funzione.

Talvolta, tra quei magistrati che siedono dinanzi a me, riconosco qualcuno, del quale, come uomo, non ho molta stima. So che qualcuno, come giurista, vale meno di me; so che, mentre mi affatico a spiegargli con chiarezza le ragioni del mio cliente, non riesce a capire ciò che dico, oppure non vuol capire, perché già prima di udirmi ha deciso di darmi torto.

Eppure, quando egli veste la toga, mi inchino a lui con sincero senso di ossequio, perché vedo in lui l'idea della sua funzione: rispetto il giudice non per quello che è, ma per quello che dovrebbe essere.

Ma anche al giudice non sarebbe disdicevole (ma è assai più rara) l'umiltà di fronte all'avvocato: perché questi, anche se come difensore vale poco, rappresenta dinanzi al giudice l'idea altrettanto augusta della difesa.

Ho conosciuto qualche magistrato talmente pieno di sé, talmente convinto della propria smisurata sapienza, da considerare con disprezzo tutti gli avvocati, e come una menomazione della propria dignità il mostrare attenzione a ciò che essi dicono. In certi magistrati il trovarsi sempre seduti su un seggio posto più in alto del banco degli avvocati ha ingenerato, a forza di abitudine, la convinzione di una differenza di livello anche intellettuale; come succede a chi va in automobile, che, anche senza accorgersene, considera i pedoni come gente di una razza inferiore.

ooo / * \ ooo

Confidenza di un giudice alla fine dell'udienza: — Chi ha detto che nelle cause civili la discussione orale non serve a nulla? Prima delle arringhe degli avvocati, ero in dubbio. Ha parlato il difensore dell'attore, e ho capito che il fattore aveva torto; ma poi, per fortuna dell'attore, ha parlato il difensore del convenuto: e allora ho dovuto convincermi che l'attore aveva veramente ragione. — Il cliente non sa che molte volte, dopo una vittoria, dovrebbe andare ad abbracciare commosso non il suo avvocato, ma l'avvocato avversario.

ooo / * \ ooo

Non dico, come ho sentito ripetere, che al giudice sia nociva la troppa intelligenza: dico che il giudice ottimo è quello in cui, sulla cauta cerebralità, prevale la pronta intuizione umana. Il senso della giustizia, per il quale, appresi i fatti, si sente subito da che parte è la ragione, è una virtù innata, che non ha niente a che vedere colla tecnica del diritto: come nella musica, in cui la più grande intelligenza non serve a supplire alla mancanza di orecchio.



Ogni avvocato vive nel suo patrocinio certi momenti, in cui, dimenticando le sottigliezze dei codici, gli artifici della eloquenza, le accortezze del dibattimento, non sente più la toga che ha indosso, non vede più le toghe di cui sono ammantati i giudici: e si rivolge a loro, guardandoli negli occhi da pari a pari, con quelle parole semplici con cui la coscienza dell'uomo si rivolge fraternamente alla coscienza del suo simile per convincerlo della verità. In questi momenti la parola « giustizia » torna ad essere fresca e nuova, come se si dicesse allora per la prima volta: e chi la pronuncia si sente passar nella voce un tremito discreto e supplichevole, come quello che passa nelle parole del credente che prega.

Bastano questi momenti di umile e solenne sincerità umana a riscattare l'avvocatura da tutte le sue miserie.



Di solito gli avvocati lavorano senza risparmiarsi fino all'ultimo respiro: «per arrivare alla morte senza pensarci», mi confessò un vecchio avvocato, al quale ingenuamente avevo domandato perché, dopo tanto lavoro, non si prendesse un po' di riposo.

Ma può anche avvenire qualche volta che un avvocato sia così longevo da sopravvivere alla sua professione. Questa è forse la più spietata tra tutte le sorti che possano toccargli: quello studio rimasto deserto, quei libri che nessuno più sfoglia, e lui seduto immobile dietro quel banco, in attesa dei clienti che non lo cercano più.