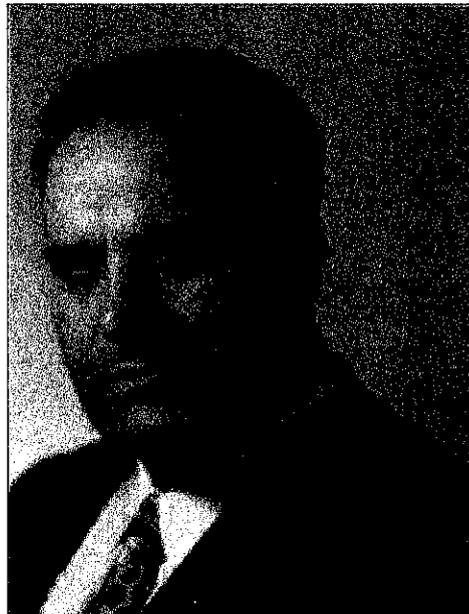


PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



I/2020

ANNO XXXI - N. 1 - GIUGNO 2020

POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. N°46 DEL 27/02/2004) ART. 1 COMMA 1 C/RM/24/2018

PQM

1/2020

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



Domenico Buccini

I/2020

ANNO XXXI — N. 1 — GIUGNO 2020

POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. N°46 DEL 27/02/2004) ART. 1 COMMA 1 C/ RM/24/2018



P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

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

Redattori: CLAUDIO ANGELONE - MARCO AZZARITI - RAFFAELLO CARINCI -
MASSIMO CIRULLI - LUCIO DE BENEDICTIS - GIULIO DE CAROLIS - FEDERICA
DE ROBERTIS - ROBERTO DE ROSA - FRANCO DI TEODORO - DORA DI LORETO
- GIAMPAOLO DI MARCO - MARIA DI TILLO - MICHELE DI TORO - GREGORIO
EQUIZI - PIERA FARINA - FABRIZIO FOGLIETTI - GIUSEPPE GIALLORETO -
FABIANA GIUBITOSO - RODOLFO GIUNGI - MARIA CRISTINA IEZZI - ALDO LA
MORGIA - CARLA LETTERE - GENNARO LETTIERI - SALVATORE MEZZANOTTE -
GIACOMO NICOLUCCI - ANDREA NUCCIARELLI - MICHELE PEZONE - FRANCESCA
RAMICONE - PIETRO REFERZA - ENRICO RAIMONDI - ALESSIO RITUCCI - STEFANO
ROSSI - MARCELLO RUSSO - LUIGI SALCIARINI - MARCO SANVITALE - PIERO
SANVITALE - MARIACARELA SERAFINI - MARIA SICHETTI - MARCO RIARIO
SFORZA - GOFFREDO TATOZZI

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI
Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

DARIO BRUNO — PIETRO CERCEO — MASSIMO CIRULLI — PIERLUIGI DE NARDIS
— FEDERICA DE ROBERTIS — FEDERICA DI BENEDETTO — MARIA DI TILLO —
ENZO FIMIANI — GIUSEPPE MÀLCANGI — FABRIZIO MARINELLI — ALESSIO
RITUCCI — MARCELLO RUSSO — FRANCO SABATINI — LUIGI SALCIARINI —
MARIACARLA SERAFINI — GOFFREDO TATOZZI

Patrocinio del C.O.F.A.
Contributo dei Consigli 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
ISBN: 978-88-255-3637-9

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

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

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

Fotocomposizione e stampa: Gioacchino Onorati editore S.r.l - un.

SOMMARIO

Marcello Russo

Omaggio a Domenico Buccini – L'avvocatura e il suo ruolo nella politica: una figura "poliedrica" di avvocato, amministratore, parlamentare

Pag. 9

Parte I – SAGGI

Fabrizio Marinelli

Vordem Gesetz – Il contadino, il mugnaio e l'avvocato

Pag. 15

Massimo Cirulli

Il processo revocatorio

Pag. 21

In appendice: scambio di corrispondenza tra Massimo Cirulli e Franco Sabatini

Pag. 45

Parte II – GIURISPRUDENZA

Alienazione di beni culturali

Patrimonio degli enti ecclesiastici – Violazioni in materia di alienazione di beni culturali (art. 173 D. Lgs. n. 42/2004) – Elementi costitutivi (*Trib. Chieti, sent. 31/12/2020*)

Pag. 221

Appalti pubblici

Processo amministrativo – Rito Appalti – Notifica a mezzo p.e.c. – Esame dei criteri valutativi discrezionali e vincolati – Regole di cautela e accorgimenti prudenziali – Illegittimità da pericolo astratto – Omessa indicazione dei costi della manodopera – Costi amministrativi – Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (*T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara, sent. 5/5/2020 n. 145, con nota di P. Cerceo*)

Pag. 264

Captazione di conversazioni tra presenti

Captazione di conversazioni tra presenti effettuata da privato di concerto con la P.G. – Natura – Utilizzabilità (*App. di L'Aquila, sent. 3/10/2019, con nota redazionale*)

Pag. 203

Circolazione stradale

Responsabilità civile da circolazione stradale – Incidente mortale – Estinzione del reato per prescrizione – Giudicato penale – Doveri del giudice di appello di pronunciare sulla condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile *ex art. 578 c.p.p.* – Effetto vincolante per il giudice civile in ordine alla “*declaratoria iuris*” di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni.

Responsabilità civile da circolazione stradale – Danno da perdita della vita – Risarcibilità *iure successionis* – Apprezzabile lasso di tempo tra il fatto illecito e la morte della vittima – Necessità

Danno da perdita parentale – Liquidazione – Criteri – Tabelle Milanesi

(*Tribunale di Pescara, sent. 22/11/2018 n. 1692, con nota di F. De Robertis*)

Pag. 90

Codice della strada – Limite di velocità – Accertamento con strumento autovelox – Scarsa visibilità – Illegittimità (*Giudice di pace di Pescara, sent. 24/1/2020, n. 82, con nota di M. Di Tillio*)

Pag. 171

Competenza civile

Ingiunzione (procedimento per) – crediti derivanti da rapporto di collaborazione coordinato e continuativo – competenza per materia giudice del lavoro – emissione decreto giudice ordinario – nullità (*Tribunale di Pescara – sent. 20.2.2020 n. 215, con nota di F. Sabatini*)

Pag. 158

Comunicazioni in genere

Rimozione sul social network *Facebook* di “*post*” di contenuto contrario alle pattuizioni intercorse tra amministrazione del *social network* e utente – Denunciata violazione del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero da parte dell'utente – Sussiste (*Tribunale di Chieti, ord. 29/1/2020, con note di P. De Nardis, e E. Fimiani*)

Pag. 73

Comunione e condominio

Condominio negli edifici – Rendiconto annuale da parte dell'amministratore condominiale – Necessità dell'allegazione della c.d. "situazione patrimoniale" – Sussiste – Deliberazione dell'assemblea che approva un rendiconto privo di situazione patrimoniale – Invalidità (*Tribunale di Pescara, sent. 11/12/2019, n. 1829 e 18/2/2020, n. 207, con nota di L. Salciarini*)

Pag. 165

Condominio negli edifici – Installazione dell'impianto di ascensore da parte di un singolo condomino – Applicazione del criterio della c.d. "solidarietà condominiale" – Contemperamento dei contrapposti interessi – Diniego dell'autorizzazione da parte dell'assemblea – Invalidità – Assenza di pregiudizi rilevabili – Diritto all'installazione – Sussiste (*Tribunale di Teramo, sent. 9/1/2020 n. 8, con nota di L. Salciarini*)

Pag. 176

Contratti bancari

Contratti bancari – Anatocismo – Contratto di c/c – Espressa disciplina delle condizioni economiche praticate – Apertura di credito – Illegittimità degli addebiti – Insussistenza – Rimesse ripristinatorie o solutorie – Onere probatorio circa il limite dell'affidamento – Incombe sull'attore correntista (*Tribunale di Chieti, sent. 17/2/2020, n. 108, con nota di M. Di Tillo*)

Pag. 160

Demanio marittimo

Concessioni demaniali marittime – Richiesta di subingresso – Rapporto tra l'art. 46 del Codice Navigazione e l'art. 18 del Piano Demaniale Comunale – Conflitto tra fonti di diverso rango – Divieto preventivo ed assoluto di cessione dell'attività (*T.A.R. Abruzzo – L'Aquila, sent. 12/2/2020 n. 45*)

Pag. 225

Demanio marittimo – Ordinanza di demolizione di opere abusive – Legittimazione processuale – Attività vincolata della pubblica amministrazione – Avviso di avvio del procedimento (*T.A.R. Abruzzo – L'Aquila, sent. 14/2/2020 n. 67*)

Pag. 231

Famiglia in genere

Ricorso ex art. 710 c.p.c. – Emergenza Sars Covid 2 – Diritto di visita del padre non collocatario residente in altra regione – domicilio del minore nella casa del padre – sussiste (*Trib. Pescara, ord. 22/4/2020, con nota di F. Di Benedetto*)

Pag. 149

Limitazioni circolazione D.p.c.m. 22/03/2020 e D.l. 25/03/2020 – Prevalenza su diritto visita genitori – Sussiste (*Tribunale di Vasto, ord. 2/4/2020, con nota di M. Serafini*)

Pag. 153

Famiglia – Matrimonio – Scioglimento – Divorzio – Obblighi verso l'altro coniuge – Incentivi all'esodo – Natura – Art. 12-bis della L. 898 del 1970 – Applicabilità (*Tribunale di Pescara, ord. 11/11/2019, con nota di F. Sabatini*)

Pag. 143

Frode in processo penale e depistaggio

Frode in processo penale e depistaggio (art. 375 c.p.) – Bene giuridico tutelato – Natura monoffensiva – Costituzione come parte civile del danneggiato dal reato (esclusione) – (*Trib. Pescara G.U.P., ord. 13/12/2019*)

Pag. 209

Imposte e tasse

Tassa sui rifiuti solidi urbani – Tassazione degli specchi d'acqua e delle aree per il rimessaggio barche (*Commissione Tributaria Provinciale di Chieti, sent. 31/12/2019 n. 473, con nota di G. Malcangi*)

Pag. 185

Infortuni sul lavoro

Infortuni sul lavoro – Lesioni colpose – Comportamento del lavoratore – Nesso causale (interruzione) (*Trib. Sulmona, sent. 18/6/2019*)

Pag. 218

Intercettazioni telefoniche

Intercettazioni telefoniche – Separazione del procedimento – Utilizzabilità (*Trib. Chieti G.U.P., ord. 8/1/2020, con nota redazionale*)

Pag. 213

Istruzione pubblica

Istruzione pubblica – Sostegno – Riduzione monte ore – Risarcimento danno – Discriminazione indiretta ex art. 2 L. 67/2006 – Sussiste (Corte di Appello di L'Aquila, sent. 27/11/2019, n. 1976, con nota di M. Di Tillio)

Pag. 60

Corsi di laurea medico-scientifica – Test d'ingresso – Non necessità – Percorso formativo didattico – Corsi di laurea affini – Università italiane e estere – Mobilità studentesca – Meritevolezza all'iscrizione senza riserva – Studente ripetente della stessa Università – Studente proveniente da altro percorso universitario – Non discriminazione – Diritto al trasferimento – Regolamenti di Ateneo – Disapplicazione – Diritto vivente – Adeguamento dei posti alla domanda di trasferimento – Concreta previsione – Iscrizione in sovrannumero (T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara, sent. 25/2/2020, n. 77)

Pag. 259

Notificazione civile

Notificazioni in materia civile – Notificazione a persona giuridica – Consegna dell'atto a persona qualificatasi addetta alla relativa ricezione – Contestazione di tale qualità da parte della destinataria – Querela di falso – Necessità – Esclusione
Controversie individuali di lavoro – Procedimento – Notificazione del ricorso – Nullità non sanata nel giudizio di primo grado – Appello – Dichiarazione di nullità – Rimessione della causa al primo giudice (Corte d'appello di L'Aquila, sent. 17/4/2020, con nota di M. Cirulli)

Pag. 51

Processo amministrativo

Processo amministrativo – Ordine dell'esame delle domande giudiziali – Radicale illegittimità del provvedimento – Ammissibilità impugnativa – Interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica – Interesse effettivo e concreto – Art. 80 D.Lgs. 50/2016 – Grave illecito professionale – Omessa dichiarazione (T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara, sent. 15/1/2020 n. 22)

Pag. 236

Parte III – INTERVENTI E RASSEGNE

Giuseppe Malcangi

Le procedure di allerta e di composizione assistita nella nuova legislazione sulla crisi di impresa

Pag. 293

Parte IV – VITA FORENSE

La “Giustizia” al tempo del Covid-19

Pag. 307

Goffredo Tatozzi

Introduzione

Pag. 307

(a cura della Redazione)

Protocolli, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia civile nel periodo di emergenza epidemiologica

Pag. 311

Protocolli, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia penale nel periodo di emergenza epidemiologica

Pag. 316

Normativa, Protocolli, Protocolli d'intesa, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia amministrativa nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19

Pag. 322

Misure organizzative della Commissione Tributaria Regionale dell'Abruzzo

Pag. 349

In copertina:
Domenico Buccini



L'avvocatura e il suo ruolo nella politica: una figura "poliedrica" di avvocato, amministratore, parlamentare

L'editoriale di Mirella Casiello, Presidente dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura, su Guida al Diritto del 21 novembre 2015, pone il problema della sfida per ridare centralità politica all'Avvocatura. Si è parlato, in occasione della IX Conferenza Nazionale dell'Avvocatura, del ruolo di questa categoria professionale per un nuovo Governo della Giustizia, di un'alleanza

con i cittadini e con le imprese, per rilanciare la nostra economia.

In quale sede e con quali modalità questo possa realizzarsi, è problema meritevole di concreto approfondimento.

Certo l'Avvocatura, per le conoscenze giuridiche e pratiche nelle varie materie oggetto dell'attività di Governo e Parlamentare, potrebbe dare contributi di grande rilevanza.

Senonché non solo l'Avvocatura ma tutte le professioni sono sempre più estranee alle scelte e alle decisioni delle Istituzioni statali. Nella prima Repubblica significativa è stata la presenza di Avvocati ai vertici dello Stato: nella Presidenza della Repubblica, nel Governo, in Parlamento.

Attualmente, come rileva Luigi Tivelli su Italia Oggi del 4 dicembre scorso, la percentuale di laureati in Parlamento è di gran lunga inferiore a quella che c'era nella Costituente (anno 1946). Ancora minore è la presenza di Avvocati.

In l'Abruzzo, durante la "prima Repubblica", gli Avvocati sono stati presenti in modo significativo ai massimi vertici dello Stato. Sen-

za alcun cedimento a tendenze celebrative e agiografiche, si può dire che allora la presenza di Avvocati abruzzesi nel Parlamento e nel Governo della prima Repubblica è stata utile alle Istituzioni, utile all'Abruzzo, priva di "incidenti di percorso" o profitti personali, come si può desumere dalla comparazione delle situazioni patrimoniali, personali e familiari, anteriori, contemporanee e successive ai mandati politici.

Fra gli Avvocati abruzzesi che hanno svolto un ruolo importante nella politica va ricordato Domenico Buccini, impegnato attivamente nella professione e nelle Organizzazioni professionali, parimenti impegnato nella politica locale e nazionale, molto apprezzato ed amato dai concittadini, dai colleghi, dai compagni di lavoro e di politica, dai compagni delle lunghe camminate a Forca Caruso al Mons Imeus, alla Serra delle Gravare, a Forca d'Acero e nelle tante belle montagne della Marsica.

Domenico Buccini costituisce un esempio indimenticabile di Avvocato impegnato nella professione, nella politica e nella società.

Chi lo ha frequentato nelle varie sedi nelle quali operava ha potuto constatare che nelle aule di giustizia sapeva rappresentare in modo efficace le situazioni sociali, ambientali, familiari, economiche che apprendeva e assimilava nell'attività politica svolta con costante contatto con la popolazione.

Il suo modo di comunicare, nelle aule giudiziarie come nella politica, era improntato al buon senso, alla misurata ironia, talvolta alla ferma disapprovazione espressa in toni appropriati. Le leggi le interpretava talvolta avvalendosi dell'esperienza di chi conosce "la fabbrica" e i modi in cui si legifera nella realtà.

Nato a Cocullo nell'anno 1919, Domenico Buccini, è stato Consigliere del Comune di Avezzano dal 1946 fino al 2002 ed ha ricoperto il ruolo di Vice Sindaco per due volte. È stato eletto Sindaco di Cocullo nel 1951. È stato Vice Presidente dell'ARSA, Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Avezzano, Presidente del Consiglio degli Ordini Forensi d'Abruzzo (COFA), componente dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUA).

Nel 1973 Domenico Buccini fu eletto Senatore della Repubblica e si impegnò notevolmente nel lavoro parlamentare con iniziative nelle quali fece valere la sua notevole preparazione giuridica e il suo solido

legame con la società reale di una zona caratteristica come la Marsica: con le sue storie, i suoi drammi, le grandi riforme operate, i tanti problemi irrisolti, il suo orgoglio e le sue inquietudini che la rendono una parte speciale della Regione Abruzzo.

In Abruzzo, Domenico Buccini si impegnò nel Comune di Avezzano ma fu anche Presidente dell'ARSSA, per lo sviluppo dell'agricoltura, fu Presidente dell'Ordine degli Avvocati e Dirigente con incarichi regionali e nazionali nelle istituzioni forensi. Fu impegnato nel Partito Socialista nel quale svolse per anni l'incarico di Segretario Provinciale.

Le molte attività svolte, che gli consentivano una visione ampia e reale dei problemi sociali e giuridici che era chiamato ad affrontare, hanno fatto in modo che Domenico Buccini fosse un Avvocato, un amministratore, un parlamentare "percepito" come solidamente rappresentativo della gente abruzzese.

La sua indole cordiale e pure severa, generosa e pure ironica, conviviale e pure riservata, veniva apprezzato nelle occasioni di frequentazione pubblica e privata, anche nelle lunghe passeggiate in montagna. La montagna, anche in percorsi impegnativi, non veniva affrontata come impegno muscolare e competitivo ma come occasione per ritemperare le energie, parlare dei temi appassionanti della società, della politica e dei suoi "soggetti" sotto il tetto del cielo fuori dagli ambienti intrisi di idee standardizzate e conformismi ossequiosi.

Quando, nel novembre del 2008, all'età di 89 anni, Domenico Buccini ci ha lasciato, tanti avvocati, tante altre persone hanno voluto salutarlo in una cerimonia nella quale si sono sentite parole sincere, che riguardavano un uomo vero, interprete autentico della società che ha rappresentato nelle aule di giustizia e nelle Istituzioni.

La commemorazione ufficiale dell'Avv. Giovagnorio ma anche ciò che si è potuto cogliere dalle parole di tanti presenti, hanno saputo ricordare Domenico Buccini come un uomo apprezzato, non solo per il grande lavoro svolto ma per la traduzione autentica nelle sedi giudiziari, in quelle amministrative e in quelle politiche della realtà sociale, territoriale ed economica.

Colleghi ed amici hanno voluto collocare un busto commemorativo di Domenico Buccini dinanzi al Tribunale di Avezzano, nel-

la centralissima Via Corradini. La non comune scelta testimonia in modo visivo e permanente il rapporto indimenticabile fra Domenico Buccini e la sua Città.

Marcello Russo

I

SAGGI

Vordem Gesetz

Il contadino, il mugnaio e l'avvocato

Franz Kafka pubblica autonomamente nel 1915 il racconto intitolato *VordemGesetz*, in italiano *Davanti alla legge*, che in primo tempo faceva parte del romanzo *Il processo*. La novella, secondo alcuni una parabola (scritta dunque con intenzioni didattiche) narra di un contadino che per comprendere la legge cerca di entrare in un portone, ma il guardiano del portone glielo impedisce, facendogli capire che forse, e solo in futuro, potrà entrarvi. Allora il contadino prima tenta di corromperlo, ma senza successo, quindi si mette ad attendere ed attende pazientemente e lungamente, fino a che non sta per morire. A quel punto chiede al guardiano perché – se tutti desiderano comprendere la legge – nessuno è mai venuto davanti a quel portone per cercare di entrare, e il guardiano gli risponde che quell'ingresso era destinato soltanto a lui, e va a chiudere definitivamente il portone.

Secondo Jacques Derrida, il teorico della decostruzione, che dedica un complesso saggio all'opera di Kafka, il significato profondo del racconto è che la legge non si lascia conoscere, è misteriosa ed opaca ed ogni tentativo di comprenderla, e di comprendere la sua origine, è vano. Ed è vano sia per il singolo individuo (dato che l'ingresso è destinato soltanto al contadino) sia per il senso comune, che non riesce ad affermare il significato di una legge che, probabilmente, non ne ha alcuno. Secondo Giorgio Agamben, filosofo del diritto, nulla impedisce al contadino di entrare nella porta della legge se non il fatto che questa porta è sempre aperta e che la legge non prescrive nulla. Dunque la legge si affermerebbe proprio quando non prescrive più nulla, ovvero quando è ridotta a mera forma della legge.

Perché racconto questa storia, oggettivamente complessa. Perché essa esprime in modo compiuto l'idea che la legge non ha alcun senso, è

ne di determinati valori. Si trattava spesso di prospettive culturalmente orientate, che tendevano ad affermare i principi propri di qualche ideologia, e che dunque privilegiavano il contenuto rispetto alla forma, una forma intesa come sovrastruttura e dunque con una funzione oggettivamente conservatrice.

Ed allora si può dire che nel processo attuale, al di là delle dichiarazioni di principio, che lasciano il tempo che trovano, l'avvocato si trova davanti ad un giudice come il contadino si trova davanti al guardiano della porta. Vuole affermare i diritti del suo cliente ma non riesce a farlo, ovvero non riesce ad entrare nel portone. Il guardiano non gli vieta di entrare, ma lo dissuade dal farlo, gli dice di aspettare, gli accende la speranza assicurandogli che forse un giorno riuscirà ad entrarvi, lo tiene sulle spine con continui rinvii. L'avvocato tentenna, attende, spera, ma in realtà non entra senza nemmeno comprendere il perché. Quindi muore, perché non solo i contadini, ma anche gli avvocati muoiono, ed il guardiano chiude la porta per sempre.

Si potrebbe concludere, dunque, che anche l'avvocato muore senza essere mai entrato veramente nella giustizia, senza averne mai compreso il senso ed il fondamento, che devono restare oscuri e misteriosi. Insomma la giustizia non esiste, e se esiste non è dato a tutti di comprenderla, e meno che mai di ottenerla. È questo quello che voleva dire Kafka con riferimento al contadino, cioè all'uomo comune, e che con il passare del tempo si è esteso anche all'avvocato, che dovrebbe essere un tecnico del diritto e che al contrario non riesce più a comprendere compiutamente qual è il suo ruolo, dove si trova, all'interno di quale procedura si sta incamminando, che strumenti può utilizzare per chiedere ed ottenere giustizia. Una giustizia misteriosa, distante, che sotto una malcelata esigenza di efficienza calpesta i diritti dell'individuo di cui non importa più nulla a nessuno, e che sotto l'utilizzo del formalismo nasconde il più assoluto disinteresse per i problemi che gli vengono sottoposti. Il torto e la ragione si intrecciano indissolubilmente. E se il mugnaio di Sans-souci, oggi, non riporrebbe soverchie speranze nel giudice a Berlino, il contadino di Kafka le ha perse per sempre.

Dedico queste righe alla memoria del collega ed amico Giacomo Nicolucci tragicamente scomparso sul finire del 2019. Ci eravamo visti in maggio ad un convegno sugli usi civici organizzato dall'Università di Urbino, in cui ero relatore, e poi a Lanciano in occasione di una

mia conferenza su Pasquale Liberatore (di cui proprio Giacomo aveva relazionato sull'ultimo numero di PQM), quindi in autunno mi aveva mandato i suoi ultimi lavori, assai ben fatti, sui parchi nazionali e la tutela del paesaggio, chiedendomi se le sue considerazioni sulla difesa della natura avessero un senso. Non ho fatto in tempo a rispondergli, ma desidero fargli sapere – chissà se qualche copia di PQM arriva nel paradiso degli avvocati – che nonostante tutto il diritto (che va ben oltre la legge) un senso ce l'ha, anche se qualche volta è difficile trovarlo.

Fabrizio Marinelli

Il processo revocatorio¹

SOMMARIO: 1. La giurisdizione e la competenza. – 2. La legittimazione attiva. – 3. La legittimazione passiva ed il litisconsorzio necessario. – 4. L'intervento e la successione nel processo. – 5. L'introduzione del giudizio.

1. La giurisdizione e la competenza

La cognizione della domanda revocatoria *ex art. 2901 c.c.* spetta al giudice ordinario, trattandosi di rimedio concesso al creditore a tutela di un diritto soggettivo, salva la giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 73 c.g.c.². Il codice di rito non detta speciali regole di competenza per l'azione revocatoria. Nel silenzio della legge, si ritiene che il valore della causa sia pari a quello del credito, stante la funzione cautelare dell'istituto, non del bene oggetto dell'atto dispositivo³. L'ammontare del credito rileva anche ai fini della liquidazione delle spese processuali⁴.

La competenza in senso orizzontale viene determinata a norma degli artt. 18 ss. c.p.c., con possibile concorso elettivo del foro generale e di quello speciale *ex art. 20 c.p.c.*⁵. Vertendosi in ipotesi di litisconsor-

1. Estratto da M. CIRULLI, *Profili processuali dell'azione revocatoria*, Pisa, 2020.

2. In argomento rinvio a M. CIRULLI, *Questioni processuali sull'azione revocatoria contabile*, *Riv. Corte conti*, 2019, 91 ss.

3. Cass., 13 settembre 2004, n. 18348; Cass., 5 marzo 1988, n. 2307; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7250; Cass., 9 maggio 1981, n. 3076. L'orientamento della giurisprudenza è approvato da F. AULETTA-A. PANZAROLA, *Della competenza per materia e valore. Della competenza per territorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2015, 112 ss.

4. Cass., 9 maggio 2014, n. 10089. Dispone infatti l'art. 5, comma 1, d.m. 10 marzo 2014, n. 55 che, nella liquidazione dei compensi a carico del soccombente, si ha riguardo, nei giudizi per azioni surrogatorie e revocatorie, "all'entità economica della ragione di credito alla cui tutela l'azione è diretta". Tale criterio governa anche la liquidazione dei compensi a carico del cliente, stante il richiamo, contenuto nel successivo comma, al "valore corrispondente all'entità della domanda".

5. La competenza per territorio sulla domanda revocatoria, in quanto "relativa ad una obbligazione da tutelare attraverso la dichiarazione di inefficacia (relativa) del negozio che si

zio necessario passivo, è competente il giudice del luogo in cui uno dei convenuti, debitore o terzo acquirente, ha la residenza od il domicilio. A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 38 e 102 c.p.c.⁶, l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile, tempestivamente sollevata da uno dei convenuti, produce effetto anche nei confronti degli altri⁷.

Sull'operatività del foro speciale dell'obbligazione si può esprimere qualche riserva. L'accertamento del credito non costituisce l'oggetto principale del giudizio revocatorio, bensì questione conosciuta in via meramente incidentale. Il riferimento al *locus destinatae solutionis* è vieppiù incongruo, se si considera che l'azione revocatoria non presuppone l'inadempimento del debitore, essendo esperibile anche dal creditore condizionale od a termine. Il terzo acquirente è peraltro estraneo al rapporto obbligatorio, tanto che la clausola derogatoria della competenza territoriale, contenuta nel contratto dal quale deriva il credito dell'attore, non vincola il terzo e quindi non si estende alla causa revocatoria⁸. L'unico foro applicabile sembra pertanto quello generale di uno dei convenuti. Il vincolo del litisconsorzio passivo attribuisce tuttavia al creditore la facoltà di scelta, ove siano diversi i domicili del debitore e del terzo acquirente.

assume fraudolentemente posto in essere, deve essere determinata in base ai criteri di collegamento alternativamente previsti dagli artt. 18 e 20 c.p.c." (Cass., 6 luglio 1993, n. 7377; Cass., 5 marzo 1988, n. 2307, ove si trae dalla natura personale dell'azione l'ulteriore conseguenza che il valore della causa corrisponde a quello del credito cautelando). In senso conforme v. Cass., 18 giugno 2019, n. 16284, che impone al convenuto in revocatoria l'onere di contestare la competenza del giudice adito con riferimento a tutti i concorrenti criteri previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.; la S.C. ha pertanto confermato la sentenza impugnata, che aveva rigettato l'eccezione in quanto non formulata dal convenuto anche con riferimento al luogo di esecuzione dell'obbligazione per la tutela della quale l'attore aveva esperito la revocatoria, osservando che con tale mezzo "viene dedotta l'obbligazione il cui adempimento si vuole tutelare attraverso la dichiarazione di inefficacia del negozio che si assume fraudolentemente posto in essere. È quindi all'obbligazione da tutelare che deve farsi riferimento, come del resto viene costantemente affermato da questa Corte in tema di competenza per valore".

6. Corte cost., 8 febbraio 2006, n. 41, *Foro it.*, 2006, I, 973, con nota di COSTANTINO; *Corr. giur.*, 2007, 333, con nota di ROSSI; *Giur. it.*, 2006, 1889, con nota di FORTUNATO.

7. Cass., 5 settembre 2006, n. 19055.

8. V., in termini, Cass., 22 febbraio 2000, n. 1962, che considera irrilevante la sussistenza di un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra debitore e terzo, poiché l'art. 33 c.p.c. prevede la deroga agli ordinari criteri di competenza solo con riferimento al foro generale di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c. e non è applicabile in relazione al foro convenzionalmente pattuito.

L'attore può cumulare nel medesimo processo la domanda di condanna (qualora non abbia già esercitato la relativa azione) e quella revocatoria, che tuttavia non sono connesse per accessorietà ex art. 31 c.p.c. Tra pregiudizialità ed accessorietà sussiste infatti "sostanziale identità strutturale"⁹: il fenomeno dell'accessorietà rientra in quello della pregiudizialità/dipendenza¹⁰, che nella specie non sussiste, atteso che l'accertamento del credito con efficacia di giudicato non costituisce condizione o presupposto dell'azione revocatoria¹¹. Il cumulo è pertanto ammissibile a norma dell'art. 104 c.p.c., senza che ne risulti modificata la competenza territoriale per ragioni di connessione, mentre ai fini della determinazione del valore deve osservarsi il disposto dell'art. 10, comma 2, c.p.c.¹². Non sarà invece applicabile l'art. 40 c.p.c., con la conseguenza che il cumulo sarà impedito quando le due cause siano soggette a riti diversi¹³. Se pende il processo di condanna, il successivo giudizio revocatorio non deve essere introdotto davanti al giudice preventivamente adito dal creditore, non sussistendo pregiudizialità tra le due cause¹⁴.

In caso di accoglimento delle domande cumulate, il capo condannatorio è esecutivo fin dal deposito della sentenza di primo grado, mentre quello revocatorio ha natura costitutiva e quindi (salvo che se ne predichi l'immediata efficacia ed eccettuata la pronuncia sulle spese, che non costituisce una condanna accessoria ma un corollario della sentenza¹⁵)

9. R. TISCINI, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 20.

10. R. TISCINI, *Delle modificazioni della competenza*, cit., 44.

11. Cass. Sez. un., 18 maggio 2004, n. 9440, *Foro it.*, 2004, I, 2366.

12. Cass., 14 dicembre 2010, n. 25269.

13. Così, in termini generali, Cass., 10 agosto 2012, n. 14386; Cass., 29 gennaio 2010, n. 2155; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1084; Cass., 25 marzo 2003, n. 4367.

14. Cass., 21 maggio 2015, n. 10512: nella specie, la domanda di condanna del debitore era stata proposta davanti al tribunale di Napoli; successivamente l'attore aveva introdotto il giudizio revocatorio davanti al tribunale di Torino, dichiaratosi incompetente in favore del giudice preventivamente adito; la Cassazione, accogliendo l'istanza di regolamento di competenza proposta dal creditore, ha dichiarato la competenza del tribunale di Torino a conoscere della revocatoria.

15. Corte cost., 16 luglio 2004, n. 232, *Riv. dir. proc.*, con nota di F. DE VITA; *Riv. es. forz.*, 2005, 757, con nota di B. Capponi; *Corr. giur.*, 2005, 1238, con nota di C. PETRILLO. Sul tema v., per maggiori ragguagli, R. TISCINI, *Delle modificazioni della competenza*, cit., 38 ss.

servata ai creditori pecuniari. La sentenza pauliana – non diversamente dal sequestro conservativo – è strumentale alla futura espropriazione forzata, non all'esecuzione in forma specifica. L'azione non è esperibile, pertanto, da parte dell'avente diritto alla restituzione di un bene²¹, coattivamente eseguibile nelle forme previste dagli artt. 602 ss. c.p.c. Il revocante deve essere titolare del diritto ad una somma di denaro, dovutagli originariamente ovvero a titolo di risarcimento del danno sofferto per la lesione di un diritto non avente contenuto pecuniario. E così, ad es., se il conduttore non restituisce la cosa, avendola distrutta, il locatore può chiedere la revoca dell'atto dispositivo (s'intende, di un bene diverso da quello locato) compiuto dall'inadempiente, ma in quanto creditore del risarcimento, non della restituzione; il proprietario che sia stato spossessato può agire in revocatoria contro lo *spoliator* a protezione del suo diritto al risarcimento del danno ecc.

Legittimato è il creditore, non il creditore insoddisfatto. Il nostro ordinamento, al pari di quelli statunitense e francese, non subordina l'esperibilità dell'azione alla previa infruttuosa escussione del debitore (mentre tale regola, di derivazione romano-classica, sopravvive in Spagna, Svizzera e, di fatto, anche in Germania), ma reputa sufficiente che il creditore provi l'insufficienza del residuo patrimonio del debitore, dedotte le passività (*bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno*) a soddisfarlo nell'eventuale sede esecutiva e quindi tenuto conto del prevedibile prezzo di aggiudicazione, notoriamente inferiore al valore venale. Nel nostro ordinamento l'azione revocatoria è strumentale alla futura ed eventuale espropriazione forzata e non rimedia all'incapienza di quella già promossa dal creditore.

Come il sequestro conservativo non richiede l'accertamento del credito, così l'azione revocatoria è concessa al soggetto che si affermi

21. Cass., 10 novembre 2016, n. 22915: "L'azione pauliana non è strutturalmente destinata alla tutela dell'esecuzione in forma specifica di obbligazioni diverse da quelle pecuniarie, avendo la sola funzione di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c., ove la sua consistenza si riduca, per uno o più atti dispositivi, così pregiudicando la realizzazione coattiva del diritto del creditore, ed è pertanto correlata all'eventuale esercizio, al suo esito, dell'azione esecutiva sul bene trasferito, per soddisfare le ragioni pecuniarie del creditore". Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva accolto l'azione revocatoria a tutela del diritto alla restituzione di un bene, su cui il creditore vantava un diritto reale.

creditore e voglia – per l'ipotesi che il debitore non adempia neppure a seguito della notificazione del precetto, previa formazione del titolo esecutivo (dove la strumentalità ipotetica della pronuncia, caratteristica delle misure cautelari) – assicurarsi la fruttuosità del processo esecutivo. L'azione revocatoria non ha per oggetto l'accertamento del credito, ma la conservazione della garanzia patrimoniale, sulla premessa che il credito possa esistere. Il credito, che non sia stato *aliunde* accertato, forma oggetto di cognizione meramente incidentale²², che tuttavia può convertirsi in causa pregiudiziale ex art. 34 c.p.c. ad istanza di parte²³:

22. Cass., 12 luglio 2013, n. 17257, *Contratti*, 2014, 15, con nota di S. PAGLIANTINI; Cass., 10 marzo 2006, n. 5246.

23. Per un precedente v. Cass., 5 agosto 1998, n. 7691: nella specie, il conduttore di un fondo rustico, asserito creditore dell'indennità per i miglioramenti ivi eseguiti, agisce davanti al giudice ordinario affinché sia dichiarata l'inefficacia della vendita dell'immobile, in pregiudizio delle sue ragioni, senza tuttavia chiedere la condanna del concedente al pagamento dell'indennità. I convenuti, nel costituirsi in giudizio, deducono che il credito deve essere oggetto di cognizione da parte della sezione specializzata agraria. Il tribunale accoglie l'eccezione e, nel regolare la competenza, la S.C. conferma la pronuncia, osservando che, con l'eccepire l'incompetenza per materia, i convenuti "chiedono un accertamento incidentale sull'esistenza del credito agrario vantato dall'attore, ai fini dell'ammissibilità e della fondatezza della proposta revocatoria; ed allora deve ragionarsi non ai sensi dell'art. 31 c.p.c. ma dell'art. 34 c.p.c. (...). Si tratta quindi di verificare se, nella specie, la questione pregiudiziale sull'esistenza e l'ammontare del credito di natura agraria si sia trasformata in una causa pregiudiziale. A tal fine, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non basta l'esplicita richiesta di una delle parti, ma è necessario che l'istante abbia un interesse a far valere l'accertamento con efficacia autonoma, anche al di fuori del giudizio in corso (*ex plurimis*, Cass. 17 gennaio 1981, n. 433, e 16 gennaio 1993, n. 530); e, soprattutto, la manifestazione della volontà della parte di ottenere la pronuncia sulla questione pregiudiziale con autorità di giudicato non pretende l'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente che sia deducibile dal comportamento processuale della parte, come quando eccepisca l'incompetenza per materia del giudice adito, trattandosi di eccezione con cui la parte manifesta la precisa volontà di ottenere una pronuncia definitiva con efficacia di giudicato (Cass. 3 luglio 1979, n. 3750, e 21 dicembre 1983, n. 7534). Ora, applicando gli esposti principi giurisprudenziali alla situazione processuale soprariocordata, sembrano sussistere tutti gli estremi perché la questione incidentale relativa al preteso credito agrario venga decisa con autorità di giudicato, in presenza dell'eccezione di incompetenza per materia dei convenuti e non essendo contestabile l'interesse, segnatamente dell'attore, a fare valere l'eventuale riconoscimento del suo credito in altri giudizi, al fine, tra l'altro, di ottenerne il pagamento. Se quanto precede è esatto – e sembra difficilmente contestabile – l'intera controversia deve essere rimessa al giudice competente per materia sulla questione-causa pregiudiziale e, cioè, alla sezione specializzata agraria del tribunale di Bari, conformemente a quanto deciso nell'impugnata sentenza, ancorché con motivazione diversa e non pertinente".

anche del debitore o del terzo acquirente, entrambi interessati all'accertamento, con forza di giudicato, che il credito non esiste, sì da non poter essere cautelato con la dichiarazione di inefficacia dell'atto dispositivo.

Vero è che la sentenza revocatoria integra condizione necessaria, ma non sufficiente, perché il bene acquistato dal terzo sia pignorabile, altresì occorrendo che il creditore si munisca di titolo esecutivo contro il debitore. Tale eventualità potrebbe non verificarsi (stante il rigetto della domanda di condanna), talché il terzo resterebbe in tal caso immune dall'azione espropriativa: e per tale ragione si escludono il possibile conflitto tra giudicato sul credito e giudicato sulla revocatoria nonché la connessa necessità della sospensione necessaria della causa revocatoria fino alla definizione di quella sul credito²⁴. Ma è innegabile che la trascrizione della sentenza che abbia accolto la domanda *ex art. 2901 c.c.* del sedicente creditore costituisca autonoma fonte di pregiudizio a carico del terzo, rendendo il bene di fatto in commerciabile nelle more del giudizio. Non può disconoscersi, quindi, il precipuo interesse del terzo all'accertamento negativo del credito, in funzione del rigetto della domanda di revoca: e lo strumento processuale idoneo allo scopo è rappresentato dalla conversione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale, ad istanza di parte.

Il debitore è del pari interessato alla dichiarazione di inesistenza del credito cautelando, in quanto soggetto, a seguito dell'evizione espropriativa sofferta dal terzo, all'azione di rivalsa da costui proponibile in un successivo processo. È quindi sul debitore che viene a gravare, sia pure mediatamente, la sanzione esecutiva applicata al terzo. Si è ammessa anche una sorta di azione anticipata e condizionata di garanzia del terzo nei confronti del debitore, giudicandosi proponibile, nel giudizio revocatorio, la domanda con la quale l'acquirente chieda di essere tenuto indenne "delle conseguenze pregiudizievoli, non ancora note", della sentenza pauliana e della successiva esecuzione forzata²⁵.

Proposta istanza *ex art. 34 c.p.c.*, se per il credito è competente *ratione materiae* un giudice diverso da quello adito con la revocatoria, l'intera causa va rimessa al giudice *ad quem*. Può trattarsi della sezione specializzata agraria, quando il credito vantato dal revocante derivi ad

24. Cass., Sez. un., 18 maggio 2004, n. 9440, cit.

25. Cass., 7 novembre 2018, n. 28428.

es. dall'esecuzione di miglioramenti²⁶, o della sezione specializzata in materia di impresa, qualora ad es. la revocatoria sia esercitata nei confronti degli amministratori a cautela dell'azione di responsabilità. La conversione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale rende applicabile l'art. 40 c.p.c., con la conseguenza che anche la revocatoria dovrà essere trattata e decisa con il rito del lavoro, se il credito del quale l'attore si afferma titolare (e che il debitore od il terzo chiede sia dichiarato inesistente) derivi da uno dei rapporti previsti dagli artt. 409 e 442 c.p.c.

In conclusione, la relazione di pregiudizialità/dipendenza tra accertamento del credito e revoca dell'atto dispositivo, uscita dalla porta per volere delle Sezioni unite, può rientrare dalla finestra, quando una delle parti chieda che il credito sia reso oggetto di decisione in via principale, anziché di mera cognizione incidentale.

3. La legittimazione passiva ed il litisconsorzio necessario

La legittimazione passiva compete, oltre che al debitore, al terzo acquirente a titolo oneroso, del quale deve accertarsi la *participatio fraudis* o la *conscientia damni*. Anche l'acquirente a titolo gratuito è litisconsorte necessario (benchè, nel conflitto con il creditore che *certat de damno vitando*, il terzo che *certat de lucro captando* sia sempre destinato a soccombere), in quanto destinatario degli effetti costitutivi della sentenza e soggetto alle misure esecutive o cautelari attuabili per iniziativa del creditore.

Si è tuttavia negato che l'acquirente a titolo gratuito debba partecipare al giudizio, nella considerazione che l'art. 2901 c.c. non richiede che il beneficiario senza corrispettivo dell'alienazione fosse a conoscenza del pregiudizio arrecato al creditore, talché trattasi di elemento estraneo alla fattispecie; e poiché "l'estensione del litisconsorzio necessario è proiezione degli elementi costitutivi della fattispecie", il terzo acquirente a titolo gratuito non deve essere evocato in giudizio²⁷.

Va in contrario osservato che la domanda revocatoria va trascritta contro il terzo, non contro il debitore, all'effetto di rendere inopponibili

26. Cass., 5 agosto 1998, n. 7691.

27. Cass., 29 maggio 2018, n. 13388, *Corr. giur.*, 2019, 329, con nota di T. AMMIRABILE; *Giur. it.*, 2019, 773 nota di GALLARATI; *Foro it.*, 2018, I, 3136, con nota di M. LUPOT, in motivazione, § 4.4.

all'attore eventuali e posteriori atti dispositivi compiuti dal contraente immediato del debitore; ed ai fini della trascrizione della domanda giudiziale l'art. 2658, comma 2, c.c. esige la presentazione all'ufficio di copia autentica "del documento che la contiene, completa della relazione di notifica alla controparte", che è quella contro la quale va eseguita la formalità²⁸. Inoltre, la sentenza revocatoria conferisce al creditore il potere processuale di sottoporre il bene del terzo a misure esecutive o cautelari. La decisione ha pertanto effetti diretti nei confronti dell'avente causa dal debitore. Si può quindi concludere per la necessaria partecipazione al giudizio del terzo acquirente, a titolo oneroso o gratuito.

Mentre il subacquirente in corso di causa è successore a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. e subisce gli effetti della sentenza ancorchè sia rimasto estraneo al giudizio, il subacquirente, che abbia iscritto o trascritto il suo titolo anteriormente alla pubblicazione della domanda di revoca, deve essere convenuto in giudizio dal creditore, il quale voglia ottenere la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti anche del secondo atto dispositivo, onde poter procedere *in executivis* in danno del contraente mediato, al quale la sentenza resa a carico del primo acquirente sarebbe altrimenti inopponibile²⁹. L'estensione del contraddittorio nei confronti dell'acquirente e del subacquirente *ante litem* esclude quindi la necessità e l'alea di un secondo giudizio nei confronti del contraente mediato e costituisce perciò un onere per il creditore, funzionale ad una sentenza utile alla successiva attività espropriativa.

Il debitore è litisconsorte necessario passivo, non potendosi accertare se non nel suo contraddittorio la legittimazione dell'attore (integrata dall'esistenza di una ragione di credito), l'elemento soggettivo (nelle forme della *scientia damni* o del *consilium fraudis*), l'*eventus damni* (potendo il terzo ignorare la consistenza del residuo patrimonio dell'alienante, se titolare di beni non iscritti in pubblici registri di valore sufficiente a soddisfare il creditore), mentre la gratuità od onerosità dell'atto rilevano nei soli confronti dell'acquirente. Quindi l'evocazione in giudizio del debitore risponde all'interesse del creditore ad ottenere una sentenza uti-

28. Tanto che Cass., 3 febbraio 1993, n. 1296 ha ritenuto nulla la trascrizione eseguita nei confronti del convenuto contumace al quale non era stata notificata la comparsa d'intervento.

29. Cass., 20 aprile 2012, n. 6278.

le, non potendo la sua domanda essere accolta se non dimostri di essere legittimato (in quanto creditore del debitore) e leso dall'atto compiuto dal debitore con la consapevolezza od addirittura al fine di pregiudicarlo; soltanto indirettamente ha effetto sul rapporto tra debitore e terzo, che può, qualora venga evitto in sede espropriativa, agire in rivalsa contro il suo dante causa, opponendogli il precedente giudicato.

È ancora il criterio dell'utilità della pronuncia per il creditore che giustifica, qualora la società debitrice alienante si sia estinta con cancellazione dal registro delle imprese in data antecedente alla notifica dell'atto di citazione, l'evocazione in giudizio dei soci, i quali succedono alla società estinta e assumono la qualità di legittimati passivi, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti nel corso dell'attività (nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione od illimitatamente); conseguentemente il giudice, ove verifichi l'estinzione di una delle società litisconsorti, è tenuto, in ogni stato e grado del giudizio, a fissare un termine per la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti dei soci³⁰.

Si è però statuito che il creditore revocante, vittorioso in primo grado, non ha un interesse concreto ed attuale a dolersi in appello del vizio di integrità del contraddittorio per la pretermissione del solo debitore alienante, in quanto l'immediata utilità dell'azione *ex art.* 2901 c.c. è comunque assicurata dalla presenza del terzo acquirente, nei cui confronti, in caso di conferma della sentenza favorevole, resterebbe intatta la statuizione di inefficacia dell'acquisto immobiliare³¹. La decisione, che dichiaratamente ritiene la norma sul litisconsorzio necessario recessiva dinanzi al principio di ragionevole durata del processo, è espressione di un discutibile orientamento che si va consolidando nella giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua la violazione dell'art. 102 c.p.c. non è causa di nullità della sentenza, se la parte non indica quali facoltà difensive sarebbero state pregiudicate³².

La necessaria partecipazione al giudizio del debitore è stata esclusa nel giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di inefficacia nei confronti del creditore dell'atto costitutivo d'ipoteca, compiuto dal terzo

30. Cass., 21 maggio 2019, n. 13593.

31. Cass., 20 giugno 2016, n. 895, *Riv. dir. proc.*, 2016, 1724, con nota di A. PERIN.

32. V. da ultimo Cass., 25 luglio 2019, n. 20152, *www.judicium.it.*, 28 agosto 2019, con nota critica di G. SCARSELLI.

datore in favore di altro creditore, giacché il rapporto che ne deriva intercorre esclusivamente tra il creditore ed il datore d'ipoteca ed il debitore ne è parte esclusivamente nell'ipotesi in cui abbia concesso ipoteca su un bene che gli appartiene, mentre vi rimane estraneo nell'ipotesi in cui l'ipoteca sia stata data da un terzo; in quest'ultimo caso, benché il rapporto si richiami all'obbligazione principale e sia stato costituito con riferimento alla sua persona, il debitore non assume la posizione di litisconsorte necessario nel giudizio avente ad oggetto la revoca dell'atto costitutivo d'ipoteca, che dev'essere promosso esclusivamente nei confronti delle parti del rapporto ipotecario, le sole aventi interesse alla conservazione dell'efficacia della garanzia³³. La pronuncia non esamina, tuttavia, la preliminare questione della verifica della legittimazione ad agire del creditore, che deve affermarsi titolare di un diritto di obbligazione nei confronti del debitore, non del terzo datore d'ipoteca, escutibile per debito altrui. A tal fine mi sembra pertanto necessaria, anche nella specie, l'evocazione in giudizio del debitore.

Quando è impugnato il conferimento di beni in società, l'azione revocatoria va proposta nei soli confronti della conferitaria, non anche dei soci, che possono intervenire adesivamente, onde sostenere le ragioni dell'acquirente, stante l'affidamento riposto nel conferimento in natura, soprattutto se riguardi un bene essenziale all'attività sociale la cui eventuale perdita, per effetto dell'azione esecutiva del creditore particolare, ponga a rischio la stessa esistenza della società³⁴.

Oggetto dell'atto dispositivo può essere un bene compreso nella comunione legale tra i coniugi, alienato od acquistato da uno solo in frode ai creditori. Secondo le norme che disciplinano il regime patrimoniale legale della famiglia (costituito, in assenza di diversa convenzione, dalla comunione dei beni: art. 159 c.c.), il bene acquistato in costanza di matrimonio da un coniuge diventa *ipso iure* comune [art. 177, comma 1, lett. a), c.c.]; la legittimazione a compiere gli atti di straordinaria amministrazione (e dunque, *in primis*, quelli dispositivi) dei beni della comunione spetta congiuntamente ad entrambi i coniugi (art. 180 c.c.); tuttavia la cessione del bene comune, immobile o mobile registrato, da parte di un solo coniuge non è nulla, ma annullabile (e

33. Cass., 14 ottobre 2005, n. 19963, *Obbl. e contr.*, 2006, 694, con nota di PETRONE.

34. Cass., 9 febbraio 2016, n.2536.

perciò interinalmente efficace) ad istanza dell'altro entro un anno dalla trascrizione (art. 184 c.c.). Il coniuge del contraente profitta quindi dell'acquisto e subisce l'alienazione, che si consolida dopo un anno se non impugnata³⁵. Ne dovrebbe seguire la necessaria partecipazione di entrambi i coniugi al giudizio di revoca dell'atto, quale che ne fosse l'oggetto: se il bene viene fraudolentemente acquistato da un solo coniuge, cade in comunione e su di esso acquista un diritto anche il consorte non acquirente; se il bene viene fraudolentemente alienato da un solo coniuge, esce dalla comunione ed anche il consorte non alienante perde su di esso un diritto.

Le Sezioni unite hanno invece statuito che "qualora uno dei coniugi, in regime di comunione legale dei beni, abbia da solo acquistato o venduto un bene immobile da ritenersi oggetto della comunione, il coniuge rimasto estraneo alla formazione dell'atto deve ritenere litisconsorte necessario nelle controversie in cui si chieda al giudice una decisione, che incida direttamente ed immediatamente sul diritto, mentre non può ritenersi tale in quelle controversie in cui si chieda una decisione che incida direttamente ed immediatamente sulla validità od efficacia del contratto". Da tale premessa hanno dedotto che, ove l'acquisto compiuto da un solo coniuge sia impugnato con l'azione revocatoria, il coniuge che non abbia partecipato all'atto non è litisconsorte necessario, atteso che l'accoglimento della domanda di revoca proposta dal curatore del disponente fallito (ai sensi degli artt. 66 o 67 l. fall.) "non determina alcun effetto restitutorio né, tantomeno, un effetto traslativo a favore della massa dei creditori, ma comporta la inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa dei creditori, rendendo il bene trasferito assoggettabile all'esecuzione concorsuale, senza peraltro caducare, ad ogni altro effetto, l'atto di alienazione nei confronti dell'acquirente. In sintesi non

35. La comunione legale è senza quote, diversamente da quella di diritto comune; tra i coniugi si costituisce una comproprietà solidale; entrambi i coniugi, pertanto, sono titolari di un diritto sui beni della comunione; il singolo coniuge non è titolare di una quota e, conseguentemente, non può disporre; la mancanza del consenso di uno dei coniugi all'alienazione di un bene immobile (o mobile registrato) in comunione legale non dà luogo ad un acquisto *a non domino* ma ad un acquisto *a domino* in base a titolo viziato. Ne consegue che la prevista annullabilità dell'atto non costituisce deroga al generale principio di inefficacia degli atti di disposizione posti in essere da alienante non legittimato e, dunque, non contrasta con l'art. 3 Cost. (Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311, *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, I, 561, con nota di MARTI; *Giust. civ.*, 1988, I, 2482, con nota di NATUCCI).

è configurabile nel caso di specie³⁶ una ipotesi di litisconsorzio necessario, perché la decisione favorevole dell'azione revocatoria (in cui non si controverte, come giustamente osserva il resistente, sull'acquisto della titolarità del bene, ma piuttosto sulla opponibilità del negozio, in quanto tale, ai creditori) non viene ad incidere direttamente ed immediatamente sulla contitolarità del diritto di proprietà dei coniugi, ma direttamente ed immediatamente sull'efficacia dell'atto³⁷.

Il coniuge non debitore che non abbia partecipato all'atto di *alienazione* di un bene della comunione, del quale non sia cointestatario nel pubblico registro³⁸, non dovrebbe partecipare neppure al giudizio revocatorio promosso da un creditore del consorte. Infatti nel suo contraddittorio non potrebbero essere accertati né il credito (al limitato fine della legittimazione ad agire del revocante), che l'attore vanta nei confronti del coniuge alienante, né l'elemento soggettivo, atteso che la *scientia damni* od il *consilium fraudis* vanno imputati al contraente. L'evocazione in giudizio del coniuge del disponente sembrerebbe pertanto inutile. Però non si può ignorare che se, accolta la domanda revocatoria, l'acquirente subisca l'evizione espropriativa, anche il coniuge non alienante potrà risentirne pregiudizio. L'evitto agirà infatti contro il coniuge venditore, chiedendone la condanna alla restituzione del prezzo ed al risarcimento del danno; di questa obbligazione personale del coniuge i beni della comunione risponderanno in via sussidiaria, nei limiti del valore della sua quota, trattandosi di atto compiuto senza il necessario consenso dell'altro (art. 189 c.c.); i beni comuni saranno espropriati

36. Nel quale il curatore della fallita cooperativa edilizia aveva impugnato con l'azione revocatoria ordinaria l'atto di assegnazione di un alloggio in favore del socio convenuto, coniugato in regime di comunione legale dei beni, senza estendere il contraddittorio alla di lui coniuge.

37. Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, n. 9660, *Riv. dir. proc.*, 2010, 715, con nota di G. FINOCCHIARO; *Corr. merito*, 2009, 633, con nota di G. TRAVAGLINO; *Dir. fall.*, 2009, II, 467, con nota di A. PENTA; *Fam. e Dir.*, 2009, 1099, con nota di F. FAROLFI; *Not.*, 2010, 25, con nota di R. SCOTTI. In senso conforme v. Cass., 20 agosto 2015, n. 17021; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26168; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2082.

38. L'atto di acquisto da parte di un coniuge in regime di comunione legale viene trascritto (esclusivamente, secondo Cass., 28 novembre 1998, n. 12098, *Giust. civ.*, 1999, I, 2373, con nota di FINOCCHIARO) a favore di costui. Nella nota di trascrizione deve essere peraltro indicato il regime patrimoniale dei contraenti (art. 2659, comma 1, n. 1, c.c.). Non è prevista la trascrizione a favore del coniuge dell'acquirente, trattandosi di soggetto che, pur divenendo ipso iure titolare di un diritto sul bene, non acquista la qualità di parte contraente.

per l'intero e, quindi, anche per la quota del coniuge non alienante, cui spetterà metà del ricavato³⁹. È questa, d'altronde, la ragione per la quale il coniuge del promittente venditore deve essere evocato nel giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre⁴⁰.

Non solo il coniuge dell'alienante, ma anche quello dell'acquirente è pregiudicato, ed in maggiore misura, dalla revoca dell'atto. Pur non essendo consapevole del pregiudizio, è destinato a subire l'espropriazione forzata del bene acquistato dal consorte e divenuto *ipso iure* comune. Quand'anche l'acquisto non sia stato trascritto anche a suo nome, la cosa è anche sua e viene assegnata o venduta (passata in giudicato la sentenza di revoca) nella sua interezza. E poiché l'espropriazione forzata non si compie per un debito personale del coniuge acquirente, che viene escusso per il debito del suo dante causa, non opera la limitazione prevista dall'art. 189, comma 2, c.c., che prevede la responsabilità sussidiaria dei beni della comunione fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato. Ne segue che al coniuge non acquirente non spetta la metà del ricavato (al lordo delle spese del processo esecutivo, che gravano esclusivamente sul debito-

39. Cass., Sez. un., 14 marzo 2013, n. 6575, *Foro it.*, 2013, I, 3274, con note di LOMBARDI e ACONE; *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di COSTA; *Riv. es. forz.*, 2014, 563, con nota di G. SANTAGADA; *Riv. dir. proc.*, 2014, 790, con nota di PILLONI. In motivazione, § 6.5 si afferma che "la soggezione ad espropriazione di un bene sul quale ha eguale contitolarità il coniuge non debitore lo configura come soggetto passivo dell'espropriazione in concreto operata, con diritti e doveri identici a quelli del coniuge debitore esecutato: tale sua condizione imporrà la notificazione anche al coniuge non debitore del pignoramento", completo dell'ingiunzione a non disporre del bene. Sul tema v. da ultimo, anche per completi riferimenti, R. TISCINI, *Espropriazione forzata di beni facenti parte della comunione legale per debiti personali di un solo coniuge: lo stato dell'arte*, *Giusto proc. civ.*, 2019, 89 ss.

40. Ove infatti dal contratto preliminare derivino controversie, non può disconoscersi l'interesse del coniuge rimasto estraneo al negozio a partecipare ai relativi giudizi, in quanto, pur se non è rimasto personalmente obbligato e se non è corresponsabile con il coniuge stipulante, unico obbligato, tuttavia l'impegno assunto da quest'ultimo e la responsabilità personale del medesimo sono comunque tali da incidere sul patrimonio comune e sul tenore di vita della famiglia, giacché, ex art. 189 c.c., espongono all'altrui azione esecutiva non solo i beni del promittente ma anche quelli della comunione, essendo, infatti, la richiesta pronunzia ex art. 2932 c.c., o l'alternativa pronunzia risarcitoria quanto meno per responsabilità precontrattuale, destinate ad incidere anche sul diritto del coniuge comproprietario o contitolare non stipulante e sulla consistenza del patrimonio familiare (Cass., Sez. un., 24 agosto 2007, n. 17952, *Corr. giur.*, 2008, 507, con nota di VALIGNANI; *Fam. e dir.*, 2008, 681, con nota di PALADINI).

re) della vendita forzata o, in caso di assegnazione, la metà del valore del bene espropriato⁴¹.

Si ritiene che l'atto di citazione, notificato al debitore, sia idoneo ad interrompere la prescrizione quinquennale dell'azione anche nei confronti del terzo, in quanto litisconsorti necessari⁴². Ma l'effetto estensivo non può essere affermato in applicazione dell'art. 1310, comma 1, c.c., sia perché il termine è a mio avviso di decadenza⁴³, sia perché debitore e terzo non sono obbligati in solido verso il creditore. Piuttosto, l'integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso, benché eseguita a termine scaduto, ha effetto retroattivamente sanante della decadenza, sempre che la domanda sia stata tempestivamente proposta nei confronti di altro litisconsorte⁴⁴.

Se per gli atti di alienazione, traslativa o costitutiva, la necessaria partecipazione al giudizio dell'acquirente, a titolo oneroso o gratuito, è indiscutibile, la giurisprudenza non appare invece del tutto coerente nel qualificare la posizione processuale dei beneficiari degli atti con i quali il debitore, pur conservando la proprietà del bene, vi impone un vincolo di destinazione. Quando è impugnato l'atto costitutivo del fondo patrimoniale, si ritiene che la qualità di litisconsorte necessario spetti anche al coniuge non debitore, benché non proprietario, in quanto beneficiario dei relativi frutti e, quindi, destinatario degli eventuali esiti pregiudizievoli conseguenti all'accoglimento della domanda revocatoria⁴⁵, ma non ai figli: ed invero l'atto non è compiuto a beneficio di costoro, ma per

41. Questa regola si applica, infatti, quando l'esecuzione forzata si compie sul bene comune per il debito personale di uno dei coniugi (Cass., Sez. un., 14 marzo 2013, n. 6575, cit.).

42. Cass., 7 marzo 2017, n. 5618; Cass., 7 novembre 2011, n. 23068; Cass., 26 luglio 2002, n. 11005.

43. Sull'inidoneità dell'atto compiuto nei confronti di un condebitore ad impedire la decadenza anche verso gli altri v. Cass., 29 agosto 2018, n. 21327; Cass., 20 giugno 2008, n. 16945; Cass., 19 giugno 2000, n. 8288, tutte relative al termine previsto dall'art. 1669 c.c. per la denuncia dei vizi. Per l'eccezionale applicabilità dell'art. 1310 c.c., invece, ai termini decadenziali previsti in materia tributaria v. Cass., 1° febbraio 2018, n. 2545, *Foro it.*, 2018, I, 1690 (*contra*: Cass., 13 dicembre 2017, n. 29845, *ivi*).

44. Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, n. 9523, *Giur. it.*, 2011, 1057, con nota di ROMAGNOLI; *Corr. giur.*, 2010, 1329, con nota di RANDO. La sanatoria si verifica anche se l'ordine di integrazione è eseguito dopo la rimessione della causa al primo giudice da parte del giudice d'appello, che abbia rilevato la premissione del litisconsorte (Cass., 15 giugno 2016, n. 12295).

45. Cass., 3 agosto 2017, n. 19330; Cass., 27 gennaio 2012, n. 1242, *Foro it.*, 2012, I, 2784; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21494.

soddisfare i bisogni della famiglia⁴⁶. Invece nella revocatoria del *trust* sono reputati litisconsorti passivi il debitore ed il *trustee* (cui il bene viene trasferito), non anche i beneficiari, ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del *trustee*⁴⁷. Ma secondo altra decisione lo stato soggettivo rilevante, ai fini della revoca dell'atto di conferimento del bene in *trust* (se a titolo oneroso) è quello dei beneficiari, non del *trustee*⁴⁸.

Il beneficiario dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, pur non essendo titolare di un diritto reale, ma di un diritto di credito nei confronti del conferente, avente ad oggetto l'esecuzione in proprio favore del programma destinatorio, è pregiudicato dalla sentenza di revoca. La pronuncia rende inopponibile al creditore il vincolo funzionale imposto dal debitore sul bene, che può essere espropriato come libero. Il vincolatario non è titolare di uno *ius in re*, né quindi deve partecipare al processo esecutivo quale soggetto passivo, diversamente dai titolari dei diritti parziari. Non è neppure previsto che il suo diritto si risolva sul prezzo della vendita forzata, analogamente a quanto dispone l'art. 2812, comma 1, c.c. per l'usufruttuario. Mi sembra innegabile, quindi, che la sentenza pauliana pregiudichi il beneficiario, del quale si rende pertanto necessaria l'evocazione in giudizio, sia a tutela del suo diritto di difesa, sia nell'interesse dell'attore ad una pronuncia utile: se il beneficiario fosse pretermesso, potrebbe infatti proporre opposizione di

46. Cass., 14 febbraio 2018, n. 3641; Cass., 3 agosto 2017, n. 19376; Cass., 15 maggio 2014, n. 10641.

47. Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, *Giur. it.*, 2019, 1833, con nota di G. MUNARI; Cass., 3 agosto 2017, n. 19376, *Dir. pers. fam.*, 2018, 60.

48. "Al fine di qualificare l'onerosità o la gratuità del titolo in base al quale è effettuato un atto dispositivo in *trust* occorre far riferimento al rapporto sussistente tra il disponente e i beneficiari che si evince dalla programmazione di interessi prevista dall'atto istitutivo del medesimo *trust*. Nell'azione revocatoria ordinaria diretta alla declaratoria di inefficacia di un atto dispositivo in *trust*, se questo è effettuato: a) a titolo oneroso, lo stato soggettivo del terzo rilevante, che è elemento costitutivo della fattispecie, non è quello del *trustee* bensì quello dei beneficiari, i quali sono pertanto litisconsorti necessari; b) a titolo gratuito, lo stato soggettivo del terzo non è elemento costitutivo della fattispecie e, pertanto, i beneficiari non sono litisconsorti necessari" (Cass., 29 maggio 2018, n. 13388, cit.). Sul tema v. M.A. LUPOI, *Ancora sul ruolo processuale dei beneficiari in un'azione revocatoria: una questione di "onerosità"*, *Trusts*, 2019, 252 ss.; M. LUPOI, *I trust, i flussi giuridici e le fonti di produzione del diritto*, *Foro it.*, 2018, I, 3147 ss.

terzo all'esecuzione. L'attore deve pertanto proporre la domanda nei confronti del debitore e del terzo, a nome del quale il vincolo di destinazione sia stato trascritto o che, comunque, risulti nominativamente indicato nell'atto trascritto.

4. L'intervento e la successione nel processo

Possono intervenire nella causa revocatoria altri creditori, affinché il negozio impugnato dall'attore sia dichiarato inefficace anche nei loro confronti. L'intervento ha natura adesiva autonoma *ex art. 105, comma 1, c.p.c.*⁴⁹ ed è ammesso fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, ferme le preclusioni istruttorie già maturate a carico delle parti originarie, anche in ordine alle prove precostituite⁵⁰.

Un interesse di segno contrario sorregge, invece, l'intervento adesivo dipendente dei creditori del terzo acquirente. La sentenza revocatoria, mentre giova ai soli creditori (attore ed intervenuti) dell'alienante in favore dei quali sia stata pronunciata, può nuocere a tutti i creditori del terzo revocato (con l'eccezione di quelli che, prima della trascrizione della domanda revocatoria, abbiano iscritto ipoteca giudiziale o volontaria sul bene: ma nel secondo caso occorre valutare la onerosità o gratuità della garanzia e lo stato soggettivo del creditore ipotecario⁵¹). Il bene non viene sottratto alla loro garanzia, restando di proprietà del terzo, ma in sede di riparto essi sono postergati al creditore revocante. I creditori chirografari del terzo sono pertanto controinteressati all'accoglimento della domanda pauliana e possono intervenire per sostenere le ragioni del loro debitore, sempre che deducano e provino l'insufficienza del residuo patrimonio di costui a garantire le loro ragioni. Il creditore ipotecario risente pregiudizio – e può prevenirlo con l'intervento – se la

49. Cass. 7 marzo 2017, n. 5621.

50. Giurisprudenza consolidata: v., da ultimo, Cass. 22 agosto 2018, n. 20882.

51. L'ipoteca giudiziale non è autonomamente revocabile. Per renderla inefficace deve essere impugnata con l'opposizione di terzo revocatoria la sentenza od il decreto ingiuntivo in forza del quale è stata eseguita l'iscrizione, se il provvedimento è effetto di dolo o collusione in danno dei creditori. L'ipoteca volontaria è revocabile se iscritta a garanzia di debito scaduto, essendo in tal caso considerata atto a titolo gratuito, o da creditore in mala fede, a garanzia di debito contestualmente contratto.

garanzia sia stata costituita dal terzo acquirente per un debito scaduto e debba quindi considerarsi atto a titolo gratuito, come tale reso inefficace dalla sentenza revocatoria, ancorché l'ipoteca sia stata iscritta prima della trascrizione della domanda. Poiché non propongono una domanda, ma chiedono il rigetto di quella proposta contro il loro debitore, tali creditori possono esercitare i poteri processuali dell'interventore adesivo, restando loro preclusa l'autonoma impugnazione della sentenza sfavorevole alla parte adiuvata. I creditori del terzo, se non intervenuti, possono impugnare la sentenza con l'opposizione revocatoria, se provano il dolo o la collusione delle parti ai loro danni. I creditori del terzo, in favore dei quali l'ipoteca sul bene sia stata iscritta in corso di causa, sono invece aventi causa *lite pendente* e soggetti agli effetti diretti della sentenza, che possono impugnare autonomamente, benché non siano intervenuti.

Pendente il processo revocatorio possono verificarsi, sia dal lato attivo che da quello passivo, eventi *lato sensu* successivi. Qualora la parte attrice ceda il suo credito nel corso del giudizio, è stato giudicato inammissibile l'intervento in causa del cessionario, atteso che ad essere controverso non è il credito, ma il diritto alla declaratoria di inefficacia dell'atto che si assume pregiudizievole, sicché il cessionario non subentrerebbe automaticamente nel diritto controverso, non applicandosi l'art. 111 c.p.c.⁵². Secondo altra decisione, invece, il socio accomanda-

52. Cass., 12 dicembre 2017, n. 29637. La pronuncia richiama Cass., 4 dicembre 2014, n. 25660, *Fall.*, 2015, 1346, secondo cui nell'azione revocatoria fallimentare, avente ad oggetto un pagamento, il diritto controverso è quello all'inefficacia dell'atto, funzionalmente collegato all'esecuzione collettiva, e non già il diritto di credito, sicché il cessionario del credito non subentra nel diritto controverso, non trovando applicazione l'art. 111 c.p.c.: ma nella specie trattavasi di successione dal lato passivo. L'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. alla revocatoria fallimentare è stata peraltro negata anche nell'ipotesi di successione dal lato attivo. Cass., 22 luglio 2014, n. 16652, *Fall.*, 2015, 894 ha statuito che, qualora nelle more del giudizio inteso alla revoca del contratto di locazione di un immobile questo venga alienato, cessa per il fallimento la possibilità di sottoporre ad esecuzione concorsuale l'immobile libero dalla locazione (realizzando così l'eventuale maggiore prezzo) e viene perciò a mancare l'interesse della procedura rispetto alla dichiarazione di inefficacia del contratto, essendo peraltro possibile, per il fallimento, chiedere in giudizio la condanna del convenuto in revocatoria al pagamento dell'equivalente monetario corrispondente all'eventuale minor valore del bene alienato gravato da locazione. L'aggiudicatario non succede al fallimento nella titolarità dell'azione revocatoria, perché con la vendita forzata si trasferisce anche la locazione dell'immobile espropriato, ma non il diritto di chiedere la dichiarazione di inefficacia del contratto (in tal senso già Cass., 21 giugno 2000, n. 8419, *Fall.*, 2001, 755, con nota di LIMITONE; *Dir. fall.*, 2001, II, 1234, con nota di Rago).

tario della s.a.s. attrice, estinta per cancellazione dal registro delle imprese nel corso del giudizio di primo grado e che sia anche cessionario del credito con atto anteriore all'instaurazione dell'azione revocatoria, è legittimato ad agire (nella specie, intervenendo in secondo grado), in quanto successore della società attrice in revocatoria ordinaria⁵³.

Poiché l'azione revocatoria è un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale concesso al creditore, la cessione del diritto sostanziale, alla cui tutela è funzionale, non può che comportare anche il subingresso nel potere processuale di azione; e, qualora la cessione intervenga in corso di causa, il subentro nella lite revocatoria. Si dovrebbe altrimenti ritenere che, soddisfatto dal debitore o dal terzo acquirente il credito del cessionario, il cedente potesse proseguire il giudizio, stante la completa autonomia del potere revocatorio dal diritto di obbligazione; ovvero che, rigettata la domanda del cedente, ad es., per inesistenza dell'*eventus damni*, il cessionario potesse agire in revocatoria senza essere vincolato al giudicato, non essendo successore *ex art. 111 c.p.c.*; mentre, se l'attore producesse in giudizio l'atto di cessione del credito, il giudice dovrebbe rigettare la domanda, non essendo l'attore titolare del credito, nonostante l'intervento del cessionario, che a tanto non sarebbe legittimato, non essendo successore a titolo particolare.

La successione dal lato passivo si verifica quando il bene, oggetto dell'atto dispositivo impugnato, viene alienato in corso di causa. Il subacquirente è soggetto agli effetti diretti della sentenza, che può im-

53. Cass., 14 marzo 2018, n. 6130. È interessante notare che nella specie il credito era stato ceduto dalla società all'accomandatario prima dell'atto dispositivo; nondimeno, l'azione revocatoria era stata esercitata dalla società; accolta la domanda e proposto appello dai soccombenti, interveniva nel giudizio di secondo grado il socio, essendosi nelle more estinta la società per cancellazione dal registro delle imprese. La S.C. ha osservato che la società, benché non fosse più creditrice quando aveva agito in revocatoria (avendo anteriormente ceduto il credito all'accomandatario), era tuttavia legittimata, essendosi affermata titolare del credito; la legittimazione ad agire prescinde invero dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa e si fonda unicamente sull'allegazione *ex parte actoris* di fatti astrattamente idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore; "sicché, la circostanza che il credito tutelato con l'azione revocatoria ordinaria fosse stato dalla società ceduto prima dell'inizio del giudizio non è tale da far venir meno la sua, originaria, *legitimitas ad causam*, concernendo la titolarità (ed esistenza) del credito un profilo attinente all'effettiva intestazione del rapporto giuridico azionato in capo alla parte attrice, quale requisito della fattispecie legale di cui all'art. 2901 c.c., che il giudice è tenuto a verificare come sussistente al fine di poter accogliere la domanda" (in motivazione, § 2.2).

pugnare con i mezzi propri della parte. La Cassazione è però di diverso avviso, ritenendolo privo della legittimazione a gravarsi avverso la sentenza che abbia accolto la domanda, atteso che egli non assume la qualità di successore a titolo particolare *ex art. 111 c.p.c.*, poiché non ha ricevuto il diritto controverso (come sarebbe avvenuto se gli fosse stato ceduto il contratto di acquisto), ma il bene oggetto dei plurimi negozi avvenuti in successione⁵⁴. Conseguente è la qualificazione dell'intervento del subacquirente come adesivo dipendente, che non conferisce il potere di impugnare autonomamente la sentenza, ove il primo acquirente vi abbia prestato acquiescenza⁵⁵.

5. L'introduzione del giudizio

La revocatoria può essere promossa nelle forme del rito ordinario o del rito sommario di cognizione⁵⁶. Il credito non è accertato con forza di giudicato, talché la causa non è soggetta al rito del lavoro, quand'anche il revocante si affermi creditore in virtù di uno dei rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c. Se però una parte chiede che il credito sia accertato ai sensi dell'art. 34 c.p.c., l'intera controversia dovrà essere trattata e decisa con il rito speciale.

La domanda non è sottoposta al previo tentativo obbligatorio di mediazione, non avendo ad oggetto la costituzione, modificazione od estinzione di un diritto reale, né l'accertamento con autorità di giudicato di un credito (quand'anche derivante da uno dei rapporti obbligatori previsti dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), bensì la

54. V., *ex multis*, Cass., 19 novembre 2014, n. 24655, *Fall.*, 2015, 1347; Cass., 17 novembre 2005, n. 23255, *Fall.*, 2006, 602.

55. Cass., 27 maggio 2011, n. 11858.

56. In tal caso, se si ritiene che il termine quinquennale sia di prescrizione, l'effetto interruttivo è prodotto dalla notificazione al convenuto e non dall'antecedente deposito del ricorso (Cass., 12 settembre 2019, n. 22827). Ad opposta conclusione si perviene ove si qualifichi (come sembra preferibile) il termine di decadenza. Nei processi introdotti con ricorso, l'effetto impeditivo è infatti prodotto dal deposito dell'atto (Cass., 3 aprile 2003, n. 5154, in tema di procedimento possessorio; Cass., 7 maggio 1996, n. 4236, *Foro it.*, 1996, I, 2380, in tema di rito speciale del lavoro). La conclusione è stata estesa al ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, salvo che la legge sostanziale imponga la recettività dell'atto, da avviare a notifica entro il termine di decadenza (A. TEDOLDI, *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 344 ss.).

dichiarazione di inefficacia dell'atto nei confronti del creditore⁵⁷. La sentenza revocatoria non accerta l'invalidità od inefficacia *inter partes* dell'atto dispositivo, né quindi determina la retrocessione al debitore della proprietà (o del diritto reale minore) alienata al terzo, onde non produce effetti reali; il credito è accertato *incidenter tantum* al limitato fine della legittimazione ad agire. Se pure, quindi, il revocante si affermi creditore in virtù di uno dei rapporti obbligatori previsti dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. cit. (in quanto, ad es., locatore o vittima di diffamazione a mezzo stampa), non deve rimuovere la condizione di improcedibilità ivi prevista. Tuttavia, se l'attore cumuli la domanda di condanna e quella revocatoria, poiché la pronuncia sul credito costituisce oggetto principale del processo e del giudicato, potrà rendersi necessario il preventivo invito alla negoziazione assistita, quando sia chiesta la condanna al pagamento di una somma non superiore a 50 mila euro, od il tentativo di mediazione obbligatoria, se il credito derivi da uno dei rapporti previsti dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

I requisiti di forma-contenuto dell'atto introduttivo sono quelli tipici. L'eventuale assenza del previo accertamento del credito, anche in via provvisoria (con sentenza, lodo od ingiunzione impugnati dal debitore), rileva tuttavia ai fini della determinazione della *causa petendi*. L'azione revocatoria, in quanto diretta a conservare la garanzia patrimoniale e non a procurare il soddisfacimento del creditore, non richiede, in tesi generale, il previo accertamento del credito ed anzi neppure l'inadempimento dell'obbligazione, tanto da essere promuovibile in pendenza della condizione o del termine. La legittimazione all'*actio pauliana* compete anche all'affermato titolare di un credito litigioso,

57. App. Milano, 25 maggio 2017, *Fam. e dir.*, 2018, 581, con nota di VIGNUDELLI (nella specie, relativa a dichiarazione di inefficacia di donazione, la corte territoriale ha disatteso il motivo di censura con il quale gli appellanti avevano eccepito l'improcedibilità della domanda, in difetto di previo esperimento del tentativo di mediazione, asseritamente obbligatorio in ragione dell'oggetto della lite); Trib. Pavia, 27 ottobre 2011, www.ilcaso.it e Trib. Varese, 10 giugno 2011, ivi (entrambe in tema di azione revocatoria esercitata da banca creditrice: le decisioni escludono che la mediazione sia obbligatoria, ancorché il credito derivi da contratto bancario e quindi rientri tra le materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, stante l'eccezionalità della norma che, prevedendo un'ipotesi di giurisdizione condizionata, è insuscettibile di interpretazione estensiva od analogica; le pronunce sono approvate da D. DALFINO, *La mediazione civile o commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2016, 249 s.).

stante la funzione *lato sensu* cautelare della revocatoria, né in tal caso sussiste relazione di pregiudizialità-dipendenza tra l'accertamento del credito e la dichiarazione di inefficacia.

Il carattere ancora controverso o controvertibile del credito incide però sull'onere di allegazione gravante sull'attore. Se il credito è già stato, sia pure provvisoriamente, accertato in separato processo o risulta da titolo esecutivo di formazione privata, il revocante può limitarsi a richiamare l'accertamento (ancorché non ancora coperto dall'autorità della cosa giudicata: si pensi al decreto ingiuntivo opposto) o l'atto stragiudiziale. Se il giudizio di condanna è pendente, l'attore deve indicarne gli elementi identificativi, noti al debitore ivi convenuto, ma ignoti al terzo acquirente, ed esporre sommariamente titolo ed oggetto della pretesa. Se quel processo non è stato ancora promosso, nella citazione introduttiva della causa revocatoria l'attore deve indicare *causa petendi* e *petitum* della futura domanda⁵⁸. In difetto, la citazione è nulla per

58. Nel giudizio revocatorio promosso a cautela di una mera ragione di credito l'attore deve identificare il credito oggetto del separato giudizio mediante l'indicazione del fatto costitutivo, sia pure dall'incerto fondamento, non essendo quindi sufficiente la mera enunciazione dell'ammontare del credito ai fini dell'integrazione del requisito di cui all'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c. (Cass. 5 febbraio 2019, n. 3369: nella specie, la revocatoria era promossa dall'agente della riscossione, che si limitava a dichiararsi titolare di un credito di euro 1.010.196,50, senza tuttavia indicarne il fatto costitutivo; il giudice istruttore ordinava l'integrazione della domanda, stante l'omissione della *causa petendi*; l'attore a tanto provvedeva, ma il convenuto eccepiva la prescrizione quinquennale, maturata nelle more; il tribunale accoglieva l'eccezione, con sentenza confermata nei successivi gradi. Ha osservato la S.C. che la produzione, da parte dell'attore, degli estratti di ruolo non era idonea a surrogare il difetto di allegazione, potendo al più assolvere funzione integrativa di un'attività assertiva già sufficientemente specifica). In precedenza la Cassazione aveva statuito che "allorquando le allegazioni di chi agisce in revocatoria impediscano di individuare i fatti costitutivi del credito legittimante o consentano una loro individuazione assolutamente generica, la domanda è affetta da nullità, che il giudice deve rilevare, ordinando il suo rinnovo, se uno dei convenuti litisconsorti necessari non si costituisca, ovvero ordinando la sua integrazione, ove si siano costituiti entrambi, ancorché non abbiano eccepito la nullità" (Cass., 20 maggio 2016, n. 10396, *Foro it.*, 2017, I, 279; in motivazione, § 4.1 si precisa che qualora, come nella specie, la nullità non sia rilevata, né comunque dichiarata, ed il giudice impropriamente rigetti la domanda, anziché disattenderla in rito, il giudicato non preclude l'esperibilità "di una nuova azione revocatoria con cui, identificato il preteso credito anche con fatti che bene essa avrebbe potuto allegare se fosse stata ordinata l'integrazione, essa agisca nuovamente a sua tutela. In pratica il tribunale ha reso nella sostanza quella pronuncia di rito che avrebbe potuto rendere solo se all'esito dell'ordine di integrazione la citazione non fosse stata integrata con l'allegazione dei fatti evidenziatori della pretesa responsabilità"). V. pure Cass., 20 maggio 2016, n. 10396, in motivazione, § 2.1.

vizio della *editio actionis*, sanabile, ma con effetto *ex nunc* (e quindi con salvezza della decadenza dall'azione eventualmente maturata *medio tempore*), qualora l'attore provveda all'integrazione della domanda o alla rinnovazione della citazione (art. 164, commi 4 e 5, c.p.c.). Ad identica conclusione si perverrebbe estendendo il principio, applicabile nell'ipotesi di esercizio dell'azione cautelare *ante causam*, in forza del quale il ricorrente è onerato dell'indicazione degli elementi costitutivi della futura causa di merito⁵⁹: la funzione cautelare (conservativa, non anticipatoria) dell'azione revocatoria comporta invero la necessità che l'attore individui compiutamente il credito cautelando, trattandosi di diritto eterodeterminato.

Massimo Cirulli

59. In argomento v. da ultimo E. VULLO, *Dei procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2017, 24 ss., ove citazioni e, se vuoi, M. CIRULLI, *Contenuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam*, *Giur. merito*, 1994, 1007 ss.

L'Autore dell'articolo che precede lo ha trasmesso con la lettera di accompagnamento che pubblichiamo unitamente a quella di risposta di Franco Sabatini

Caro Avvocato.

Le invio il mio contributo per PQM, contenuto in 66.000 caratteri spazi inclusi (saranno 25 pagine della rivista).

Ho estratto dal mio libro sulla revocatoria, in corso di pubblicazione nella collana Judicium edita da Pacini, qualche pagina relativa alla struttura del processo, che spero risulterà utile soprattutto ai colleghi più giovani.

Nelle note ho richiamato quasi esclusivamente precedenti giurisprudenziali: la dottrina, oramai, non interessa più. Come ha scritto un illustre collega, "quelli che scrivono sono più di quelli che leggono".

Mi scuso per la sistematica ed ingiustificata inserzione delle riunioni del comitato di redazione, ma ho sempre qualche impedimento e, soprattutto, la sera guido con difficoltà perché la vista sta scemando.

Un caro saluto.

Massimo

Caro e stimato Collega,

appartengo alla minoranza di "quelli che leggono", non già alla maggioranza di "quelli che scrivono" testi di diritto; anzi, ad essere più preciso, ad una minoranza della minoranza: leggo non già per scrivere a mia volta, ma per alimentare, con le riflessioni contenute negli altrui scritti, la mia personale aspirazione ad una più distaccata e critica conoscenza del materiale che quotidianamente maneggio ed impasto allo scopo pratico di tutelare le ragioni e gli interessi dei clienti.

Con tale disposizione d'animo (oltreché, ovviamente, per dovere d'ufficio) ho letto il Tuo "Il processo revocatorio". Dico, anzitutto, che si tratta di un testo utile non solo ai "colleghe più giovani", come con modestia affermi, ma a tutti i colleghi, compresi gli anziani nella cui schiera la buona sorte mi ha collocato.

Aggiungo che il Tuo scritto presenta due meriti.

Il primo consiste nella tessitura dei numerosi e sparsi fili delle regole giurisprudenziali in tema di "actio pauliana" in guisa da disporli nella trama di un ordinato discorso.

Del secondo – e maggior – merito dirò a conclusione delle considerazioni che seguono.

Il Tuo contributo, nel testo e nelle note, non cita, se non sporadicamente, la dottrina che, osservi con una vena di rammarico, "oramai non interessa più".

Condivido il Tuo rammarico se esso, come credo, è espressione di nostalgia per una cultura giuridica alta ed autorevole che, però, oramai appartiene al passato.

Già nel 1988, in occasione del celebre convegno veneziano sul "ruolo e le prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo", Giorgio Cian, nell'introdurre i lavori, ebbe ad osservare come a fronte della sopravvenuta complessità del fenomeno giuridico la dottrina avesse oramai assunto un ruolo ancillare rispetto alla giurisprudenza "chiamata a fissare la vera regula iuris, sovente praeter legem, talvolta in certi campi ed in determinati momenti particolarmente cruciali del conflitto sociale, addirittura – almeno è parso – contra legem" sicché "al giudice, alle sue pronunce – si è detto abbastanza di frequente – bisogna guardare come alla fonte del vero diritto, cioè al diritto considerato in termini di effettività".

A distanza di oltre venti anni – ed a fenomeno oramai da tempo consolidato – Giuseppe Maria Berruti, all'epoca Presidente di sezione della Corte di Cassazione, ha pubblicato sul Foro Italiano (2013, V, c. 181 e segg.) un articolo – che costituisce, insieme, un bilancio ed un manifesto – significativamente intitolato "La dottrina delle Corti".

In esso si legge che "la motivazione della decisione ha finito per assumere un carattere ulteriore a quello che conserva di supporto della decisione: il carattere autonomo di dottrina" che, a differenza della accademica, la cui autorità risiede nella capacità persuasiva degli argomenti, "se viene da una Corte Suprema diventa storicamente, politicamente dottrina normativa" e, dunque, una vera e propria fonte del diritto, anzi la fonte primaria del diritto cui, d'autorità, tutte le altre, innumerevoli e concorrenti fonti – compresa la legge – finiscono per risultare subordinate.

Vi è chi dissente, argomentatamente, dalla ricostruzione dello stato dell'arte sommariamente abbozzato (v. il notevole ed interessantissimo saggio di Valerio Speciale, Il declino della legge, l'ascesa del diritto giurisprudenziale ed i limiti dell'interpretazione giudiziale, in PQM I/2018, pagg. 1-61).

Per quel che mi riguarda dichiaro con franchezza di essere sfornito delle risorse intellettuali e delle conoscenze necessarie per prendere posizione in una discussione sulle radici del diritto contemporaneo.

Rilevo però che se il ruolo dei giudici e della giurisprudenza della Suprema Corte fosse quello descritto dal Presidente Berruti (ripeto: storicamente e politicamente di produzione di dottrina normativa) agli studiosi del diritto e del processo civile, sarebbe precluso di "dialogare con la giurisprudenza e di dirigerne il dialogo" (F. Busnelli, in Riv. dir. civ. 2013, pagg. 1527).

Quegli studiosi, invece, azzardo una ipotesi, potrebbero porsi quali "cani da guardia" dei diritti civili e politici dei cittadini sanciti dalla Costituzione della Repubblica, esposti alle insidie di un potere – il giudiziario – che in nome della forza dei fatti, dichiara di concentrare in sé la produzione e l'applicazione del diritto.

E ciò – completo l'ipotesi – passando al setaccio della ragione critica le sentenze della Suprema Corte per separare, alla luce dei principi costituzionali, il diritto dal non diritto, individuare il diritto non applicato, distinguere le decisioni socialmente razionali da quelle irrazionali, propugnare letture alternative della realtà e dei pertinenti dati normativi.

Non più, dunque, teorie generali o grandi affreschi, ma un lavoro analitico di lettura critica delle sentenze.

Questa non è più che un'ipotesi di dottrina nuova.

Di essa, nel Tuo scritto, ho colto alcuni e significativi vagiti.

"Il processo revocatorio" infatti – ed è questo il suo secondo e maggior merito – sottopone a ragionata critica non poche delle regole giurisprudenziali ordinatamente esposte e, al contempo, ne postula una diversa e convincente riscrittura (pagg. 6, 7-8, 10 e 12 del dattiloscritto).

Con rinnovata stima e molti cari saluti,

Franco

II

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

Corte d'appello di L'Aquila – 17 aprile 2020 – Pres. est. Ciangola –
H. c. C.

**Notificazioni in materia civile – Notificazione a persona giuridica
– Consegna dell'atto a persona qualificatasi addetta alla relativa
ricezione – Contestazione di tale qualità da parte della destinataria
– Querela di falso – Necessità – Esclusione**

**Controversie individuali di lavoro – Procedimento – Notificazione
del ricorso – Nullità non sanata nel giudizio di primo grado – Appello
– Dichiarazione di nullità – Rimessione della causa al primo giudice**

È nulla la notificazione di un atto processuale (nella specie, ricorso introduttivo di controversia individuale in materia di lavoro) eseguita, presso la sede della società destinataria, a persona qualificatasi addetta alla ricezione degli atti, ma che non sia tale; per contestare tale qualità la parte non ha l'onere di proporre querela di falso contro la relativa di notifica, potendo provare con ogni mezzo l'inesistente relazione con il consegnatario.

Dichiarata la nullità, non sanata, della notificazione dell'atto introduttivo del processo di primo grado, il giudice d'appello deve rimettere la causa al primo giudice. (1)

(omissis)

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

La società *(omissis)* srl ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe che l'ha condannata a corrispondere la somma di euro 122.713,39 in favore di *(omissis)* a titolo di differenze retributive relative sia al periodo dal 1.03.2005 al 31.05.2008 “in nero” sia al periodo successivo fino al 31.03.2017.

Ha censurato detta sentenza per nullità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, stante che questo era stato notificato a mezzo posta in data 26 giugno 2017 all'indirizzo di *(omissis)* sede legale della società – con consegna a *(omissis)* qualificata come “addetto alla rice-

zione degli atti” mentre quest’ultima – madre di (*omissis*), residente in (*omissis*), alla via (*omissis*), coincidente con la sede effettiva della società, deceduto il 14.06.2016 – non aveva alcun collegamento giuridico con la società non rivestendo alcun ruolo nella (*omissis*) srl essendo solo residente alla via (*omissis*) nello stesso stabile in cui aveva all’epoca la sede legale la (*omissis*) srl, il cui amministratore (*omissis*) nominato il 17.07.2016 aveva, poi, in data 2 gennaio 2018 trasferito formalmente la sede della società a (*omissis*), in via (*omissis*) che coincideva anche con la già residenza di (*omissis*).

Evidenziato come il (*omissis*) fosse a conoscenza sia della morte violenta di (*omissis*) per essere stato sentito a sommarie informazioni dai carabinieri di (*omissis*) l’8.07.2016 sia della sede effettiva della società in (*omissis*) alla via (*omissis*) dove si erano sempre svolte le attività amministrative e di direzione della società nonché tutte le riunioni e dove lavoravano i dipendenti, tanto che anche l’integrazione del suo contratto di assunzione era stata sottoscritta nella sede di (*omissis*) il 14.12.2014, indicata come tale anche nella lettera del suo legale in data 18.03.2017; come anche il difensore del medesimo, avv. (*omissis*), fosse consapevole sia della morte del (*omissis*) di cui era un affine sia della sede effettiva della società in (*omissis*) dove aveva indirizzato una richiesta di pagamento degli onorari in data 29.11.2016, ha concluso per la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell’art. 354, comma 1, cpc, per nullità della notifica del ricorso introduttivo – ex art. 156-160 cpc – eseguita in mala fede, perché il notificante non poteva limitarsi a notificare alla sede legale ben conoscendo quella effettiva.

Ha resistito il (*omissis*), il quale ha rivendicato la regolarità della notifica del ricorso introduttivo effettuata a mezzo del servizio postale alla società (*omissis*) srl presso la sede legale in (*omissis*) alla via (*omissis*) risultante dal certificato della CCIAA di (*omissis*) (prima del trasferimento della sede in (*omissis*) avvenuto solo in data 15.12.2017) mediante consegna a (*omissis*) quale “addetto alla ric. degli atti” del plico raccomandato e, comunque, la necessità per l’appellante di impugnare con querela di falso l’attestazione del postino che aveva curato la consegna circa l’identificazione del soggetto che aveva ricevuto l’atto.

Evidenziata l’irrelevanza delle argomentazioni riferite alla conoscenza della sede operativa stante il principio di equiparazione che si ricava dall’art. 46 cod. civ. tra la sede legale e la sede effettiva e

come la contestazione della qualità di “incaricato” della (*omissis*) fosse strumentale per avere quest’ultima sempre ricevuto la corrispondenza diretta alla società pur “senza obbligo giuridico” fin dalla nomina del (*omissis*) fino al trasferimento della sede legale in (*omissis*) come da copia della corrispondenza che produceva, ha concluso per la reiezione dell’appello e la conferma della sentenza impugnata, con vittoria delle spese da distrarsi in favore del procuratore antistatario, nonché con condanna dell’appellante al risarcimento del danno *ex art. 95 cpc*.

L’appello è fondato e merita accoglimento.

Se è vero che l’art. 145 cpc, individua nella sede della società il luogo ove deve essere eseguita la notifica e che essa è, in genere, la sede legale, e che l’art. 46 cpc, laddove vi sia una sede effettiva (e non una mera filiale), diversa da quella legale, abilita i terzi a considerare quest’ultima come sede della persona giuridica e, quindi, a ritenere valida la notifica eseguita alla sede effettiva di una società avente personalità giuridica, anziché alla sede legale, ciò non toglie che, nella fattispecie, ricorra la denunciata nullità della notificazione del ricorso introduttivo per essere la stessa avvenuta a mani di persona di cui è stata contestata la qualifica di incaricata della ricezione degli atti indirizzati dalla società (risultante dalla sottoscrizione dell’avviso di ricevimento non già come soggetto “al servizio del destinatario addetto alla ricezione delle notificazioni” come prevista dal modulo, bensì come “addetto alla casa” qualità questa modificata a mani del portatore lettere in quella di “addetto alla ricezione degli atti” nel modulo indicato come “il segretario, dipendente” – cfr. doc. n. 17).

Sul punto, anzitutto, deve evidenziarsi che dalla molteplice corrispondenza prodotta da parte appellata indirizzata alla società appellante presso la sede legale di (*omissis*) va (*omissis*) (assertivamente riferita alla corrispondenza diretta alla società anche dopo la nomina del (*omissis*) a legale rappresentate della società e fino al trasferimento della sede legale in (*omissis*)) risulta sempre mancante la cartolina di ricevimento necessaria per individuare il soggetto (e la qualità dello stesso) cui è stata consegnata, sicché la stessa non si rileva affatto utile ai fini della prova di quanto affermato da parte appellata, ovvero, circa il fatto che tutta l’anzidetta “innumerevole posta che veniva recapitata presso la sede legate (era) ricevuta, ovviamente, dalla sig.ra (*omissis*)”, persona di cui pure ammette che non era “mai stata dipendente” della società (cfr. pag. 7 della” memoria difensiva nel giudizio di appello).

In ogni caso, anche a ritenere che la (*omissis*), residente in (*omissis*) alla via (*omissis*) (unitamente alla figlia (*omissis*) ed al marito di quest'ultima) sia stata incarica dal figlio (*omissis*) della ricezione degli atti diretti alla società appellante della quale era legale rappresentante, avente sede nello stesso stabile (di (*omissis*) va (*omissis*)) pur non avendo pacificamente la stessa mai rivestito alcun ruolo nella società (*omissis*) srl (cfr. visura camerale storica e libro unico del lavoro, docc. nn. 18 e-19) deve escludersi che l'anzidetta "qualità" la (*omissis*) abbia conservato una volta che il figlio è deceduto per essere rimasto vittima di omicidio in strada in data 14.06.2016 e, quindi, allorché è stato notificato alla società (*omissis*) srl il ricorso introduttivo di interesse, in data 26.06.2017, stante la intervenuta nomina di (*omissis*) quale legale rappresentante della società fin dal 17.06.2016.

Deve escludersi, poi, che per la contestazione della notifica di cui si tratta fosse necessaria la previa proposizione della querela di falso.

È noto, infatti, che la relata di notifica costituisce un atto pubblico, in quanto proviene da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e che le attestazioni di essa, inerenti alle attività che l'ufficiale giudiziario certifica di avere eseguito, le dichiarazioni da lui ricevute (limitatamente al loro contenuto estrinseco ed indipendentemente dalla loro veridicità sostanziale) ed i fatti avvenuti in sua presenza, risultanti dall'atto da lui compilato, con le richieste modalità, nel luogo in cui è formato e che trovano riscontro nella relazione prevista dall'art. 148 c.p. c., sono assistite da fede pubblica privilegiata, ex art. 2700 c. c. per contrastare la quale l'unico strumento è la querela di falso, anche se l'immutazione del vero non sia ascrivibile a dolo, ma soltanto ad imperizia, leggerezza o a negligenza dell'ufficiale giudiziario (cfr. Cassaz. n. 5040/1987; n. 5305/1999; n. 8032/2004; n. 9793/2015).

È noto, altresì, che anche nel caso delle notifiche a mezzo del servizio postale, vale la regola generale secondo cui le attestazioni inerenti le attività direttamente svolte dall'agente postale, la constatazione di fatti avvenuti in sua presenza e il ricevimento delle dichiarazioni rese gli fanno piena prova fino a querela di falso, limitatamente al loro contenuto estrinseco (cfr. Cassaz. n. 9548/2011, n. 19869/2012; n. 20520/2013).

Di conseguenza, le enunciazioni relative ai rapporti tra quest'ultimo e la persona cui l'atto è destinato, o circa la verità intrinseca delle dichiarazioni ricevute dall'ufficiale giudiziario e/o dall'agente po-

stale notificante, fanno fede fino a prova contraria, sicché in relazione a queste la parte interessata può fornire la prova della loro intrinseca inesattezza con tutti i mezzi consentiti, senza dover ricorrere alla querela di falso (cfr. Cassaz. n. 13216/2007; n. 13510/2009, 21817/2012 e 18492/2013).

Su tratta, infatti, di attestazioni frutto di indicazioni fornite da altri o informazioni assunte che non forniscono la prova della veridicità sostanziale delle dichiarazioni rese dal destinatario e consegnatario dell'atto notificato e, per tale ragione, la parte interessata potrà fornire con ogni mezzo prova ad esse contraria, senza dover proporre querela di falso (cfr. Cassaz. n. 9793/2015).

Nel caso in esame la presunzione che la consegnataria fosse incaricata della ricezione degli atti diretti alla società destinataria della notifica alla data del 26.06.2016 é stata vinta con la prova, da parte di quest'ultima, del fatto che la consegnataria non era addetta nei medesimi locali ad alcun incarico per canto o nell'interesse della destinataria, essendo all'epoca venuta meno finanche quella situazione di comunanza di rapporti tra la consegnataria ed il precedente legale rappresentante della società che poteva far presumere che la prima avrebbe portato a conoscenza del secondo l'atto ricevuto.

Ne consegue che – come già enunciate – l'appello deve essere accolto con dichiarazione di nullità della sentenza impugnata e rimessione della causa davanti al primo giudice.

(omissis)

NOTA (1): NULLITÀ DELLA NOTIFICAZIONE DEL RICORSO E RIMESSIONE DELLA CAUSA AL PRIMO GIUDICE

Tizio ricorre al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, chiedendo la condanna della società Alfa al pagamento delle vantate differenze retributive. La notificazione di copia del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza viene eseguita dall'ufficiale giudiziaria presso la sede legale della società, a mani di persona qualificatasi addetta alla ricezione degli atti. La società, rimasta contumace, viene condannata. Impugna la sentenza, eccependo la nullità della notificazione – sulla dimostrata premessa che la consegnataria non aveva alcun rapporto con la destinataria – e chiedendo che, previo annullamento della deci-

sione, sia disposta la rimessione della causa al primo giudice. La Corte d'appello provvede in conformità, osservando come risulti documentalmente provato che la consegnataria non era dipendente della società ed escludendo altresì che l'appellante avesse l'onere di impugnare di falso la relata di notifica.

La decisione è corretta.

Tra i casi, tassativamente enumerati dagli artt. 353 e 354 c.p.c., nei quali la pronuncia del giudice d'appello assume contenuto meramente rescindente, anziché sostitutivo della decisione impugnata, rientra la fattispecie della dichiarata nullità, in sede di gravame, della "notificazione della citazione introduttiva", s'intende a convenuto rimasto contumace (se si fosse costituito in giudizio, avrebbe sanato retroattivamente il vizio, salva l'eventuale rimessione in termini: v. infra). La norma patisce un difetto di coordinamento con la legge 11 agosto 1973, n. 533, che ha modificato la disciplina delle controversie individuali di lavoro. Secondo il testo originario del codice di rito, infatti, anche tali cause venivano introdotte con citazione (prima ad udienza da fissarsi, poi, dopo la riforma del 1950, ad udienza fissa), se di competenza del tribunale, ovvero verbalmente, se di competenza del pretore (art. 437 c.p.c.). Sostituito il ricorso alla citazione, l'art. 354, comma 1, c.p.c. necessita di un'esegesi correttiva, nel senso di imporre la rimessione della causa al primo giudice quando sia dichiarata la nullità della notificazione dell'atto introduttivo del processo, quale che ne sia la forma. Non si dubita, in definitiva, dell'applicabilità della disposizione anche al rito del lavoro, con la conseguenza che, qualora il giudice d'appello ometta di rilevare la fattispecie invalidante, la sentenza va cassata con rinvio al giudice di primo grado.

L'istituto della rimessione al primo giudice è di dubbia compatibilità con il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), specie quando sia integrata l'ipotesi della nullità della notificazione della citazione o, come nella specie, del ricorso. Il diverso regime dettato dagli artt. 294 e 354 c.p.c., qualora il convenuto sia rimasto contumace, è caratterizzato da eccessivo rigore nel primo caso e da eccessivo lassismo nel secondo caso. Il convenuto, che si costituisca nel giudizio di primo grado nonostante la nullità della notifica, ne sana i vizi con effetto retroattivo; qualora la costituzione sia tardiva, è rimesso nel termine per proporre le eccezioni ed istanze dalle quali

sia decaduto soltanto se prova che la nullità gli ha impedito di avere conoscenza del processo. Se invece resta contumace e viene condannato, può impugnare la sentenza ed ottenerne l'annullamento all'unica condizione che il giudice d'appello dichiari la nullità della notifica. Questo diverso trattamento del vizio premia condotte dilatorie: soltanto un contumace non avveduto si costituisce tardivamente nel giudizio di primo grado, assumendosi il rischio di non essere restituito nel termine, qualora non dimostri che la nullità gli abbia impedito di avere conoscenza del processo. Peraltro, la rimessione può condurre, se il processo non sia tempestivamente riassunto, all'estinzione dell'intero giudizio (la sentenza di primo grado non può passare in giudicato, in quanto dichiarata nulla), con conseguenze irreparabili qualora l'azione sia sottoposta ad un termine di decadenza (ad es., impugnativa del licenziamento): l'estinzione rende inefficace, infatti, l'effetto impeditivo prodotto dalla domanda giudiziale.

L'art. 354 c.p.c. necessiterebbe, pertanto, di un intervento legislativo, onde ricondurlo al sistema e, soprattutto, conformarlo al principio di ragionevole durata del processo (ma potrebbe, all'opposto, dubitarsi della legittimità costituzionale dell'art. 294 c.p.c., nella parte in cui subordina la rimessione in termini alla prova dell'ignoranza del processo). Non escludo tuttavia che, in questo come in tanti altri casi (si pensi, inter alia, all'art. 37 c.p.c. ed al giudicato interno sulla giurisdizione), sarà la Cassazione ad esercitare una funzione sostanzialmente legislativa, anziché meramente nomofilattica, subordinando la rescissione della sentenza di primo grado alla prova (benchè non richiesta dall'art. 354 c.p.c.) che la nullità della notifica ha impedito all'appellante, contumace in primo grado, di venire a conoscenza del processo. La Corte aquilana si è attenuta — meritoriamente — alla lettera legis, limitandosi a dichiarare nulla la notifica eseguita a mani di persona che si era dichiarata addetta alla ricezione degli atti; ed altrettanto correttamente ha escluso la necessità della querela di falso contro la relata di notifica.

Il giudizio civile di falso (inquadrato dalla dottrina tra i c.d. processi a contenuto oggettivo, che non vertono su una situazione giuridica soggettiva, ma su un fatto, quale la falsità ideologica o materiale dell'atto pubblico) meriterebbe una digressione, incompatibile con i limiti dimensionali di questa nota. Mi limito ad osservare che spesso il difensore del contumace c.d. involontario (i.e., non costituitosi

in giudizio non avendo avuto legale conoscenza della citazione o del ricorso) si interroga sulla necessità di impugnare di falso la relata di notifica. Che si tratti di atto pubblico, formato dall'ufficiale giudiziario nell'esercizio delle sue funzioni ed assistito dall'efficacia probatoria privilegiata di cui all'art. 2700 c.c., non è in discussione. La norma, tuttavia, circoscrive tale efficacia, sancita fino a querela di falso, alla provenienza dal pubblico ufficiale che ha formato l'atto, alle attività compiute dalle parti ed agli altri fatti che l'autore attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Ne segue che la querela di falso è necessaria: a) se la notificazione è eseguita dall'ufficiale A, ma nella relata è indicato l'ufficiale B; b) se l'ufficiale attesta che l'atto è stato consegnato a Tizio, mentre è stato consegnato a Caio; c) se l'ufficiale certifica nella relata di non aver potuto eseguire la notifica in quanto il destinatario non è stato rinvenuto all'indirizzo, mentre era presente ed ha rifiutato la consegna.

Ma se l'agente notificatore certifica nella relata che, in assenza del destinatario, la consegna è stata eseguita a mani di persona qualificatasi, ad es., familiare convivente (art. 139, comma 2, c.p.c.) o, come nel caso deciso dalla sentenza in commento, incaricata di ricevere le notificazioni dirette alla persona giuridica (art. 145, comma 1, c.p.c.), l'ufficiale giudiziario non attesta un fatto avvenuto alla sua presenza e, come tale, assistito da fede privilegiata. Il fatto è la consegna dell'atto; la qualità del consegnatario e quindi la sua relazione con il destinatario non sono fatti, ma descrivono una condizione soggettiva, che l'ufficiale giudiziario non è tenuto a verificare. Il procedimento notificatorio ne risulterebbe altrimenti aggravato: vale, se si riflette, per la notifica una relazione presunta tra consegnatario e destinatario che corrisponde a quella, di carattere oggettivo-spaziale, tra i beni rivenuti nell'abitazione del debitore e sottoposti a pignoramento e la proprietà in capo al debitore dei beni pignorati. Nessuno avrebbe l'ardire di sostenere che, se invece il bene è di un terzo, il verbale di pignoramento è falso: l'esecuzione forzata è piuttosto ingiusta e spetta al terzo rivendicare la proprietà del bene pignorato, proponendo opposizione ex art. 619 c.p.c.

Il contenuto della relata di notifica è descritto dall'art. 148 c.p.c.: l'atto processuale "indica la persona alla quale è consegnata la copia e la sua qualità, nonché il luogo della consegna" ecc. La legge non prescrive l'identificazione del consegnatario (v. invece l'art. 252 c.p.c.,

che impone al giudice di identificare il teste), del quale non vanno riportate le generalità nella relata, né, men che meno, va indagata la sua relazione con il destinatario. L'ufficiale giudiziario non è un ufficiale di polizia giudiziaria.

Per contestare la veridicità di un atto pubblico (nei limiti previsti dall'art. 2700 c.c.) serve la querela di falso; per contestare la qualità del consegnatario e quindi la sua legittimazione a ricevere l'atto è invece ammesso qualunque mezzo istruttorio, anche se nella pratica si tratta di prove prevalentemente od esclusivamente documentali. E così, che il consegnatario non sia familiare convivente risulta dallo stato di famiglia del destinatario o che non sia addetto alla ricezione degli atti diretti alla società si evince dal non essere amministratore o dipendente della società (e tanto risulterà dal certificato camerale o dal libro matricola). Questi documenti sono peraltro talora insufficienti a dimostrare l'inesistenza della relazione intersoggettiva (un familiare può coabitare con il destinatario ancorché non risulti compreso nel suo stato di famiglia, l'addetto alla sede può essere un lavoratore irregolare ecc.). In questi casi (contrariamente al noto brocardo) negativa sunt probanda e l'onere probatorio incombe alla parte che intenda contestare la riferibilità a sé della notifica, quale mezzo al fine di eccepirne la nullità.

La giurisprudenza suole distinguere l'intrinseco, che ha fede privilegiata, dall'estrinseco, che ne è invece privo. La tendenza alla ipostatizzazione dei concetti è diffusa nella nostra giurisprudenza. Forse aveva ragione Salvatore Satta quando scriveva che i giudici non dovrebbero leggere libri di diritto. La distinzione, se proprio si vuole dottamente richiamare l'ontologia aristotelica, è tra sostanza ed accidente: la sostanza è la consegna dell'atto ad un certo soggetto, l'accidente è la qualità soggettiva del destinatario. La rilettura dei Topici gioverebbe alla tecnica redazionale delle sentenze. Quella annotata va apprezzata, oltre che per la correttezza del dispositivo, per la sinteticità e logicità della motivazione.

Massimo Cirulli

Corte di Appello di L'Aquila – sent. 27 novembre 2019, n. 1976 – Est. Fabrizio – MIUR e altri c. S.

Istruzione pubblica - Sostegno – Riduzione monte ore – Risarcimento danno – Discriminazione indiretta ex art. 2 L. 67/2006 - Sussiste

In materia di istruzione pubblica, è illegittima la riduzione (nel caso di specie, dimezzamento) delle ore di sostegno durante l'anno scolastico, con conseguente diritto dell'alunno disabile al risarcimento del danno – da liquidarsi equitativamente –, configurandosi discriminazione indiretta ex art. 2 L. 1 marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni). (1)

(omissis)

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con l'ordinanza impugnata, il Tribunale di Avezzano ha accolto il ricorso ex art. 702 bis cpc proposto da *(omissis)* in qualità di genitore del minore *(omissis)*, affetto da ipoacusia neurosensoriale bilaterale profonda e portatore di *handicap* in situazione di gravità, volto ad ottenere dall'Istituto *(omissis)*, dall'Ufficio Scolastico Regionale e dal Ministero dell'Istruzione il risarcimento del danno, nella misura di € 10.000,00, da questi patito a causa della riduzione del numero di ore per il suo sostegno nelle attività scolastiche per un periodo di 7 mesi nell'anno scolastico 2012/2013, inizialmente previsto per 18 ore settimanali e poi dimezzato, configurando una discriminazione indiretta ex art. 2 l. n. 67/2006. Ha quindi riconosciuto al minore, a titolo risarcitorio, la somma di € 500,00 per ogni mese (settembre 2012/febbraio 2013) nel quale le ore di sostegno erano state dimezzate, per complessivi € 3.000,00, respingendo la domanda proposta dalla madre “*iure proprio*” con intervento volontario.

Nel proporre appello il Ministero, l'Istituto e l'USR hanno censurato la decisione: 1) per erroneità, essendo funzionalmente incompetente il Tribunale di Avezzano in virtù del foro erariale, la cui competenza ricorre in tutti i casi in cui è la legge espressamente a prevedere, in specifiche materie, una deroga a detta competenza funzionale inderogabile, e non può essere derogata dall'art. 28 D. Lgs. n.150/2011, che si limita a fissare il criterio generale della competenza nelle controversie

in materia di discriminazione senz'alcun riferimento alla natura e qualità delle parti del giudizio.

L'hanno censurata, poi, 2) per non aver ritenuto il difetto di legittimazione passiva dell'Istituto (*omissis*) per essere invece legittimato il solo Ministero dell'Istruzione, dal quale dipendono gli insegnanti di ogni ordine e grado, configurandosi gli istituti scolastici come organi dello Stato, che, seppur dotati di personalità giuridica e di autonomia anche contabile, non hanno autonomia finanziaria né di risorse umane, la cui gestione, con la connessa vigilanza e controllo, è ministeriale.

L'hanno censurata, ancora: 3) per aver ritenuto fondata una domanda priva di fondamento non potendosi ravvisare nella fattispecie atti di discriminazione in danno del minore (*omissis*), essendoci una situazione di effettiva indisponibilità di personale docente della quale aveva dato atto la stessa controparte, mentre nel nostro ordinamento non sussiste il diritto del bambino portatore di *handicap* di avere un insegnante di sostegno assegnato in via esclusiva, né l'assistenza del docente viene individuata come unico strumento di integrazione nel mondo della scuola, non potendosi non tener conto dei limiti oggettivi costituiti dalle risorse umane e finanziarie di cui il legislatore dispone al momento, come sottolineato in più occasioni dalla Corte Costituzionale. Peraltro, molteplici sono gli interventi possibili in favore dei portatori di *handicap* ex artt. 12-14 L. n. 104/1992, oltre alla nomina del docente specializzato per il sostegno (art. 13 comma 3 l. cit.), mentre ci sono organismi presso l'Ufficio Scolastico Regionale (GLIP – gruppo di lavoro interistituzionale provinciale e GLH – gruppo di lavoro di integrazione scolastica) che dettano i criteri da seguire per l'integrazione, dovendosi tener conto inevitabilmente delle complessive risorse disponibili. Non può dunque ritenersi che la diminuzione delle ore di sostegno sia per ciò solo una discriminazione, a nulla rilevando che nelle more era stato garantito pari orario ad altro alunno con medesima disabilità, dovendosi in concreto verificarne le particolarità. Non vi era stata dunque discriminazione né con riferimento a quest'ultimo alunno, né tantomeno con riferimento agli alunni normodotati, la cui situazione non è certamente comparabile con quella del disabile.

L'hanno censurata, inoltre: 4) per insussistenza del danno lamentato per difetto di prova, avendolo il Tribunale liquidato equitativamente senza spiegare sulla base di quali elementi l'avesse ritenuto sussistente

quale “effetto della subita diminuzione delle ore di sostegno”, senza peraltro spiegare quale fosse siffatto effetto, che non v’è comunque stato visto che il rendimento scolastico del minore è stato sereno, non disorientato e costante, come evincibile dalle schede di valutazione prodotte in prime cure, dalle quali si desume addirittura che il rendimento di quell’anno, nel corso del quale il sostegno era stato per un periodo dimezzato, fu migliore rispetto a quello dell’anno scolastico 2013/014, nel quale l’alunno aveva goduto del sostegno per 18 ore settimanali, sicché era stato effettuato in modo errato il ricorso alle presunzioni, visto che il rendimento non ne aveva risentito. Hanno poi evidenziato come la sentenza del Tar n. 255/2014 posta dalla controparte a fondamento della propria domanda, nella parte in cui aveva configurato il danno lamentato come danno-conseguenza senza un fondamento, era stata sospesa dal Consiglio di Stato proprio con riferimento ad esso.

L’hanno censurata, poi: 5) con riferimento al *quantum*, liquidato in modo erroneo nella misura di € 500,00 per ogni mese nel quale le ore di sostegno erano state ridotte, liquidando per sei mesi in luogo di quattro, decorrendo il primo mese dal 17 settembre 2012, dovendo pure considerarsi che l’alunno, dei 128 giorni di scuola, ne aveva frequentati 105.

L’hanno censurata, infine: 6) per la condanna alle spese, disposta in prime cure nonostante fosse stata respinta la domanda di risarcimento del danno iure proprio proposta, mediante intervento in causa, dalla (*omissis*), che doveva essere pertanto condannata alle spese nei confronti dell’Amministrazione, mentre il giudicante aveva solo ritenuto che le stesse gravassero sulla parte ed hanno concluso come in epigrafe.

Costituendosi in giudizio, la (*omissis*) in proprio e quale esercente la potestà sul minore (*omissis*), ha contestato gli assunti degli appellanti ed ha proposto appello incidentale con riferimento all’importo del danno come liquidato in prime cure, ritenuto incongruo e da riconoscersi nella misura omnicomprensiva di € 10.000,00 ovvero nella minore somma (comunque non inferiore a € 3.000,00) o nella maggior somma ritenuta di giustizia.

Deve essere preliminarmente delibata l’eccezione preliminare, di carattere assorbente, relativa all’incompetenza funzionale del Tribunale di Avezzano a decidere la controversia, per essere nella specie competente il Tribunale dell’Aquila in virtù del c.d. foro erariale.

Si tratta di un’eccezione infondata, posto che nella fattispecie è dedotta una condotta discriminatoria perpetrata dall’Amministrazione

Scolastica ai danni del minore (*omissis*), alunno disabile, ai sensi della legge n. 67/2006 (art. 2), espressamente richiamata dall'art. 28 comma 1 D Lgs n. 150/2011 che, al successivo comma 2, stabilisce che, nelle controversie in materia di discriminazione, "È competente il Tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio" senza prevedere deroghe in favore del Foro erariale: appare chiara la *ratio*, che è quella di favorire il soggetto debole destinatario della tutela antidiscriminatoria, il che è confermato dalla possibilità a questi riconosciuta di stare in giudizio personalmente, configurandosi quindi una competenza territoriale inderogabile anche con riferimento alle regole del foro erariale, che vale invece ove non siano previste norme dalla specifica ratio quale quella in esame (Cass. n. 18306/2008).

È infondato anche il motivo sub 2), relativo al difetto di legittimazione passiva dell'Istituto Scolastico, evidentemente fondata, da una parte, sulla immediata individuazione del luogo fisico ed istituzionale in cui si è verificata la condotta discriminatoria e dalle conseguenti responsabilità del rappresentante legale del centro di imputazione giuridica ad esso ascrivibile, che, nel caso in specie, è senz'altro l'istituzione scolastica menzionata, in solido con il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e quindi della sua articolazione regionale dell'Ufficio Scolastico Regionale per l'Abruzzo – i quali tutti sono del resto difesi dall'Avvocatura dello Stato – e, dall'altra, sulle competenze proprie del Dirigente scolastico nell'era dell'autonomia scolastica, che adotta, ex art. 25 comma 4 D. Lgs n. 165/2001, i provvedimenti di gestione delle risorse e del personale ed è responsabile della gestione delle risorse finanziarie e dei risultati del servizio, oltre ad avere autonomi poteri di direzione, coordinamento e di valorizzazione delle risorse umane.

Infondato è pure il motivo su 3), relativo alla dedotta insussistenza della discriminazione.

Com'è noto, la L. 1 marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), nel promuovere la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali, traccia all'art. 2 una rilevante distinzione tra due possibili forme di violazione di tale parità: la discriminazione diretta, che ricorre quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è

trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga; e la discriminazione indiretta, che si ha quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone ed è quella che è stata condivisibilmente ravvisata in primo grado nella fattispecie.

Tanto in ragione dell'essere ascritto il diritto all'istruzione dei disabili alla categoria dei diritti fondamentali, la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole, a partire da quella materna, costituente "essenziale fattore di recupero e di superamento dell'emarginazione" (Corte Cost. n. 215/1987). Ne consegue che (così Cass. S.U. n. /2014), essendo fondamentale tra queste misure quella della somministrazione delle ore di insegnamento attraverso un docente specializzato, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo – se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi – all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini. L'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e le altre sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli

altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dalla L. n. 67 del 2006, art. 2, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni, il che è evidentemente avvenuto nel caso di specie.

D'altro canto e verosimilmente, se l'amministrazione scolastica avesse voluto attribuire 18 ore di sostegno ai due alunni disabili lo avrebbe fatto, anche attingendo alle graduatorie di prima o seconda fascia ovvero ricorrendo a docenti inseriti nelle graduatorie d'istituto e, *in extremis* anche senza titolo di specializzazione, piuttosto che tamponare con provvedimenti in deroga, una volta esercitata l'azione giudiziale, solo a metà dell'anno scolastico, e la riprova ne è la circostanza che sia il (omissis), che l'altro minore, (omissis), i quali proprio in prima media avevano subito la decurtazione del rapporto uno a uno (con nove ore ciascuno), in seconda e terza media hanno visto entrambi ripristinato il rapporto frontale (con 18 ore ciascuno), dovendo nuovamente sottolinearsi come il diritto fondamentale in questione non possa essere sacrificato per ragioni di bilancio (Cass. S.U. *ibidem*). Che dunque vi sia stata nella specie una discriminazione indiretta non è revocabile in dubbio per quanto si è detto. Devono ora essere deliberati i motivi sub 4) e 5) relativi alla ricorrenza del danno non patrimoniale ed alla prova dello stesso, subito dal minore in conseguenza del fatto oggettivo relativo al dimezzamento dell'orario della didattica di sostegno, protrattosi per diversi mesi nel corso nell'anno scolastico 2012/2013.

Orbene, il Tribunale di Avezzano, dopo aver ritenuto integrata la fattispecie di cui all'articolo 2059 c.c. attesa la natura costituzionale dei diritti lesi dalla condotta discriminatoria riscontrata (diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei minori disabili di cui all'articolo 38 comma 3 della Costituzione, in attuazione del principio generalissimo all'articolo 2 Cost), ha individuato il cosiddetto "danno-conseguenza", correlandolo agli effetti della subita diminuzione delle ore di sostegno sulla sfera morale e personale del minore, privato del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione alla vita scolastica ed ha accertato il danno in questione avvalendosi di presunzioni semplici e della regola dell' "*id quod plerumque accidit*", in base alla quale deve

ritenersi che la drastica riduzione dell'orario di sostegno comporti un pregiudizio di tipo morale nella personalità del danneggiato, che, non estrinsecandosi in una fattispecie materiale, non può essere provato se non ricorrendo ad un ragionamento di tipo presuntivo, così riconoscendo la somma di € 500,00 per ogni mese in cui le ore di sostegno sono state ridotte alla metà, determinazione peraltro oggetto di appello incidentale in quanto ritenuta incongrua.

In proposito, la parte appellata ha affermato l'esistenza di un pregiudizio subito dalla personalità del minore, privato del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, istruzione e partecipazione a fasi di vita normale ed ha fondato la propria domanda precipuamente sulla sentenza n. 255/2014 del Tar Abruzzo, che ha deciso in data 19.03.2014 la richiesta risarcitoria dell'alunno (*omissis*) (l'alunno disabile affetto da sordomutismo come (*omissis*) e frequentante la I sez. "c" dello stesso Istituto comprensivo), che, per l'appunto, ha ritenuto "il danno individuabile negli effetti che la, seppur temporanea, diminuzione delle ore di sostegno subita ha provocato sulla personalità del minore, privato del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita «normale» (vedi T.A.R. Sardegna 2011, n. 695 e T.A.R. Toscana, 18 aprile 2012, n. 746)."

La sentenza del Tar è stata però riformata dal Consiglio di Stato (sentenza n. 3400/2015), che, non discostandosi dall'orientamento assunto dalla sezione con CdS. n. 2373/2013, e peraltro poi seguito da numerose pronunce successive, tra cui CdS n. 2023/2017, ha ritenuto aver dato per scontato ciò che avrebbe dovuto rappresentare oggetto quantomeno di un principio di prova e, cioè, che il minore abbia subito "micro-pregiudizi" per effetto della mancata assegnazione di un numero sufficiente di ore di sostegno e che detto pregiudizio sia pertanto meritevole di riparazione per equivalente, a mezzo di un ristoro patrimoniale. Ha quindi riaffermato il principio secondo cui anche il danno non patrimoniale, configurabile quale danno-conseguenza derivante dall'effettiva lesione di specifici beni/valori oggetto di tutela (e non quale mero danno-evento), deve essere puntualmente allegato e dimostrato nella sua consistenza, se del caso – e sussistendone le condizioni legittimanti – attraverso il ricorso a presunzioni.

In proposito, il Consesso ha rammentato l'orientamento della Corte di Cassazione, che, proprio in tema di danno non patrimoniale, ha

considerato che, laddove si accedesse all'opposta tesi del danno "*in re ipsa*", si finirebbe per snaturare la funzione stessa del risarcimento, il quale non conseguirebbe all'effettivo accertamento di un danno, ma si atterrebbe alla stregua di vera e propria pena privata per un comportamento illecito (in tal senso: Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; 11 novembre 2008, n. 26973).

Ha quindi rilevato come i ricorrenti di primo grado non avessero allegato alcun elemento concreto atto a confermare che l'illegittimità conseguente alla mancata assegnazione di un congruo numero di ore di sostegno (all'apprendimento scolastico) realizzata con l'atto impugnato in primo grado avesse effettivamente arrecato alla sfera giuridica del minore disabile un pregiudizio suscettibile di ristoro patrimoniale.

Nel caso in esame la prova in questione sarebbe risultata tanto più rilevante, laddove si consideri che solo limitatamente ad una frazione dell'anno scolastico 2012-2013 (e cioè durante il primo quadrimestre) il minore (*omissis*) era rimasto sfornito di un adeguata attività di sostegno, avendo la scuola provveduto ad assegnargli (già dal secondo quadrimestre dell'anno scolastico 2012-2013) un secondo insegnante di sostegno e poi, a partire dal successivo anno scolastico, un unico insegnante che aveva garantito le ore di sostegno di cui necessitava.

Anche nelle decisioni successive, il Consiglio di Stato ha mantenuto fermi i ridetti principi delibando fattispecie analoghe (CdS n. 2023/2017).

Si tratta del resto di principi affermati anche dal Supremo Collegio (Cass. ord. n. 8395/2018, in fattispecie diversa, relativa al diritto alla reputazione), secondo cui "Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti fondamentali, tipico danno-conseguenza, non è *in re ipsa* alla lesione ma deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento anche se è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che è onere del danneggiato fornire".

Nello specifico, deve innanzitutto evidenziarsi come, quanto al danno, non possa assolutamente assimilarsi la vicenda del (*omissis*) a quella di (*omissis*), se non con riferimento al tipo di *handicap* (grave ipoacusia) dal quale entrambi sono affetti, e tanto perché la fattispecie relativa a quest'ultimo è stata senz'altro foriera di danno in ragione della ben diversa durata della drastica contrazione delle ore settimanali di

sostegno, che, nella specie, erano fondamentali per garantire al minore sordomuto e diversamente isolato il contatto con il mondo esterno e i suoi stimoli, oltre alla pur necessaria integrazione scolastica. Il primo infatti, si è visto ripristinare il sostegno già a gennaio 2013, il secondo invece ha dovuto aspettare la metà di febbraio del 2013, sicché è stato costretto per tutto il primo quadrimestre “a viaggiare a velocità dimezzata”, non solo rispetto all’altro ragazzo nelle sue stesse condizioni, bensì rispetto anche al resto della scolaresca normodotata.

Resta, evidentemente, difficile connotare nel minore con grave *handicap* e scolarizzato la situazione ante compromessa (con orario pieno) rispetto a quella successiva di compromissione (con orario ridotto), dovendo considerarsi che, in alcune circostanze, il comportamento illecito del danneggiante è destinato a produrre, in capo alla vittima, conseguenze dannose alquanto prevedibili (nell’ordine naturale delle cose e degli eventi), le quali, una volta dedotte, non abbisognano di specifica prova. In questi casi, stante l’immaterialità del bene tutelato, soccorre il ruolo dei mezzi di prova presuntivi (la cui rilevanza la stessa Corte di Cassazione, nelle note S.U. di San Martino, non ha mancato di evidenziare), posto che le conseguenze negative destinate a derivare dalla mancanza della presenza stabile di un educatore di sostegno (ossia l’interruzione, o comunque il rallentamento in via generale, del processo di promozione e integrazione del disabile) saranno, in frangenti del genere, da ascrivere tra quelle le conseguenze per c.d. “standardizzate” di danno, ossia conseguenze dimostrabili anche sulla base di presunzioni, una volta allegata la violazione di diritti costituzionalmente garantiti (quale quello all’istruzione del disabile).

Pertanto, pur senza invocare il danno “*in re ipsa*” (che peraltro la Cassazione riconosce, ad esempio, con riferimento ai procedimenti di equa riparazione di cui alla legge Pinto) può e deve farsi ricorso al sistema di prova per presunzioni, ben ricostruito dalla Corte di Cassazione sopra richiamata e peraltro indicato dallo stesso Consiglio di Stato nella pronuncia di cui sopra, sicché il danneggiato dovrà allegare e provare il fatto noto da cui, presuntivamente, è scaturito il fatto ignoto, ossia le conseguenze dannose di cui si chiede il risarcimento e, solo in tale caso, interverrà l’onere dell’amministrazione di provare che, nonostante si sia verificato il fatto noto cui, per regola di comune esperienza, segue quello ignoto, nel caso concreto esso non si sia verificato.

Nella specie la parte attrice ha provato la condizione di disabilità e il dimezzamento delle ore di sostegno rispetto a quelle finora ritenute per lui necessarie (fatto noto) dal che si può presumere, ex art. 2727-2729 c.c. che al minore sia derivato un danno dinamico-relazionale, posto che l'assenza dell'insegnante di sostegno impedisce, alla luce della funzione che gli è propria, al minore disabile di svolgere ed esplicare pienamente la propria persona nell'ambito dell'attività scolastica.

Ritiene a questo punto la Corte che, tenuto conto della particolare disabilità del minore, la cui grave ipoacusia lo isola dal mondo esterno rendendone so-stanzialmente impossibile un'adeguata integrazione anche sotto il profilo relazionale oltre che didattico, il lasso temporale trascorso, pari a sei mesi, ossia a due terzi dell'intero anno scolastico, sia tale da far ritenere sol per questo provato un danno non patrimoniale che supera quella soglia di gravità minima dell'offesa richiesta dalla giurisprudenza.

Esso peraltro ricorre a prescindere dal tenore dei documenti di valutazione prodotti dall'Amministrazione, posto che il disagio subito dall'alunno per non essere affiancato dall'insegnante di sostegno, quale facilitatore della comunicazione, può concretamente incidere sullo sviluppo della personalità, mentre la circostanza che non vi sia stata sostanziale differenza tra il rendimento dell'anno scolastico 2012/2013 e quello dell'anno successivo non è da sola sufficiente a far concludere per la insussistenza del danno, potendo essa invece incidere sulla determinazione del suo ammontare. Si perviene così a delibare l'appello incidentale, che è infondato, dovendo confermarsi la sentenza impugnata anche in punto di quantum, laddove ha configurato congrua, per quelle che sono le risultanze in atti, non apparendo pertanto condivisibile il criterio proposto dall'appellante incidentale, volto a parametrare il danno al costo medio sul libero mercato di un'ora di insegnamento di sostegno prestata da personale qualificato per la problematica che presenta lo studente, ma soprattutto a far valere la sperequazione con quello liquidato dal TAR al minore (*omissis*), sentenza che sul punto è stata invece riformata dal Consiglio di Stato, circostanza inspiegabilmente negata dall'appellante. Pertanto deve ritenersi congrua la somma liquidata di € 500,00 al mese per complessivi € 3.000,00, a nulla rilevando, nell'ottica di una liquidazione equitativa qual è stata quella effettuata in prime cure, che il mese di settembre e quello di febbraio non sono considerati

per intero (nel primo caso per l'inizio dell'anno scolastico, nel secondo perché è poi stato garantito il sostegno per tutte le ore previste)

È infine infondato anche il sesto motivo dell'appello principale, relativo alla mancata condanna alle spese della (*omissis*), soccombente quanto al proprio intervento, che sono comunque rimaste a suo carico, dovendo considerarsi sia i contrasti giurisprudenziali creatisi in tema di prova del danno non patrimoniale in fattispecie simili, dei quali si è dato atto, sia la particolarità della materia trattata.

In conclusione meritano esito di rigetto sia l'appello principale che quello incidentale, il che impone la compensazione integrale delle spese del grado.

(*omissis*)

NOTA (1)

L'emarginata sentenza della Corte di appello abruzzese, emessa in materia di discriminazione di portatori di handicap, rappresenta una delle rare pronunce applicative della legge 1° marzo 2006, n. 67.

In particolare, la suddetta legge si propone di estendere la particolare tutela processuale, accordata dall'art. 44 del Testo Unico sull'immigrazione di cui al D.Lgs. 286/1998, a tutte quelle situazioni in cui la persona disabile risulti destinataria di trattamenti discriminatori al di fuori del contesto lavorativo (per le discriminazioni sul lavoro, infatti, la relativa disciplina è dettata dal D.Lgs. 216/03). Si tratta in pratica di uno di quegli sporadici casi nei quali una normativa speciale nata per precise situazioni soggettive (tutela degli immigrati) assume successivamente i caratteri dell'applicabilità come criterio generale per altre situazioni soggettive (tutela delle persone disabili), sulla base del comune fondamento del concetto di discriminazione.

La peculiare – ma non infrequente – ipotesi all'esame del Collegio era costituita dalla riduzione delle ore di sostegno attribuite ad un alunno minorenne affetto da disabilità grave, diminuite dalle iniziali 18 ore settimanali a sole 9 ore a settimana per ben sette mesi dell'anno scolastico.

Pertanto, il genitore si rivolgeva al Tribunale del luogo di residenza del minore per ottenere il risarcimento del danno derivato da tale riduzione, lamentando una discriminazione indiretta ai sensi della cit. L. 67/2006 a fronte della non corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni normodotati.

Affrontate preliminarmente le questioni relative: alla competenza territoriale del giudice adito con l'affermazione della insussistenza del foro erariale, così rigettando sul punto l'eccezione dell'avvocatura dello stato, dovendosi considerare inderogabile la competenza esclusiva del foro di residenza del disabile; ed, altresì, alla legittimazione passiva (ritenuta sussistente per tutti i soggetti evocati in giudizio, ovvero non solo il Ministero competente ma bensì anche l'istituto scolastico), la Corte aquilana offre una compiuta disamina della normativa vigente evidenziando innanzitutto la differenza tracciata dall'art. 2 cit. L. 67/2006 tra discriminazione diretta – che ricorre quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga – e discriminazione indiretta – che ricorre quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

Il caso concreto è stato, dunque, risolto con conferma della pronuncia di primo grado nel senso di ravvisare un'ipotesi di discriminazione indiretta nella diminuzione delle ore di sostegno all'alunno disabile, pur se giustificata, a dire dell'istituzione scolastica, da una contrazione delle risorse economiche e di personale.

Infatti, ritiene la Corte aquilana che il diritto all'istruzione dei disabili debba farsi rientrare nel novero "dei diritti fondamentali, la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole, a partire da quella materna, costituente 'essenziale fattore di recupero e di superamento dell'emarginazione' (Corte Cost. n. 215/1987)", non sussistendo in tal caso alcun poter discrezionale della P.A.

Ed ancora, è stato correlativamente condiviso l'assunto del giudice di prime cure che "dopo aver ritenuto integrata la fattispecie di cui all'articolo 2059 c.c. attesa la natura costituzionale dei diritti lesi dalla condotta discriminatoria riscontrata (diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei minori disabili di cui all'articolo 38 comma 3 della Costituzione in attuazione del principio generalissimo all'articolo 2 Cost.), ha individuato il cosiddetto 'danno-conseguenza', corre-

landolo agli effetti della subita diminuzione delle ore di sostegno sulla sfera morale e personale del minore, privato del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione alla vita scolastica ed ha accertato il danno in questione avvalendosi di presunzioni semplici e della regola dell' "id quod plerumque accidit, in base alla quale deve ritenersi che la drastica riduzione dell'orario di sostegno comporti un pregiudizio di tipo morale nella personalità del danneggiato, che, non estrinsecandosi in una fattispecie materiale, non può essere provato se non ricorrendo ad un ragionamento di tipo presuntivo".

La sentenza in oggetto fa, dunque, piena e puntuale applicazione dei suddetti principi in materia, peraltro ponendosi nel solco di un orientamento giurisprudenziale che diviene sempre più consolidato (v. per tutte Cass. SS.UU. 25.11.2014, n. 25011; conf. Cass. SS.UU. ord. 8.10.2019, n. 25101; Cass. SS.UU. Ord. 28.1.2020, n. 1870), ma merita ulteriore sviluppo e conferma con riferimento alle singole e delicate fattispecie che in concreto potranno presentarsi, anche in ambiti diversi da quello scolastico (con ordinanza 7.10.2019 n. 24936 la S.C. ha ritenuto discriminatoria la condotta del comune che abbia previsto "solo a favore degli invalidi muniti di patente di guida e proprietari di autoveicolo uno speciale permesso gratuito per la sosta sulle strisce blu in centro cittadino (ove i posti riservati agli invalidi siano occupati) senza alcun tipo di limitazione, che è stata, invece, introdotta per i titolari di contrassegno invalidi non muniti di patente né proprietari di autoveicolo, i quali possono fruire di analogo permesso solo se in grado di documentare esigenze di spostamento per raggiungere con carattere continuativo (almeno 10 volte al mese) il proprio luogo di lavoro, strutture sanitarie presso le quali sostenere cure o terapie riabilitative o altri centri specializzati per lo svolgimento di attività formative o professionali").

Maria Di Tillio

Tribunale di Chieti, ord. 29 gennaio 2020, est. Valletta, C. / Facebook

Rimozione sul social network Facebook di “post” di contenuto contrario alle pattuizioni intercorse tra amministrazione del social network e utente – Denunciata violazione del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero da parte dell’utente – Sussiste

Le clausole contenute in un contratto di natura commerciale devono cedere il passo allorchè si pongono in contrasto con norme costituzionali. Da ciò ne discende che non può essere sospeso l’account di un social network perché il suo utilizzo è avvenuto in contrasto con le norme contrattuali.

Può concretare inadempimento contrattuale una condotta dell’utente che si concreti in iniziative fattive volte a supportare ed elogiarne l’ideologia fascista in una logica di espansione del consenso all’ideologia medesima, utile a concretizzare pericolo di riaffermazione dell’ideologia medesima mediante riorganizzazione, viceversa nessun inadempimento può ritenersi nella semplice espressione delle proprie convinzioni, pur improntate a dette ideologie, in una logica di dialettica e confronto.

Pertanto deve ritenersi legittimo pubblicare su di un network una foto di Benito Mussolini lamentandosi della messa in pericolo della libertà di espressione, pubblicare la bandiera della Repubblica Sociale Italiana ed, infine, pubblicare un “post” che ricordava un pilota di guerra e la sua tragica morte. (1)

(omissis)

Parte ricorrente narra essere – dal 2010 – iscritto alla rete sociale conosciuta (trattasi ormai di notorio nazionale) come “Facebook” e di essere in contatto con circa 2.500 altri iscritti (cd. “amici”), commentando fatti, esponendo opinioni, allegando materiale vario etc.

L’istante si diffonde nel ricorso in ordine alla valenza dello strumento di comunicazione “*de quo*” in termini di supporto allo sviluppo della rete relazionale del singolo iscritto e in ultima analisi all’espressione della personalità di questi; espone anche sintesi di interviste giornalistiche del fondatore del “social”.

Specifica anche – nel proprio atto introduttivo – il proprio curriculum di studio – quale cultore di storia – e professionale, quale avvocato.

Narra il ricorrente che in data 29/7/'18 egli pubblicava una fotografia di Benito Mussolini (in occasione della ricorrenza della sua nascita) e rendeva considerazioni proprie circa la libertà di espressione, messa in pericolo – secondo la sua opinione – da proposte che reputava liberticide. Poche ore dopo però l'amministrazione del "social network" gli comunicava: la rimozione del "post", atteso che la fotografia pubblicata non rispettava gli standard della comunità; la sospensione dell'utilizzo del cd. "account" per trenta giorni. Una richiesta di chiarimenti (o meglio di revoca delle decisioni) dell'odierno istante non aveva esito positivo.

Il C. riferisce poi che il 19/12/'18 l'amministrazione del "social network" gli comunicava la rimozione di un "post" risalente a circa un anno prima, atteso che la fotografia pubblicata (la bandiera della Repubblica sociale italiana) non rispettava gli standard della comunità, e la sospensione dell'utilizzo del cd. "account" per tre giorni. Anche in tal caso la procedura di reclamo aveva esito negativo.

Il ricorrente narra ancora che in data 11/2/'19 l'amministrazione del "social network" gli comunicava la sospensione dell'utilizzo del cd. "account" per trenta giorni a causa di un suo commento a una pagina (cioè a una discussione intavolata da terzo utilizzatore), ritenuto non rispettoso degli standard della comunità in tema di bullismo e intimidazione.

In data 7/5/'19 l'odierno istante subiva poi sospensione dell'utilizzo del cd. "account" per trenta giorni in relazione a un "post" (di sette giorni prima circa) che ricordava la figura di un pilota di guerra e le circostanze della sua tragica morte. Una richiesta di chiarimenti dell'odierno istante restava senza esito, e anzi nel periodo di sospensione il ricorrente si vedeva notificare la rimozione di altri due "post" senza nemmeno che fossero indicati gli standard adottati come violati.

In data 23/8/'19 l'odierno istante subiva infine sospensione dell'utilizzo del cd. "account" per trenta giorni in relazione a un "post" (risalente al 2014) in cui era pubblicata immagine del "Duce" con la scritta "Viva Mussolini".

Il C. argomenta diffusamente sulla insussistenza di qualsivoglia illecito, sulla prevalenza del diritto costituzionale di manifestazione del

pensiero, sulla inconsistenza e incoerenza degli addotti “standard” della comunità, in realtà espressione di valori insofferenti verso le libertà stabilite dalla nostra carta fondamentale.

Esprime anche doglianza in ordine a violazione della segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.), diritto fondamentale sacrificabile solo con atto motivato dell’ autorità giudiziaria, nel caso di specie inesistente.

Chiede la condanna del convenuto al pagamento di € 15.000,00 – o maggior somma – a titolo di risarcimento del danno.

Parte convenuta ritiene anzitutto necessario far riferimento a pronunce (ampiamente documentate) di vari tribunali in Europa (ma – osserva lo scrivente – sicuramente anche nel resto del mondo) a sé favorevoli per contenziosi di tal fatta.

Si diffonde poi la parte (ancora con ampia documentazione) circa il ferreo proprio impegno – più che lodevole, ovviamente – a contrastare (anche) messaggi di incitamento e sostegno all’ odio, come tali pregiudizievoli alla sua comunità.

Più concretamente però poi (incipit di pag. 2 della comparsa di risposta) il convenuto – quale imprenditore che (ovviamente legittimamente) opera in fin dei conti per lucrare un profitto – eccepisce inadempimento contrattuale dell’ odierna controparte.

In definitiva, il resistente adduce di fornire gratuitamente servizio di condivisione – tra i vari iscritti (invero e si precisa: secondo livelli di riservatezza predefiniti ma in continua evoluzione e comunque suscettivi di selezione da parte dell’ utente) – di materiale vario e/o commenti e/o considerazioni su temi svariati.

L’ utente fruisce del servizio accettando le condizioni di uso, impegnandosi a non pubblicare contenuti:

- contrari alle condizioni, agli standard della “community” e ad altre condizioni e normative;
- contrari alla legge, ingannevoli, discriminatori o fraudolenti;
- contrari o in violazione dei diritti di altri utenti, compresi i loro diritti di proprietà intellettuale.

Le norme del contratto in questione poi consentono al fornitore del servizio la rimozione di tali contenuti violativi e/o l’ interruzione del servizio stesso agli utenti inadempienti. Sul punto, osserva il decidente che il convenuto fa esplicito riferimento a coloro che “violano”

dette regole invero tradendo, con l'uso di detto verbo, l'idea – ovviamente errata – che il proprio sistema di regole valichi la sfera meramente contrattuale (e imprenditoriale) e ascenda addirittura a sistema regolatore della “corretta” manifestazione del pensiero; il convenuto arriva – come si legge in “abstract” degli “standard della comunità” riportato alla pag. 7 della memoria – a affermare di prestare molta attenzione nel “creare normative”, laddove ovviamente trattasi di ben più modeste clausole contrattuali nel contesto di legittimo ma ben limitato ambito di attività economica finalizzata (come è condivisibile) alla massimizzazione del lucro anche in questo settore, peraltro sempre più concorrenziale. Nell'ambito di tali clausole contrattuali, il convenuto (pag. 8 della memoria) indica l'art. 2 degli standard della comunità e chiarisce che sono rimossi “i contenuti che esprimono supporto o elogio di gruppi, leader o individui coinvolti in attività di odio organizzato, omicidio di massa... traffico di esseri umani e violenza organizzata o attività criminale”.

Viene specificata anche la nozione di organizzazione che incita all'odio (pag. 8): trattasi di qualsiasi associazione con un nome, un segno o simbolo che esprima contrasto addirittura anche fisico contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità.

Per quanto qui ci interessa, l'art. 10 degli standard stabilisce che “il bullismo e le intimidazioni possono assumere varie forme, dalla minaccia di condividere informazioni personali all'invio di messaggi minatori, passando per contatti maliziosi non desiderati”.

Nelle ulteriori e diffuse argomentazioni, il convenuto eccepisce che tutte le condotte dell'odierno attore – sì come censurate (*rectius*: contrattualmente sanzionate) da esso resistente – concretano inadempimenti contrattuali. Nega comunque sussistenza e consistenza di danno risarcibile.

Chiede quindi il rigetto della domanda.

Così chiarite le posizioni delle parti, il decidente osserva che l'ambito della presente controversia è così di seguito delimitato:

- parte ricorrente adduce inadempimento contrattuale del convenuto e rende istanza di tutela risarcitoria;
- parte convenuta nega proprio inadempimento contrattuale e rende eccezione riconvenzionale di inadempimento altrui.

Va quindi – ove necessario – chiarito che si sta controvertendo soltanto in ordine alla corretta prestazione e alla corretta fruizione di un servizio che un imprenditore rende in forza di titolo negoziale contrattuale. Poiché peraltro le parti non controvertono in ordine ai fatti storici (reiterata rimozione di “post”, di materiale vario e sospensione di fruizione del servizio), la cognizione deve vertere sulla eccezione riconvenzionale di inadempimento resa dal convenuto, sulla base del contratto in essere tra le parti.

Riassumendo la sostanza dei singoli episodi, in forza del materiale reso disponibile dalle parti e delle contestazioni rese dal fruitore del servizio all’utente, la materia del contendere attiene:

– alla pubblicazione di una fotografia di Benito Mussolini (in occasione della ricorrenza della sua nascita, come successivamente precisato dal fruitore del servizio):

– alla pubblicazione (avvenuta circa cinque anni prima) di una fotografia di Benito Mussolini con la scritta “Duce” e “Viva Mussolini”;

– alla pubblicazione (avvenuta circa un anno prima) di una fotografia della bandiera della Repubblica sociale italiana, unitamente a considerazioni dell’utente;

– alla pubblicazione di considerazioni scritte sulla figura di un pilota di guerra e sulle circostanze della sua morte, oggettivamente tragica;

– alla pubblicazione di un commento a un “post” di terzo.

Le prime quattro condotte sono state ritenute violative del divieto di pubblicazione di “contenuti che esprimono supporto o elogio di gruppi, leader o individui coinvolti in attività di odio organizzato, omicidio di massa...traffico di esseri umani e violenza organizzata o attività criminale”; l’ultima è stata ritenuta violativa del divieto di contenuti improntati a bullismo e intimidazione, che “ possono assumere varie forme, dalla minaccia di condividere informazioni personali all’invio di messaggi minatori, passando per contatti maliziosi non desiderati”.

Il problema – quanto alle prime quattro condotte – sta ovviamente nel fatto che l’odierno ricorrente fa riferimento ed esprime pensiero di adesione all’ideologia fascista. È certamente indubitabile che l’assetto democratico fondato sulla costituzione repubblicana si connota per netto e deciso rifiuto del fascismo, ideologia contraria ai valori della attuale carta fondamentale, la quale arriva esplicitamente a vietare la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.

La legislazione statale degli anni successivi (cd. legge Scelba) come noto ebbe poi a concretizzare detto divieto, con una norma che colora di illecito penale anche l'apologia del fascismo.

Nella sua applicazione giurisprudenziale, detta normativa – in osmosi con la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), che concreta diritto di alto rango costituzionale, come tale nemmeno revisionabile secondo le forme stabilite dalla carta (una revisione concreterebbe una fonte-fatto di tipo rivoluzionario, con cesura della continuità costituzionale) – è stata intesa nel senso che le condotte apologetiche – per divenire illecite – devono concretarsi in comportamenti fattivi – pur solo nella forma propedeutica – di pericolo di ricostituzione del disciolto partito fascista: in ciò si sostanzia il pericolo (inteso come probabilità del verificarsi dell'evento dannoso) che il legislatore vuole evitare.

Orbene, in tale contesto, affinché la statuizione pattizia “*de quo*” possa essere posta a base di giudizio di inadempimento contrattuale e non concreti violazione del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero, deve aversi una condotta dell'utente improntata a effettività del pericolo che detta espressione del pensiero possa portare a concreto “supporto” o “elogio” di gruppi e soggetti coinvolti in attività di odio o criminale etc.

In definitiva, concreterebbe inadempimento contrattuale una condotta dell'utente che si concreti in iniziative fattive volte – esse si – a supportare ed elogiare l'ideologia fascista in una logica di espansione del consenso all'ideologia medesima, utile a concretizzare pericolo di riaffermazione dell'ideologia medesima mediante riorganizzazione. Viceversa nessun inadempimento nella semplice espressione delle proprie convinzioni, pur improntate a dette ideologie, in una logica di dialettica e confronto.

Non senza rilevare che è poi lo stesso convenuto, nella sua ampia documentazione, a affermare che la propria piattaforma mira a diffondere il confronto, le idee, le opinioni in una logica (sicuramente onirica, ove sincera) di ottimizzazione dello stesso libero pensiero.

E allora – e al contrario di quanto sbrigativamente ritenuto dal fornitore del servizio oggi convenuto, con le condotte di cui si duole odierno attore – in fondo proprio il confronto delle opinioni può essere utile a rendere palese la non divisibilità di una determinata ideologia, e tra esse quella fascista.

Il nostro legislatore ha dichiarato chiaramente che la democrazia nata dalla costituzione repubblicana non ha paura dell'ideologia fascista e non ha timore di chi manifesta il proprio pensiero improntato a detta ideologia; contrasta invece ogni condotta che rechi in sé il concreto pericolo di una ricostituzione di tessuto organizzativo e operativo improntato a detta ideologia.

Come detto, è in questa chiave che vanno lette le clausole negoziali "de quo" e i fatti in esame non concretano elogio dell'ideologia fascista in una logica di espansione del consenso all'ideologia medesima, utile a concretizzare pericolo di riaffermazione dell'ideologia medesima, bensì mera manifestazione del pensiero, come tale tutelata dalla costituzione e non certo sopprimibile da clausole pattizie di diritto privato rese nel contesto di mera attività d'impresa, volta al lucro, da parte del fornitore del servizio stesso.

Ciò peraltro soprattutto alla luce della consistenza stessa delle condizioni e degli "standard" della comunità, che non si concretano in una delimitazione negoziale del tema delle discussioni (ad es.: un forum di meteorologia in cui il regolamento, accettato dagli utenti, preveda che il moderatore escluda i messaggi che esulino dal tema meteorologico) ma fissa regole generali di comportamento, sostanzialmente improntate al divieto di supporto o elogio di soggetti coinvolti in attività di odio e/o violenza; sicché dette regole devono essere lette nella logica di evitare un pericoloso rafforzamento di detti gruppi; in definitiva in chiave costituzionalmente orientata.

Nei casi concreti qui in esame deve peraltro osservarsi che:

– sul piano squisitamente giuridico (e in tale limitato ambito), Benito Mussolini è stato Capo di governo dello stato italiano e come tale è stato riconosciuto nella comunità giuridica internazionale; egli – fatto storico – non è stato oggetto – come persona fisica – di alcuna sentenza di condanna per attività illecite (le decisioni della sua fucilazione non è certo ascrivibile a rango di pronuncia giurisdizionale, nemmeno di autorità di fatto); le sue condotte non sono state ritenute difformi dal diritto internazionale dell'epoca, sia generale sia pattizio;

– la bandiera della RSI è propria di un soggetto che non ha trovato ovviamente riconoscimento nel diritto internazionale pattizio, ma che tale (cioè soggetto giuridico di diritto internazionale) si è manifestato

nel diritto internazionale generale, come noto connotato dalla effettività della sovranità, nel caso specie – ahimè – esistente;

– le vicende relative alla morte del pilota di guerra – oggetto del “post” in questione – sono oggettivamente tragiche e le considerazioni e i commenti sono resi – con continenza – in contesto di più ampio dibattito.

Orbene, tutte queste condotte dell’odierno istante – sì come rese palesi dal materiale reso disponibile dalle parti – non concretano la violazione di “*standard*” viceversa addotta dalla parte convenuta, ma esercizio del diritto costituzionale fondamentale di libertà di manifestazione del pensiero, avvenuto in modalità improntate a continenza e insuscettive di limitazione.

Quanto poi al commento reso nei confronti di soggetto terzo, parte attorea ha documentato il contesto in cui lo stesso è avvenuto (plateali le intemperanze verbali del suddetto terzo, di cui quindi parte convenuta ha oggi preso contezza). Osserva tuttavia il giudicante che ciò non rileva ai fini della valutazione di inadempimento dell’odierno istante. È piuttosto ed invece il tenore stesso del commento ad essere improntato a dialettica solo fortemente polemica tra persone adulte (e semmai di poca utilità, con buona pace dei nobili intenti del fornitore del servizio, ma in linea con la connotazione imprenditoriale dello stesso, che legittimamente mira – con la fruizione del servizio da parte degli utenti – al profitto, conseguito con logiche estranee alla materia del contendere e invero oggetto anche di correzioni operative imposte anche da stati sovrani allo stesso odierno convenuto), ma reso con espressioni che non ridondano affatto in “bullismo e ... intimidazioni in varie forme, dalla minaccia di condividere informazioni personali all’invio di messaggi minatori, passando per contatti maliziosi non desiderati”.

Va quindi in definitiva affermato l’inadempimento di parte convenuta e va respinta l’eccezione riconvenzionale resa dal medesimo.

In ordine alla quantificazione del danno, la valutazione non può che essere equitativa e a tal fine gli elementi in fatto adottati dall’istante (e nemmeno contrastati dal convenuti) consentono una quantificazione che non sia arbitraria.

Gli elementi a considerarsi sono invero la reiterazione delle condotte di inadempimento e la durata complessiva – consistente in oltre quattro mesi – della illegittima interdizione dal servizio; trattandosi di

servizio gratuito, va valutato il dato del danno da compressione della libera manifestazione del pensiero da parte del ricorrente e in contesto di comunità (i suoi “amici”) di ben 2.500 persone circa e di fattiva fruizione ordinaria del servizio ad opera dell’istante. Non avendo l’attore reso specificazioni in ordine ai filtri da lui prescelti tra quelli predisposti dal fornitore (e peraltro in continua evoluzione, per motivi peraltro di vario genere) in ordine alla propria “privacy”, non è possibile valutare eventuali inadempimenti del fornitore in punto di accesso a “post” dell’utente da parte di soggetti non autorizzati.

(omissis)

NOTA (1): FACEBOOK E COSTITUZIONE

La decisione in commento assume che le statuizioni contenute nel contratto intercorso tra il ricorrente e Facebook devono cedere il passo di fronte alla normativa costituzionale e, in particolare, al dettato dell’articolo 21 secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero è incoercibile.

L’affermazione non è condivisa dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui, al contrario, è la libertà di manifestazione del pensiero, che deve cedere il passo rispetto ad altri principi costituzionali.

È stato infatti ricordato che:

“Quanto al merito della questione, sostanzialmente riproposta nel motivo di ricorso n. 3.4, giova ribadire che essa è manifestamente infondata, giacché il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all’art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall’art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell’odio e della discriminazione razziale.

Di più, secondo l’art. 117 Cost., comma 1, la potestà legislativa ordinaria deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi interna-

zionali. In questo quadro, vincola il legislatore nazionale la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7.3.1966, in forza della quale tutti gli Stati contraenti devono – tra l'altro – condannare ogni propaganda e ogni organizzazione che si ispiri a teorie basate sulla superiorità di una razza o di una etnia, o che giustifichino o incoraggino ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e devono dichiarare punibili dalla legge ogni diffusione e ogni organizzazione basate su siffatte teorie, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 4 della Convenzione).

Proprio in esecuzione di tale vincolo internazionale, consacrato dall'art. 117 Cost., il legislatore italiano, con la L. 13 ottobre 1975, n. 654, ha ratificato la predetta convenzione internazionale e ha punito come delitto la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, nonché l'incitamento a commettere atti di discriminazione o di provocazione alla violenza nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale (art. 3, comma 1, lett. a) e b, poi modificato dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con L. 25 giugno 1993, n. 205, nonché dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 13). Per le stesse ragioni i documenti incriminati non possono essere giustificati sulla base delle libertà di ricerca storica e culturale e del relativo insegnamento proclamate dall'art. 33 Cost., comma 1, giacché anche queste libertà sono limitate dall'obbligo costituzionale di rispettare la eguaglianza e la pari dignità delle razze e delle etnie, come sopra individuato.

Più in particolare, la libertà di ricerca e di insegnamento storico-culturale cessa quando travalica nella diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale ovvero nell'incitamento alla discriminazione razziale.

Già in altra occasione questa Corte ha avuto modo di dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost., della L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, comma 3, come novellato dalla L. 25 giugno 1993, n. 205, laddove vieta la partecipazione, la promozione e la direzione di organizzazioni aventi come scopo l'incitamento alla discriminazione e alla violenza di tipo razziale, osservando che l'incitamento ha un contenuto fattivo di

istigazione a una condotta (la discriminazione e la violenza razzista) che realizza un quid pluris rispetta alla mera manifestazione di opinioni personali (Sez. 5, n. 31655 del 24.1.2001, Ganglio, rv. 220022). Il principio vale non solo per le organizzazioni razziste, ma anche per la diffusione di idee e per le indagini storiche con intenzionalità razziste, appunto perché la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista, che sono cosa diversa dal pensiero e dalla ricerca storica. “

(Cass. pen. n.37581/2008).

La decisione richiamata si rifà a Cass. pen. n. 31655 che, come indicato nel corpo della decisione sopra riportata, aveva già avuto modo di rimarcare che:

“La norma di cui all’art. 3 comma 3 l. 13 ottobre 1975 n. 654, nel testo sostituito dall’art. 1 comma 1 d.l. 26 aprile 1993 n. 122, conv. con modificazioni in l. 25 giugno 1993 n. 205, la quale prevede e sanziona penalmente il fatto di chi promuova o diriga organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, come pure il fatto di chi partecipi a taluna delle suindicate aggregazioni, manifestamente non si pone in contrasto con gli art. 2, 3, 18 comma 1, 21 e 25 comma 2 cost., atteso che, quanto ai primi due articoli, sarebbe, semmai, proprio la condotta vietata a porsi in contrasto con essi; quanto all’art. 18, comma 1, questo garantisce il diritto di associazione solo a condizione che i fini perseguiti non siano vietati ai singoli dalla legge penale, laddove la discriminazione prevista dalla norma penale in questione sarebbe realizzabile solo mediante atti di coercizione fisica o morale suscettibili di integrare di volta in volta gli estremi di reati quali la violenza privata, l’estorsione, le lesioni volontarie ed altri; quanto all’art. 21, questo tutela soltanto la manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali, rispetto ai quali l’incitamento, siccome caratterizzato da un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta, quanto meno intesa come comportamento generale, realizza un «quid pluris»; quanto all’art. 25 comma 2 non sussiste l’ipotizzata indeterminatezza del precetto penale, suscettibile di pregiudicare il diritto di difesa, dovendosi invece ritenere che il precetto medesimo sia suffi-

cientemente tipizzato e determinato, emergendo dall'interpretazione letterale e sistematica della norma che lo contiene che l'incitamento alla discriminazione e alla violenza è solo lo scopo mediato di un'ulteriore fine che consiste nella limitazione, imposta ad altri individui, appartenenti alla stessa società civile, di esercitare i diritti civili, politici e amministrativi individuali e collettivi di cui sono titolari perché diversi per razza, etnia, nazionalità o religione" (Cass. pen. Sez. V, 24/01/2001, n. 31655).

Quest'ultimo arresto della Suprema Corte dà anche modo di rilevare come le manifestazioni del pensiero come quelle in esame possano anche integrare fattispecie penali ciò a conferma che l'esternazione di ogni e qualsiasi pensiero non sia di per sé legittima ai sensi dell'art. 21 cost.

Un riferimento al dettato costituzionale più pregnante, per il fenomeno in questione, è il dettato dell'art. 117 cost. secondo cui "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Ebbene il panorama internazionale è colmo di disposizioni che vietano i comportamenti posti all'attenzione del Tribunale di Chieti.

Come ricordato in una molto ben argomentata e recente ordinanza del Tribunale di Roma è sufficiente por mente all'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 9/12/1948 ovvero all'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea.

Il contenuto e la portata delle norme richiamate sono stati ampiamente delineati dalla giurisprudenza comunitaria.

Recentemente infatti è stato ribadito che:

"Indubbiamente, la libertà di espressione, in quanto fondamento essenziale di una società democratica e pluralista rispecchiante i valori sui quali l'Unione si fonda, a norma dell'articolo 2 TUE, costituisce un diritto fondamentale garantito dall'articolo 11 della Carta (sentenza del 6 settembre 2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, punto 31).

Tuttavia, come risulta dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, la libertà di espressione non è un diritto assoluto e il suo esercizio può incontrare delle limitazioni, a condizione che queste siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di tale diritto nonché il principio di proporzionalità, vale a dire che esse siano necessarie e

rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di tutela dei diritti e delle libertà altrui" Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 23/04/2020, n. 507/18).

Pertanto ricorrere unicamente allo strumento dell'art. 21 cost., per verificare la legittimità di norma contrattuali, sembra riduttivo.

La giurisprudenza che ha colto il più ampio campo normativo cui fare riferimento è, pertanto, giunta a risultati opposti di quelli della decisione in argomento ritenendo, viceversa, "manifestazioni del pensiero" similari come vietate dall'ordinamento giuridico.

Ciò poiché: "Il diritto internazionale, nel bilanciamento con il diritto di libera manifestazione del pensiero, non offre alcuna protezione a messaggi di incitamento all'odio o alla discriminazione e richiede interventi volti a prevenire e ad arginare la diffusione di detti messaggi sul presupposto che essi costituiscano un pericolo per la democrazia, ancora più pregnante quando la diffusione avviene attraverso social media, compromettendo altri diritti umani oggetto di tutela sul piano internazionale come la dignità della persona, che implica il divieto di ogni discriminazione." (Tribunale di Roma, 23.2.2020).

Al pari nel diritto interno: "Il diritto alla libera manifestazione del pensiero subisce diverse limitazioni in materia di repressione della discriminazione sotto diversi aspetti.

In particolare si ritiene, in dottrina e giurisprudenza (v. la giurisprudenza citata più avanti), che discorsi d'odio – poiché in grado di negare il valore stesso della persona così come garantito agli artt. 2 e 3 Cost. – non rientrino nell'ambito di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, la quale non può spingersi sino a negare i principi fondamentali e inviolabili del nostro ordinamento, anche se si discute dell'efficacia e dei limiti dello strumento repressivo penale (che in questa sede non viene comunque in discussione)." (idem)

D'altra parte basta por mente all'art. 604 bis c.p. secondo cui :

"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale."

Pertanto consentire che su un social network possano essere veicolati messaggi di odio potrebbe anche integrare un concorso nel reato da cui non ci si potrebbe sottrarre invocando la libertà di manifestazione del pensiero.

Quanto all'affermazione che "Mussolini ... non è stato oggetto di alcuna sentenza di condanna" e che le sue "condotte non sono state ritenute difformi dal diritto internazionale dell'epoca sia generale che pattizio" giova ricordare come, tra l'altro, l'Italia sia stata soggetta alle sanzioni della Società delle Nazioni nel 1936 per l'aggressione all'Etiopia.

Quanto alle sentenze di condanna esse, atteso il tragico epilogo della vita di Mussolini, sicuramente non sono potute intervenire.

Ciononostante l'esperienza successiva ha dimostrato che la circostanza che si sia stati riconosciuti nel contesto internazionale non evita che i comportamenti adottati durante il periodo di "riconoscimento internazionale" non impediscano che intervengano sentenze di condanna per comportamenti adottati in tali lassi di tempo.

I processi di Norimberga, quello di Tokio e l'istituzione del Tribunale penale internazionale dell'Aja dimostrano che il principio del nul-

lum crimen sine poena si è molto edulcorato allorchè si versi nell'ambito di crimini contro l'umanità.

Quanto al fascismo l'art. 6 del d.lgt n. 159 /1944 stabilì che:

"Non può essere invocata la prescrizione del reato e della pena a favore di coloro che, pur essendo colpevoli dei delitti di cui al presente decreto, sono rimasti finora impuniti per l'esistenza stessa del regime fascista. Per lo stesso motivo amnistie indulti concessi dopo il 28 ottobre 1922 sono inapplicabili ai delitti di cui al presente decreto e, se sono già stati applicati, le relative declaratorie sono revocate. L'alto commissario potrà proporre la revoca di grazie sovrane già concesse. Le sentenze pronunciate per gli stessi delitti possono essere dichiarate giuridicamente inesistenti quando sulla decisione abbia influito lo stato di morale coercizione determinato dal fascismo".

Pertanto eventuali sentenze assolutorie, semmai fossero intervenute nel ventennio, parimenti non avrebbero avuto alcun valore.

Tornano pertanto alla mente le conclusioni del Procuratore generale al processo di Norimberga che ebbe a dire: "Se Voi Signori della Corte doveste dire che questi uomini non sono colpevoli, sarebbe come dire che non c'è stata una guerra, non ci sono cadaveri, non c'è stato delitto".

Pierluigi De Nardis

NOTA (1): IL DIRITTO E LA STORIA

Ogni giurista attento alla dimensione della storia sa bene che non esiste un diritto asettico, "puro", che si regga in sé e per sé a prescindere dai contesti concreti nei quali opera, o che permette di leggere la realtà soltanto "sul piano squisitamente giuridico", servendosi dunque di un registro buono per tutte le stagioni, sorretto da formalismo giuridico o "in punta di diritto", come si dice.

Questa propensione esiste, è anche legittima per molti versi, per intere generazioni di giuristi è stato anzi un "sogno" da perseguire. Peccato che quando essa incontra la storia, la faccenda si faccia molto, molto più complicata.

La storia è complessa e complicata, in certo modo spariglia le carte ben allineate della forma e ci pone sempre davanti ai suoi chiaroscu-

ri. Non solo: la storia ci rimanda incessantemente a un impatto fattuale degli atti, a conseguenze pubbliche, e civili, che spesso confliggono con modelli formali giuridicamente e teoricamente "perfetti".

Se guardiamo alla sentenza in punta di diritto, si è davanti alla sanzione di una mera violazione rispetto a vincoli contrattuali sottoscritti dalle parti (Facebook e il suo privato utilizzatore). Quindi c'entrano poco – agli occhi dello storico, perlomeno – dimensioni ben più alte che vengono evocate dal ricorrente, come la "libertà di espressione" (qui: libertà totale, senza limite alcuno, di inneggiare alla dittatura fascista, al suo leader, alla Repubblica sociale e così via, nella sfera pubblica latamente intesa).

Eppure, la libertà è termine pericoloso e direi addirittura "terribile", se viene inteso come ormai sempre più spesso viene inteso. La libertà si connota, ed esiste, proprio in quanto ha limiti. Altrimenti non è, si fa arbitrio. Non v'è libertà senza il dovere di rispettare regole comuni, pubbliche, senza le quali cade ogni possibilità di diritto. Oggi invece ci si richiama tutti a una presunta libertà, intesa come possibilità di muoversi senza vincoli, insofferenti ai contrappesi imposti dal vivere civile, prendendo posizioni – pubbliche e non private, qui sta il punto – in contrasto con la storia e la natura stessa della comunità statale vigente.

Se viceversa ponderiamo gli effetti pubblici – e civili – del pronunciamento, entrano in gioco ambiti e ricadute di ben maggiore portata. Rispetto ai quali si continua, spesso dolosamente, a perpetuare una doppia confusione. Essa riguarda soprattutto il "passato che non vuole passare" della storia dell'Italia contemporanea, il quarto di secolo che va dalla conquista del potere da parte del fascismo nel 1922 e giunge alla democrazia costituzionale italiana dal 1946 in poi, passando attraverso una lunga dittatura, drammi e orrori, guerre e resistenze.

La prima confusione: tra un regime totalitario, nel suo autunno dalla seconda metà degli anni Trenta divenuto anche di stampo nazifascista, e una democrazia come quella italiana nata dopo il 1945, non v'è alcuna, neppur minima, possibilità di compromesso. Si tratta di concezioni del tutto opposte. Può esistere o uno Stato che si richiami all'ordine nazifascista oppure uno Stato che si incardini in assetti democratici (fatta salva un'ovvia, ma fisiologica, "continuità dello Stato" nei meccanismi degli apparati che ne fanno funzionare la mac-

china, nella transizione scivolosa da un regime all'altro). Pertanto, si può – sul piano storico, al di là di ogni disquisizione “squisitamente giuridica” – dire che dal dopoguerra si instaura in Italia una compagine statutale del tutto nuova, nei principi, nelle forme, nelle regole del gioco. Un'Italia che per la prima volta nella sua storia “inventa” e sperimenta la democrazia formale e compiuta.

Ho appena curato un volume proprio su questi temi: se fosse dipeso dal fascismo e dai suoi epigoni, mai e poi mai sarebbe nata la Repubblica democratica italiana. Se siamo in democrazia, e ne godiamo i frutti anche nei termini della famosa “libertà d'espressione” tanto evocata, lo dobbiamo, tutti, alla piena sconfitta del fascismo. Questa non è un'opinione ma realtà fattuale della storia, indiscutibile.

Se poi per giudicare Mussolini e il regime, dal punto di vista storico, non bastano tutti gli errori, le nefandezze, le violenze, le tragedie e il sangue nei quali hanno gettato gli italiani, le ferite e le lacerazioni che ancora oggi inquinano la vita civile di questo paese, allora davvero non esiste più limite e la storia nulla ci ha insegnato, almeno sul piano civile.

Altra cosa, poi, è il lavoro scientifico degli storici, che indagano e interpretano il passato con metodo scientifico e scevro da pregiudizi, naturalmente. Ed altra cosa, ancora, è il lavoro dei giuristi, il rispetto “puro” e doveroso delle norme.

Credo che il vero limite dell'ordinanza – ma ovviamente scrivo da “profano” e non da giurista, ci mancherebbe – è proprio questo: galleggia, a metà, tra “punta di diritto” (questione facebook/utilizzatore) e considerazioni “altre” (sulla storia d'Italia), che la indeboliscono. Sarebbe stato meglio rimanere più “tecnici”.

Enzo Fimiani

Tribunale di Pescara – sentenza 22 novembre 2018 n. 1692- Est. Bortone – D'O. e altri c. Provincia e altri

Responsabilità civile da circolazione stradale – Incidente mortale – Estinzione del reato per prescrizione – Giudicato penale – Dovere del giudice di appello di pronunciare sulla condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile ex art. 578 c.p.p. – Effetto vincolante per il giudice civile in ordine alla "declaratoria iuris" di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni

Responsabilità civile da circolazione stradale – Danno da perdita della vita – Risarcibilità iure successionis – Apprezzabile lasso di tempo tra il fatto illecito e la morte della vittima – Necessità

Danno da perdita parentale – Liquidazione – Criteri – Tabelle Milanesi

A norma dell'art. 578 c.p.p. l'estinzione del reato non esime il giudice di appello penale dal pronunciare sulla condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile – nel caso di specie derivanti da incidente stradale mortale – anche nell'ipotesi di assoluzione pronunciata in primo grado, atteso che l'art. 576 c.p.p. conferisce al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sul capo della sentenza pur in mancanza di una precedente statuizione sul punto e stante l'effetto vincolante spiegato dalla sentenza del giudice penale che, accertando l'esistenza del reato e la sua estinzione per intervenuta prescrizione, abbia altresì pronunciato condanna definitiva dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio. (1)

I prossimi congiunti di persona deceduta a causa di un fatto illecito sono titolari iure hereditatis del diritto di agire quali eredi e nei limiti della relativa quota per ottenere il risarcimento del danno biologico e di quello patrimoniale sofferto in vita dal defunto ed entrato a far parte di questi prima della sua morte, a condizione che sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, né alla proponibilità di tale domanda da parte degli eredi

osta la presentazione di altra domanda, volta a conseguire iure proprio nella qualità di prossimi congiunti dal defunto, il risarcimento del danno morale e dell'eventuale danno biologico o patrimoniale, subito direttamente a causa della morte del congiunto. (2)

Per la relativa liquidazione di tali voci di danno sono utilizzabili i parametri tabellari, nel rispetto del principio della personalizzazione e del criterio equitativo dell'approssimazione al preciso ammontare, e quindi le tabelle milanesi, come quelle statisticamente maggiormente testate, che indicano dunque un criterio generale di valutazione adottabile per arrivare ad una quantificazione dell'ammontare preciso del risarcimento. (3)

(omissis)

Con atto di citazione notificato il 16 e 28-10-2014 ed il 6 ed 11-11-2014 D'O.P., P. M., D'O. D'O. e D'O. L., rispettivamente genitori e fratelli di D'O.M., defunto all'età di quindici anni il 5-8-2000 allorché, alla guida di una mountain bike, percorrendo la Strada Provinciale L., in corrispondenza della Contrada S. M. Bassa di C. S.A., ... *(omissis)*, era caduto rovinosamente a terra a causa di una banchina a bordo strada, brecciata e ad una quota di 0,15 cm. più bassa rispetto al piano asfaltato così da creare un dislivello insidioso, venendo attinto dallo spigolo del cassone di un autocarro che in quel momento gli viaggiava a fianco; premesso che con sentenza della Corte d'Appello di L'Aquila n. 1306 del 15-6-2010, in parziale riforma delle sentenze di questo Tribunale in data 8-2-2015 e 13-7-2017, quindi in giudicato a seguito della sentenza della Corte di Cassazione n. 35137 del 26-2-2013 che aveva dichiarato inammissibili i ricorsi avverso di essa, confermata l'assoluzione del conducente dell'autocarro G.A., dichiarato estinto per prescrizione il contestato delitto di omicidio colposo, tuttavia l'allora Sindaco di *(omissis)* e *(omissis)* erano stati condannati, unitamente all'Ente Comunale ed all'Ente Provinciale responsabili civili, al risarcimento dei danni in favore delle parti civili; conveniva dunque in giudizio il *(omissis)* perché fossero condannati al risarcimento di tutti i danni derivati dalla morte del loro congiunto, nella misura specificamente indicata nei capi 16 e 17 dell'atto introduttivo del giudizio, salva quella superiore di giustizia, oltre al danno tanatologico *iure hereditario*, oltre interessi e rivalutazione, con detrazione delle somme già percepite dalla Compagnia

di assicurazioni (*omissis*) (€ 84.000,00 a favore di ciascuno dei genitori ed € 30.000,00 a favore di ciascuno dei due fratelli).

L'Amministrazione Provinciale di P. si costituiva in giudizio premettendo che effettivamente nel mese di febbraio 2006 l'I. A. S.p.a., nella qualità di assicuratore della responsabilità civile del Comune di (*omissis*) e di essa Amministrazione Provinciale, aveva corrisposto agli attori la complessiva somma di € 228.000,00, con ciò dovendo ritenersi estinta ogni obbligazione risarcitoria di detti enti; eccependo che la liquidazione del danno tanatologico non poteva essere accordata, trattandosi di decesso prodottosi contestualmente alla verifica del sinistro; che nulla era dovuto al D. P. quanto alla perdita del posto di lavoro, atteso che con missiva del 16 ottobre 2000 egli si era volontariamente dimesso, infondata la giustificazione che la sua presenza fosse necessaria a supporto dell'Autorità Giudiziaria e della Polizia nel ricostruire le modalità di verifica del sinistro; che l'assicuratore aveva anche tacitato i vari avvocati succedutisi in difesa degli attori, versando loro direttamente quanto statuito con il deliberato giudiziale e che comunque la richiesta appariva esosa; che non vi era prova delle spese funerarie; chiedendo che fosse accertata la percentuale di responsabilità da ascrivere alle persone fisiche, a tanto non avendo ottemperato la magistratura penale, all'uopo peraltro eccependo che alla luce delle disposizioni di legge e dei provvedimenti amministrativi adottati dal (*omissis*), in questo era da rinvenirsi l'ente deputato alla manutenzione ed alla custodia della strada ove si era verificato il sinistro; concludeva pertanto per il rigetto della domanda ed in subordine perché fosse condannata a corrispondere quanto ancora fosse risultato dovuto.

Il Comune di (*omissis*) si costituiva in giudizio eccependo come il dedotto sinistro mortale risultasse assai controverso e dai contorni inesatti; (*omissis*)

A norma dell'art. 578 c.p.p. l'estinzione del reato non esime il giudice di appello dal pronunciare sulla condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, e, alla luce della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite dell'11- luglio 2006, n. 25083, richiamata in motivazione dalla sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila n. 1306 del 15-6-2010 di cui in narrativa, anche nell'ipotesi di assoluzione pronunciata in primo grado, "atteso che l'art. 576 cod. proc. pen. conferisce al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sul

capo della sentenza anche in mancanza di una precedente statuizione sul punto”.

Orbene, “la sentenza del giudice penale che, accertando l’esistenza del reato e la sua estinzione per intervenuta prescrizione, abbia altresì pronunciato condanna definitiva dell’imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio, spiega, in sede civile, effetto vincolante in ordine alla “*declaratoria iuris*” di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni, ferma restando la necessità dell’accertamento, in sede civile, della esistenza e della entità delle conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto individuato come “potenzialmente” dannoso e del nesso di derivazione causale tra questo e i pregiudizi lamentati dai danneggiati. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione con cui il giudice di merito, compiendo un nuovo accertamento sul titolo della responsabilità, aveva escluso la sussistenza dei presupposti per il risarcimento del danno – conseguente al suicidio, avvenuto durante il ricovero ospedaliero e in mancanza di adeguate misure preventive adottate dalla struttura sanitaria, di un soggetto affetto da gravi disturbi psichiatrici con tendenze autolesive – rilevando che la sentenza penale di non doversi procedere per estinzione del reato prescritto aveva disposto condanna generica al risarcimento, sebbene da liquidarsi in sede civile)” (Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5660).

In senso conforme, Cass. civ., Sez. III, 4 novembre 2014, n. 23429: “La condanna generica al risarcimento del danno contenuta nella sentenza del giudice penale dichiarativa dell’estinzione del reato per prescrizione non implica alcun accertamento in ordine alla concreta esistenza di un danno risarcibile ma postula soltanto l’accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto dannoso e della probabile esistenza di un nesso di causalità tra questa e il pregiudizio lamentato, restando salva nel giudizio civile di liquidazione del “*quantum*” la possibilità di escludere l’esistenza di un danno eziologicamente conseguente al fatto illecito. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza della Corte di Appello che aveva valutato insussistente il nesso di causalità tra il delitto di cui all’articolo 2621 cod. civ. e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro tra la società e la ricorrente, avvenuta quindici anni dopo la commissione del reato)”.

(*omissis*)

È fuori di dubbio che il sinistro si verificò per le pessime condizioni del fondo stradale, per la presenza di quel dislivello anomalo che nessuno rimosse nonostante varie segnalazioni: il attraversamento ed in particolare il sollevamento della bici avvenne perché il ragazzino finì contro il cordolo, il dislivello esistente tra ciglio della strada e banchina laterale; situazione di palese pericolo, oltre tutto non visibile per chi provenendo dalla rampa a bordo di una bici si fosse immesso sulla S.P. Lungofino, anche per la presenza di vari automezzi incolonnati che necessariamente costringevano improvvisamente il ciclista a portarsi verso il margine estremo della carreggiata;

un profilo di colpa che non può non essere addebitato all'ente proprietario della strada (*omissis*) che aveva percepito e conosceva la situazione di pericolo, tanto da aver sollecitato la ditta appaltatrice al completamento del lavoro commissionato a seguito dell'Accordo di Programma tra Provincia e Comune di C. S.A., eppure non attivatosi nel frattempo per far collocare segnaletica di pericolo e quindi, accertata l'inerzia della ditta appaltatrice, per rimuovere direttamente il pericoloso dislivello;

(*omissis*)

Anche in ordine alla questione del concorso di colpa della vittima, emerge come la Corte di Cassazione abbia avuto modo di rilevare che già il giudice di primo grado aveva sostenuto che non fosse emersa prova di una condotta imprudente della vittima e che, in ogni caso, ove anche tale condotta fosse stata avventata, la stessa non avrebbe potuto giungere a porsi quale causa concorrente rispetto all'evento, "la cui unica causa scatenante è stata giustamente individuata nella sconnessione della strada"; non essendo stata la questione posta all'attenzione del giudice del gravame ("considerazioni peraltro non contestate da alcuno, del tutto in sintonia con gli elementi probatori acquisiti, oltre che coerenti sotto il profilo logico"), formatosi così il giudicato penale, essa non può tornare in discussione nel presente giudizio.

(*omissis*)

Orbene, (Cass. civ., Sez. II, 11 maggio 2012, n. 7404) tra i corresponsabili di un danno sussiste sempre responsabilità solidale e paritaria, a nulla rilevando che ciascuno di essi abbia contribuito al verificarsi dell'evento dannoso finale rendendosi inadempiente ad obblighi scaturiti da fonti diverse; in senso conforme la Cass., Sez. lav., 9 aprile

2014, n. 8372, ha sancito che “quando un danno di cui si chiede il risarcimento è determinato da più soggetti, ciascuno dei quali con la propria condotta contribuisce alla produzione dell’evento dannoso, si configura una responsabilità solidale ai sensi dell’art. 1294 cod. civ. fra tutti costoro, qualunque sia il titolo per il quale ciascuno di essi è chiamato a rispondere, dal momento che, sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se un unico evento dannoso è ricollegabile eziologicamente a più persone, è sufficiente, ai fini della responsabilità solidale, che tutte le singole azioni od omissioni abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, alla luce dei principi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dei danni (patrimoniali e non) da risarcire.

Ed allora (Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2004, n. 19564) “il danneggiato per il fatto illecito imputabile a più persone legate dal vincolo della solidarietà può pretendere l’intera prestazione anche da uno solo degli obbligati, mentre la diversa gravità delle rispettive colpe o l’eventuale, diseguale efficienza causale di esse rileva soltanto ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento tra i corresponsabili”; ancora conforme Cass. civ., Sez. III, 22 luglio 2005, n. 15431: “La responsabilità solidale, contrattuale o extracontrattuale (artt. 1292 e 2055, primo comma, cod. civ.), sussiste anche se l’evento dannoso è causalmente derivato dalle condotte, pur autonome e distinte, coeve o successive, di più soggetti, ciascuno dei quali abbia concorso a determinarlo con efficacia di concausa, restando irrilevante, nel rapporto tra danneggiato e danneggiante, la diseguale efficienza causale delle singole condotte, poiché il danneggiato può pretendere l’intera prestazione anche da uno solo degli obbligati”.

Potendo quindi la persona danneggiata pretendere la totalità della prestazione risarcitoria anche da una sola delle persone coobbligate, la diversa gravità delle rispettive colpe di costoro e l’eventuale diseguale efficienza causale di esse possono avere rilevanza soltanto ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento tra i corresponsabili, con la conseguenza che il giudice del merito adito dal danneggiato può e deve pronunciarsi sulla graduazione delle colpe solo se uno dei condebitori abbia esercitato l’azione di regresso nei confronti degli altri, o comunque, in vista del regresso, abbia chiesto tale accertamento in funzione della ripartizione interna, ovvero se il danneggiato abbia rinunciato alla

parte del credito corrispondente al grado di responsabilità del coautore dell'illecito da lui non convenuto in giudizio (rinunzia non ravvisabile peraltro nel mero fatto di non aver agito anche contro quest'ultimo) o abbia comunque rinunciato ad avvalersi della solidarietà nei confronti del corresponsabile convenuto (cfr.: Cass. civ, Sez. III, 3 marzo 1997, n. 1869; numerose altre conformi; più di recente: Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22228).

(*omissis*)

A tal proposito spiega la Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2005, n. 9741 che "l'art. 28 della Costituzione, nel sancire che i funzionari e i dipendenti dello Stato sono "direttamente" responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, non postula un'antinomia fra responsabilità diretta (e cioè ricollegata a fatto proprio) e responsabilità indiretta (scaturente, cioè, da fatto altrui), volendo, viceversa intendere soltanto che essi rispondono "personalmente" di tali atti, senza che ciò elida la responsabilità dell'Amministrazione (vedi Corte costituzionale n. 64 del 1992)".

Ancora (Cass. civ., Sez. III, 13 novembre 2002, n. 15930): "L'attività del dipendente è riferibile all'ente pubblico e ne comporta la responsabilità diretta, ex artt. 28 Cost. e 22 D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, in quanto sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente stesso, cioè sia volta al perseguimento dei suoi fini istituzionali nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è adetto; detto nesso di occasionalità necessaria non è escluso dal carattere doloso dell'illecito posto in essere dal pubblico funzionario".

(*omissis*)

Si può allora passare alla individuazione delle singole voci di danno autonomamente risarcibili nel caso di specie, tenuto conto della formulazione della domanda e delle conclusioni rassegnate.

Va intanto ricordato che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte "i prossimi congiunti di persona deceduta a causa di un fatto illecito sono titolari *iure hereditatis* del diritto di agire quali eredi e nei limiti della relativa quota, per ottenere il risarcimento del danno biologico e di quello patrimoniale sofferto in vita dal defunto ed entrato a far parte di questi prima della sua morte, a condizione che sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, né alla proponibilità di tale domanda da parte degli eredi osta la presentazione di

altra domanda, volta a conseguire iure proprio nella qualità di prossimi congiunti del defunto, il risarcimento del danno morale, e dell'eventuale danno biologico o patrimoniale, subito direttamente a causa della morte del congiunto" (Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2004, n. 4754).

La problematica da esaminare è invero quella inerente il danno da perdita della vita e della incidenza di un sì grave evento rispetto alla posizione dei congiunti del defunto.

A tal riguardo, si è affermato che il bene vita è intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi è fruibile solo in natura (Sez. III, 25 febbraio 1997, n. 1704; Sez. III, 24 aprile 1997, n. 3592; Sez. III, 29 maggio 1996, n. 4991; Sez. III, 28 maggio 1996, n. 4910; Sez. III, 14 marzo 1996, n. 2117; Sez. III, 12 ottobre 1995, n. 10628; Sez. III, 28 novembre 1995, n. 12299).

La perdita del bene giuridico della vita in capo al soggetto non può dunque tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione degli effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando la persona abbia cessato di esistere, non essendo possibile un risarcimento per equivalente che operi quando la persona più non esiste (Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7632).

Il danno biologico o danno alla salute consiste invece nella menomazione arrecata all'integrità fisico psichica della persona in sé e per sé considerata, incidente sul valore umano in ogni sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferente al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica, ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche spirituale, sociale culturale ed estetica.

La distinzione tra vita e salute e, conseguentemente, tra diritto alla vita e diritto alla salute è stata ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 372 del 1994, che ha rilevato come "sebbene connesse, la seconda essendo una qualità della prima, vita e salute sono beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sottopotesi di lesione alla salute in senso proprio".

Nel caso di lesioni mortali, quindi, non può negarsi autonoma considerazione alle lesioni rispetto alla morte, poiché trattasi di eventi che incidono su beni giuridici diversi, quali sono l'integrità psico-fisica e la vita, e ledono quindi diritti diversi, quali sono il diritto alla salute ed il diritto alla vita.

Tale autonoma considerazione non può tuttavia condurre al riconoscimento della risarcibilità *iure hereditario* del danno biologico in ogni caso di lesioni mortali, e quindi anche nell'ipotesi di morte istantanea.

Non vale infatti osservare che la morte, per quanto sia rapida, non può essere contemporanea alla lesione che l'ha causata, poiché non si può sostenere che in capo al soggetto colpito da lesione mortale, ma ancora in vita anche se per un solo istante, insorga il diritto al risarcimento del danno all'integrità psico-fisica o danno biologico, con conseguente sua trasmissibilità *iure successionis*.

Invero, se il diritto all'integrità psico-fisica ha come oggetto la fruizione del bene salute, per l'esplicazione piena ed ottimale delle attività realizzatrici della persona umana nel suo ambiente di vita, una concreta perdita o riduzione di tali potenzialità può concretizzarsi soltanto nell'eventualità della prosecuzione della vita, in condizioni menomate, per un apprezzabile periodo di tempo successivamente alle lesioni.

Consegue che, in difetto di una apprezzabile protrazione della vita successivamente alle lesioni, pur risultando lesa l'integrità fisica del soggetto offeso, non è configurabile un danno biologico risarcibile, in assenza di una perdita delle potenziali utilità connesse al bene salute, suscettiva di essere valutata in termini economici; è viceversa ipotizzabile un danno biologico, risarcibile agli eredi, qualora tra la lesione e la morte intercorra un lasso di tempo sufficiente perché si concretizzi quella perdita di utilità fonte dell'obbligazione risarcitoria.

Peraltro, nel quadro sistematico del "danno non patrimoniale" complessivo, autorevolmente precisato dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008 n. 26972), deve essere riconosciuto, ove in sostanza allegato e provato, il "danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine" (come è stato ribadito – Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 2009 n. 458, Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2010 n. 8360 – "il danno cosiddetto "tanatologico" o da morte immediata va ricondotto

nella dimensione del danno morale, inteso nella sua più ampia accezione, come sofferenza della vittima che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita”).

La Suprema Corte anche in precedenza aveva affermato che la brevità del periodo di sopravvivenza alle lesioni, se esclude l'apprezzabilità ai fini risarcitori del deterioramento della qualità della vita in ragione del pregiudizio della salute, ostando alla configurabilità di un danno biologico risarcibile, non esclude viceversa che la vittima abbia potuto percepire le conseguenze catastrofiche delle lesioni subite e patire sofferenza, il diritto al cui risarcimento, sotto il profilo del danno morale, risulta pertanto già entrato a far parte del suo patrimonio al momento della morte, e può essere conseguentemente fatto valere “*iure hereditatis*” (Cass. 31-5-2005 n. 11601, Cass. 6-8-2007 n. 17177; Cass. 14-2-2007 n. 3260 sull'entità di tale danno).

Ancora Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2010, n. 8360: “Il danno cosiddetto “tanatologico” o da morte avvenuta a breve distanza di tempo da lesioni personali, deve essere ricondotto nella dimensione dei danni morali e concorre alla liquidazione degli stessi da configurare in modo unitario ed onnicomprensivo, procedendosi alla personalizzazione della somma complessiva che tenga conto, perciò, anche della suddetta voce di danno, ove i danneggiati ne abbiano fatto specifica e motivata richiesta e sempre che le circostanze del caso concreto ne giustifichino la rilevanza”; Cass. civ., Sez. Lav., 18 gennaio 2011, n. 1072: “In caso di lesione dell'integrità fisica – nella specie conseguente ad un infortunio sul lavoro – che abbia portato a breve distanza di tempo ad esito letale, è configurabile un danno biologico di natura psichica subito dalla vittima che abbia percepito lucidamente l'approssimarsi della morte, reclamabile dai suoi eredi, la cui entità dipende non già dalla durata dell'intervallo tra la lesione e la morte bensì dall'intensità della sofferenza provata; il diritto al risarcimento di tale danno è trasmissibile agli eredi. (Nella specie, il S.C. ha confermato il riconoscimento nella misura del 100% del danno biologico terminale, *jure successionis*, avendo – in base agli esiti della effettuata *ctu medica* – il lavoratore subito un danno psichico totale per la presenza di una sofferenza e di una disperazione esistenziale di intensità tale da determinare, nella percezione dell'infortunato, un danno catastrofico, in una situazione di attesa lucida e disperata dell'estinzione della vita).

(*omissis*)

Orbene, da tempo la giurisprudenza di legittimità e di merito è pervenuta al riconoscimento (ad es. Cass. civ., Sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19057) che, “riportata la responsabilità aquiliana nell’ambito della bipolarità prevista dal codice vigente tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), e ritenuto che il danno non patrimoniale debba essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesioni di valori della persona umana costituzionalmente protetti, poiché il danno biologico, quale danno alla salute, rientra a pieno titolo, per il disposto dell’art. 32 Cost., tra i valori della persona umana considerati inviolabili dalla Costituzione, la sua tutela è apprestata dall’art. 2059 c.c., e non dall’art. 2043 c.c., che attiene esclusivamente alla tutela dei danni patrimoniali”.

E la Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2005, n. 729, ha ulteriormente precisato che “il risarcimento del danno non patrimoniale non richiede che la responsabilità dell’autore del fatto illecito sia stata accertata in un procedimento penale, in quanto l’interpretazione conforme a Costituzione dell’art. 2059 c.c. (Corte Cost., sentenza n. 233 del 2003) comporta che il riferimento al reato contenuto nell’art. 185 c.p., comprende tutte le fattispecie corrispondenti nella loro oggettività all’astratta previsione di una figura di reato; inoltre il danno non patrimoniale non può essere identificato soltanto con il danno morale soggettivo, costituito dalla sofferenza contingente e dal turbamento dell’animo transeunte, determinati dal fatto illecito integrante reato, ma va inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata all’art. 185 c.p.”.

Con l’importante decisione 11 novembre 2008 n. 26972, le Sezioni Unite della Cassazione hanno non solo composto i precedenti contrasti sulla risarcibilità del cosiddetto danno esistenziale, ma hanno anche più in generale riesaminato approfonditamente i presupposti ed il contenuto della nozione di “danno non patrimoniale” di cui all’art. 2059 c.c., ribadendo innanzitutto che esso è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato); e quelle in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di

legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.), denominato danno biologico, del quale è data, dal D. Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139, specifica definizione normativa.

Trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto.

Stabilendo che il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva (sicché non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d'un danno definito "esistenziale", inteso quale la perdita del fare reddituale della persona), le Sezioni Unite hanno sancito che esso va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni, dovendo pertanto ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; la Suprema Corte riconosce però che la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, anche se non un pregiudizio a sé stante.

Negli specifici casi determinati dalla legge, al massimo livello costituito dalla Costituzione, di riparazione del danno non patrimoniale, è dunque solo a fini descrittivi che, come avviene ad esempio nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), si impiega un nome, parlando di danno biologico, figura che ha avuto espresso riconoscimento normativo nel D. Lgs. n. 209 del 2005, cosiddetto Codice delle assicurazioni private; ovvero, nel caso di lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale.

Ed allora ed in concreto i criteri di tale integrale liquidazione del danno, che reintegri per equivalente, con una prestazione patrimoniale, la lesione di questi specifici valori che non hanno in sé immediata

natura patrimoniale, non possono che essere eminentemente equitativi (cfr.: Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 2003, n. 11704; Cass. civ., sez. III, 15 settembre 1995, n. 9725 e 25 febbraio 2004, n. 3806).

In particolare la Suprema Corte ha affermato che “la liquidazione del danno non patrimoniale subito dai congiunti in conseguenza dell’uccisione del familiare deve avvenire in base a valutazione equitativa, vertendosi in tema di lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali privi di contenuto economico; e deve tener conto dell’intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l’età della vittima e dei singoli superstiti” (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828).

“La liquidazione del danno morale non può essere compiuta se non con criteri equitativi, tenendo conto della gravità del reato e del patema d’animo subito dalla vittima. La concreta determinazione dell’ammontare del danno, che non può in ogni caso essere compiuta con riferimento ai valori medi adottati dall’ufficio giudiziario per casi consimili, rimane insindacabile in sede di legittimità qualora il giudice dia conto d’aver considerato questi fattori ed il giudizio sia congruente al caso (con adeguamento del danno alle singole realtà individuali in considerazione degli aspetti relazionali tra superstiti e defunto e conseguente riconoscimento ai parenti più prossimi o conviventi di un risarcimento maggiore, sul presupposto – desunto dalle comuni regole di esperienza – che quanto più stretto è il rapporto parentale tanto più intenso è il dolore, specie se al rapporto si associa la convivenza), e la determinazione non risulti palesemente sproporzionata per difetto od eccesso” (Cass. civ., sez. III, 11 agosto 2004, n. 15568).

La stessa Suprema Corte ha riconosciuto che il giudice può ispirarsi a criteri predeterminati e standardizzati, quali le tabelle elaborate da alcuni uffici giudiziari, anche se non in quello di sua appartenenza, con la precisazione che, poiché il loro fondamento è la media dei precedenti giudiziari in un dato ambito territoriale e la loro finalità è quella di uniformare i criteri di liquidazione del danno, il giudice deve congruamente motivare le ragioni della sua scelta (cfr.: Cass. civ., sez. lav., 1° ottobre 2003, n. 14645 e 12 maggio 2006, n. 11039; Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2005, n. 16225 e 20 ottobre 2005, n. 20323).

Sull’utilizzabilità dei parametri tabellari, nel rispetto del principio della personalizzazione e del criterio equitativo dell’approssimazio-

ne al preciso ammontare, e quindi delle tabelle milanesi, come quelle statisticamente maggiormente testate, che indicano dunque un criterio generale di valutazione adottabile per arrivare ad una quantificazione dell'ammontare preciso del risarcimento, si è espressa la Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760; ancora, Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408: "La liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto".

A seguito dell'indirizzo giurisprudenziale di cui alla citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, le ultime tabelle, a partire dal 2009 e così anche le rinnovate tabelle 2018, le ultime pubblicate, propongono una liquidazione unitaria e congiunta del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione alla salute, così ricomprendendo il danno non patrimoniale conseguente a lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi, e il danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva, in via di presunzione, pregiudizi liquidati separatamente sino al 2008; salva sempre la personalizzazione, attraverso percentuali di aumento dei valori monetari medi (individuati con riferimento all'andamento dei precedenti degli uffici giudiziari di Milano), in presenza, nel caso concreto, di peculiarità da allegarsi e provarsi dal danneggiato; sempre salva infine la possibilità per il giudice di modulare la liquidazione, anche oltre i valori massimi, in relazione a fattispecie eccezionali.

Secondo analoghi criteri sono stati proposti i valori di liquidazione, anche in tal caso congiunta ed intera, del danno non patrimoniale temporaneo derivante da lesione alla persona, da un minimo di € 98,00 ad un massimo, con aumento del 50 %, di € 147,00.

Inoltre, relativamente al danno da perdita del rapporto parentale, l'esplicazione dei criteri orientativi già contenuta in allegato alle tabelle redatte per il 2008 chiariva specificamente che, pur facendosi riferi-

mento al danno morale, dunque apparentemente al mero aspetto del danno da sofferenza contingente, si teneva conto anche della lesione del rapporto parentale, quale interesse costituzionalmente protetto risarcibile nell'ambito dell'unitario danno non patrimoniale, diverso dal biologico, e che la commisurazione del danno non patrimoniale risarcibile veniva disancorata da ogni riferimento al danno biologico del 100 % subito dalla vittima primaria, "privilegiando invece essenzialmente nella liquidazione il legame familiare tra la vittima primaria e le vittime secondarie e tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (tipizzabili in particolare nella sopravvivenza o meno di altri congiunti, nella convivenza o meno di questi ultimi, nella qualità ed intensità della relazione affettiva residua, nella qualità ed intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta)".

Tali criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla perdita – grave lesione del rapporto parentale sono stati ribaditi con la relazione esplicativa in allegato alle tabelle per l'anno 2014, e poi con la relazione in allegato a quelle da ultimo pubblicate per l'anno 2018, con le quali, oltre all'adeguamento dei valori e l'inserimento dell'ipotesi del nonno cui venga a mancare il nipote, è sempre prevista una forbice che consente di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto; viene altresì fatta salva la possibilità di riconoscere il danno da perdita del rapporto parentale anche a soggetti diversi da quelli previsti in tabella, purchè venga fornita la prova di un intenso legame affettivo e di un reale sconvolgimento di vita della vittima secondaria a seguito della morte (ma ciò vale anche per la grave lesione biologica) del congiunto.

(omissis)

Pertanto con riferimento alle suddette tabelle milanesi e nell'ambito dell'ampia forbice di valori proposta (da € 165.960,00 ad € 331.920,00 a favore di ciascun genitore per la morte di un figlio; da € 24.020,00 ad € 144.130,00 a favore di ciascun fratello per la morte di un fratello), si reputa senz'altro congruo *(omissis)*

Competono dunque a D'O. P. e P. M. € 232.212,00 ciascuno ed a D'O. D. e D'O. L. € 108.520,00 ciascuno.

(omissis)

Orbene, nel caso di specie non è risarcibile il danno da perdita del reddito da lavoro invocato dal D'O. P., volontariamente dimessosi non

già perché non più in grado di svolgere la sua attività lavorativa, bensì, per quanto comprensibilmente sconvolto dal dolore per la perdita del figlio, con la giustificazione di voler seguire in prima persona gli accertamenti rivolti alla ricostruzione del sinistro ovvero per poter essere più presente in famiglia e vicino alla moglie ed agli altri figli, anch'essi comprensibilmente sconvolti dallo stesso dolore, dunque per sua libera scelta.

(omissis)

NOTA (1) (2) (3): IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE L'ESTINZIONE DEL REATO PER INTERVENUTA PRESCRIZIONE NON HA EFFETTO SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER I DANNI CAUSATI ALLA VITTIMA ED AI SUOI PROSSIMI CONGIUNTI

La sentenza in commento offre un utile spunto per misurare quali siano i parametri e i limiti di applicazione dell'art. 578 c.p.p. e del giudicato penale di estinzione del reato per prescrizione in sede di giudizio civile e come la descrizione dei fatti a base della imputabilità del reo siano poi vincolanti per il Giudice stesso.

Invero, a norma dell'art. 578 c.p.p., nell'ipotesi in cui nei confronti dell'imputato vi sia stata in primo grado una pronuncia di condanna caduta successivamente in prescrizione nelle more dell'impugnazione, è comunque consentito al Giudice di appello o alla Corte di Cassazione di decidere sui capi della sentenza che riguardano gli interessi civili.

Detto disposto normativo trova applicazione solo nel caso in cui:

- ci si trovi in presenza di una condanna validamente pronunciata (vedasi, in tal senso, Cass. Pen. n. 7816 del 2006) e, contestualmente;*
- il reato venga dichiarato estinto per prescrizione o amnistia, dunque, per una causa estintiva di tipo esterno e non generica.*

Va da sé che la ratio di tali presupposti sono radicati al fine di non vedere pregiudicati i diritti della parte civile uscita vittoriosa in primo grado.

In ogni caso, stante la vis espansiva degli effetti di cui all'articolo 578 c.p.p. e sulla conseguente tassatività dei casi di applicazione della medesima norma, è opportuno riferirsi alla Cassazione Penale a Sezioni Unite in base alla quale, in caso di caducazione della condanna per abrogazione del reato, il giudice dell'impugnazione, nell'annullare la precedente sentenza inflittiva e nel qualificare il reato come illecito ci-

vile, deve, altresì, revocare anche i capi della decisione che concernano gli interessi civili, salvo il diritto della parte civile di agire ex novo per il risarcimento del danno (cfr. Cass. pen. n. 46688 del 2016).

E, ancora “l’intervenuta estinzione del reato per morte del reo, nel determinare la cessazione del rapporto processualpenalistico, comporta anche la caducazione delle statuizioni civilistiche adottate con la sentenza non ancora definitiva nei confronti di lui confronti” (cfr. Cass. pen. n. 31314 del 2005).

Gli effetti della sentenza penale sul successivo giudizio civile di richiesta di risarcimento danni e sulla preclusione di una nuova valutazione dell’an debeatur sono stati oggetto di annosi dibattiti giurisprudenziali, nel corso dei quali sono emersi due principali orientamenti, in contrasto sostanziale l’un con l’altro.

Il primo trova origine nel dictum della Cassazione civile n. 6906 del 1993, secondo cui la pronuncia di una sentenza di proscioglimento per amnistia o per prescrizione può, ai sensi dell’art. 654 c.p.p., spiegare effetti nel giudizio civile in relazione alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati dal giudice penale, dipendendo da tali fatti il riconoscimento del diritto fatto valere in sede civile (conformi Cass. pen. n. 44440 del 2014; Cass. pen. n. 17846 del 2009 e Cass. pen. n. 1463 del 2010 in favore anche di una estensione del potere decisionale del giudice civile “anche in mancanza di una precedente statuizione sul punto”).

In sintesi, in base a tale orientamento, al giudice civile viene riconosciuto un potere decisionale che riguarda anche l’an della controversia.

Il secondo, invece, diverso e più preclusivo, ha preso abbrivio con la decisione della Cassazione Civile n. 342 del 1996, e, ai sensi dell’art. 654 c.p.p., sostiene che la sentenza produca effetti automatici nel giudizio civile per ciò che attiene alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati dal giudice penale, quando da questi fatti dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere in sede civile (conformi Cass. civ. n. 23633 del 2014; Corte appello Roma n. 3229 del 2010 “[quando vi è una dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il giudice dell’impugnazione deve decidere, esaminando nel merito l’impugnazione, ai soli effetti civili se nella sentenza impugnata vi è stata una condanna generica al risarcimento dei danni dai reati a favore della parte civile. L’art. 578 c.p.p. “costituisce una deroga

*al principio devolutivo e stabilisce che la pronuncia di estinzione del reato per amnistia o prescrizione, intervenuta dopo una condanna di primo grado, non comporta effetti automatici sui capi civili della decisione impugnata e non esime il giudice di secondo grado dal prendere in considerazione a questi fini il gravame"; Trib. Enna n. 5 del 2018). In dottrina: F. AGNINO, I limiti imposti al giudice civile dalla sentenza di assoluzione, *Il processocivile.it*, fasc., 31 agosto 2016; M. C. MACRÌ, Cosa giudicata in materia penale – Efficacia delle sentenze di assoluzione nel giudizio amministrativo e nel giudizio civile, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2011, n. 10, 2069).*

Orbene, il giudice del Tribunale di Pescara, nella decisione in commento, nello svolgere le proprie argomentazioni traeva spunto dalla recente Cassazione n. 5660 del 2018, sottolineando come, in caso di condanna generica ai sensi dell'art. 539 comma 1 c.p.p., si ha come presupposto l'accertamento della responsabilità dell'autore del reato e la declaratoria iuris di condanna al risarcimento e alle restituzioni, fermo restando la necessità dell'accertamento dell'esistenza e della entità delle conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto concernente il reato accertato.

Più in particolare, il giudice, verificata la commissione del reato, compie una valutazione meramente sulla potenziale lesività del fatto dannoso, con un giudizio probabilistico sul nesso causale tra reato e danno. Ne consegue che il giudice civile, investito della decisione sul quantum, pertanto, sarà libero di escludere l'esistenza del danno, ma gli sarà preclusa la possibilità di mettere in discussione la sussistenza del reato.

Tutto ciò è in linea con la decisione della Suprema Corte nella sentenza a Sezioni Unite n. 12243 del 2009, a tenore della quale, si statuisce che l'efficacia di giudicato della sentenza penale emessa a seguito del dibattimento sia sempre collegata ad una sentenza di condanna o di assoluzione, concludendosi che "alle sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o amnistia non può riconoscersi efficacia extrapenale, cosicché nel giudizio promosso contro l'imputato per ottenere il risarcimento del danno, il giudice civile, pur tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale, e pur potendo ripercorrere lo stesso iter argomentativo del giudice penale e giungere alle medesime conclusioni, deve tuttavia interamente e autonomamente rivalutare il fatto".

In linea con quanto delineato dagli Ermellini, il giudice del Tribunale di Pescara valutava ex novo la condotta concernente il fatto di reato e i profili di responsabilità degli stessi, ritenendo che sia i responsabili tecnici dell'Ente Pubblico deputato alla manutenzione del tessuto stradale, sia il Sindaco del Comune di appartenenza avessero avuto un comportamento colposo sotto il profilo civilistico.

Rimanendo nei confini della giurisprudenza abruzzese, si consideri anche Corte di Appello L'Aquila n. 2126 del 2011 secondo cui "[n]el giudizio di appello l'intervenuta condanna in primo grado al risarcimento dei danni in favore della parte civile pur in presenza dell'intervenuta prescrizione del reato impone una verifica sulla sussistenza di elementi idonei a concludere sul piano civilistico la responsabilità dell'imputato ai sensi dell'art. 578 c.p.p."

Contrariamente a tale ultima pronuncia, però, è espressa, Cass. Pen. n. 48781 del 2016 sostenendo che "è illegittima, poiché viola il divieto della "reformatio in peius", la pronuncia del giudice di appello che, in assenza di impugnazione del Pubblico Ministero, su impugnazione della parte civile della sentenza di primo grado che ha assolto l'imputato "per non aver commesso il fatto", dichiara l'estinzione del reato per prescrizione, condannando l'imputato al risarcimento del danno"; ne deriva che la Corte di cassazione adita dall'imputato, deve annullare la sentenza anche quanto alle statuizioni civili (conseguenti all'illegittimo giudizio di colpevolezza che aveva fondato la declaratoria di prescrizione), rinviando per nuovo esame al giudice civile competente per valore in grado di appello. (In motivazione la Corte ha precisato che il rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., opera tutte le volte che, venuta meno la possibilità dell'accertamento del reato, non sia più competente il giudice penale)".

Altro aspetto di non poco momento è la riflessione fatta dal Giudicante in ordine alla risarcibilità del danno biologico sofferto in vita dal defunto da parte degli eredi, aderendo al consolidato orientamento secondo il quale il danno biologico terminale e il danno morale catastrofico spettano iure hereditatis quale pregiudizio derivante dalla consapevolezza dell'approssimarsi della morte, purché vi sia stato un intervallo seppur breve tra l'evento terminale subito e la morte.

Difatti, la Suprema Corte (cfr. Cass. civ. n. 6754 del 2011) ha ica-

lattica, i presupposti di applicabilità del danno tanatologico e di quello catastrofico.

Quanto alla prima voce di danno non patrimoniale, questa viene condizionata dalla permanenza in vita del soggetto lesionato, perché spentasi la persona, cessa anche la capacità di costei di acquistare, il che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un soggetto di diritto; quanto alla seconda voce di danno, la stessa si collega alla permanenza della coscienza perché, se, invece, la morte sopravviene senza che la vittima abbia la possibilità di sentire la massima sofferenza dell'imminenza della morte o della gravissima entità delle lesioni subite, nessun danno morale terminale è riconoscibile agli eredi, poiché lo stesso non è entrato nel patrimonio della vittima al momento della sua morte; ciò a maggior ragione anche perché la natura non sanzionatoria, ma solo riparatoria o consolatoria, del risarcimento del danno civile sono tutele che non possono più esser attuate a favore del defunto.

A questi principi si è attenuto il Tribunale di Pescara, avendo escluso che le lesioni mortali fossero suscettibili di degenerare in patologia e così configurare il danno biologico, stante l'assenza di intervallo tra esse e la morte, sia lo stato di sofferenza della vittima, il cui decesso immediato ha escluso la percezione del trapasso. La risarcibilità iure hereditatis del danno subito dal congiunto in conseguenza di lesioni mortali, sarà, al contrario, predicabile laddove la perdita sia entrata nel suo patrimonio.

Circostanza che si verifica,

– quanto al "danno biologico terminale", laddove sia intercorso, tra la lesione ed il decesso, "un apprezzabile lasso di tempo" quantificato in almeno ventiquattro ore, giacché è il "giorno" l'unità di misura medico-legale della invalidità temporanea, e,

– quanto al diverso "danno morale terminale", qualora sia provata la sofferenza della vittima per la consapevole percezione dell'ineluttabile approssimarsi della morte.

Il formante giurisprudenziale ha, ormai, in plurime occasioni ribadito che sia non ravvisabile un danno alla salute, nel caso in cui la vittima di lesioni sia sopravvissuta meno di 24 ore, ma neanche un danno morale "catastrofale", quando lo iato temporale si traduca in poche ore o, addirittura, minuti di sopravvivenza della vittima, sul presupposto che la stessa fosse perfettamente lucida e cosciente dell'ap-

prossimarsi della morte (vedansi Cass. civ. n. 32372 del 2018; Cass. civ. n. 17343 del 2011; Cass. civ. n. 10632 del 2012; Cass. civ. n. 2564 del 2012; Trib. Teramo n. 132 del 2016.; Trib. Reggio Emilia n. 1255 del 2014; Trib. Rimini n. 26 del 2013).

Nella decisione che qui si commenta, il Giudice di Prime Cure riconosceva in capo a ciascun erede il danno non patrimoniale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2059 c.c., quale categoria ampia di danno onnicomprensiva, con ciò richiamandosi al principio di diritto delle Sezioni Unite n. 26972 del 2008, secondo il quale, la risarcibilità del danno non patrimoniale deve ammettersi in re ipsa, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. per avere il fatto illecito leso in modo grave un diritto della persona costituzionalmente protetto (ex multis Cass. civ. n. 29784 del 2018; Cass. civ. n. 881 del 2002; Cass. civ. n. 11671 del 2006). In sostanza, lo stesso viene considerato come una categoria unitaria di danno non suscettibile di suddivisione in sottocategorie, con il precipuo intento di evitare duplicazioni risarcitorie attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici. In tal senso, Cass. civ. n. 11761 del 2006; Cass. civ. n. 21084 del 2015, secondo le quali la morte di un prossimo congiunto può causare nei superstiti, oltre al danno da perdita parentale, anche un danno biologico vero e proprio, in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute psico-fisica di chi lo invoca; l'uno e l'altro devono essere oggetto di separata considerazione come elementi del danno non patrimoniale, ma nondimeno suscettibili di una liquidazione unitaria, per il principio della "onnicomprensività". Nonostante il danno non patrimoniale trovi diretto e ontologico riconoscimento con la perdita del prossimo congiunto, v'è autorevole giurisprudenza che ha statuito con una recente decisione come sia "configurabile un danno biologico risarcibile per gli stretti congiunti della persona deceduta a causa di illecita condotta altrui allorché le sofferenze causate a costoro dalla perdita abbiano determinato una lesione dell'integrità psicofisica degli stessi. Il risarcimento, perciò, può essere riconosciuto e liquidato, anche in via equitativa, solo se sia stata fornita la prova che il decesso abbia inciso negativamente sulla salute dei congiunti, determinando una qualsiasi apprezzabile permanente patologia o l'aggravamento di una patologia preesistente" (cfr. Cass. civ. n. 11275 del 2018).

Infine, in ordine ai criteri in base ai quali il Tribunale di Pescara ha liquidato il danno calcolato per ciascun componente della famiglia superstite, si osserva quanto segue. Le tabelle milanesi, infatti, costituiscono un criterio di quantificazione nazionalmente riconosciuto dell'ammontare ponderato e congruo del risarcimento liquidato. È interessante osservare come "in tema di danno non patrimoniale, il riferimento a tabelle diverse da quelle elaborate dal Tribunale di Milano, comportante una liquidazione di entità inferiore a quella risultante dall'applicazione di queste ultime, può essere fatta valere in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge soltanto ove la questione sia stata già posta nel giudizio di merito e il ricorrente abbia altresì versato in atti le tabelle milanesi" (vedansi Cass. civ. n. 22466 del 2017; Corte Appello Roma n. 2704 del 2018; Cass. civ. n. 17678 del 2016).

In conclusione, la decisione del Tribunale di Pescara ha aderito agli indirizzi maggioritari dettati dalla Suprema Corte; il ricorso ai criteri di Milano per la liquidazione del danno – giova ribadirlo – ormai accettati a livello nazionale è un buon segnale per chi cerca nelle pronunce della Giurisprudenza uniformità e certezza del diritto.

Federica De Robertis

Tribunale di Pescara – ord. 28/11/2019

Fidejussioni – Nullità per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 2, Legge n. 287/1990. Nullità parziale del contratto di fidejussione

In tema di fideiussione omnibus conforme allo schema ABI vietato, si ha nullità parziale del contratto di garanzia che interessa la clausola derogatoria del termine semestrale ex art. 1957 c.c. e quindi la declaratoria di decadenza della banca dalla possibilità di agire contro il fideiussore. (1)

(omissis)

“Gli attori/opponenti tutti fideiussori della società ... si sono opposti al precetto notificatogli dalla banca convenuta per un credito derivante dalla esposizione debitoria della società garantita.

Hanno impugnato gli attori, tra l'altro la fideiussione sottoscritta invocandone la nullità per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali vietate dall'art. 2, L. n. 287 del 1990, poiché redatta su modulo uniforme per come deciso dalla B.D.I. con provvedimento del 2005 a seguito dell'istruttoria svolta.

(omissis)

Ciò detto gli attori fideiussori hanno dedotto che entro sei mesi dalla scadenza del debito la banca non si era attivata verso la debitrice principale come prevede espressamente l'art. 1957 c.c..

Sul punto l'opposta nulla ha dedotto o dimostrato così potendo dare per pacifico che la banca non si sia attivata nel semestre contro il debitore.

Non potendo invocare la deroga contenuta nel contratto, poiché la relativa clausola è proprio una di quelle oggetto di nullità in forza del provvedimento della B.D.I. del 2005, la convenuta appare decaduta dalla possibilità di agire contro i fideiussori.

Che la nullità da cui è affetto il contratto sia solo parziale e non totale si ricava dall'esame complessivo della vicenda contrattuale poiché è evidente che l'interesse dei fideiussori a garantire la debitrice permane anche senza la deroga all'art. 1957 c.c. poiché tale garanzia ha consentito alla garantita di continuare ad avere credito, sicché se ne deve

inferire che i fideiussori avrebbero in ogni caso mantenuto l'interesse a rilasciare la garanzia.

Medesimo interesse si deve rilevare in capo alla banca la quale vede garantito il proprio credito anche se, in assenza della deroga al 1957 c.c., dovrà agire con sollecitudine contro il debitore principale laddove voglia poi rivolgersi anche contro i fideiussori.

Da tale analisi si rileva la persistenza di interesse al rapporto contrattuale nel suo complesso pur in assenza della deroga all'art. 1957 c.c.

Come più sopra osservato è però non contestato che la banca abbia lasciato spirare i termini dell'art. 1957 c.c. senza attivarsi contro la debitrice principale e questo, in assenza della validità della clausola nulla, porta alla decadenza della pretesa contro i fideiussori.

È pacifico in atti che la revoca degli affidamenti risalga al 7/07/2017, mentre la notifica del precetto è di aprile 2018 e la convenuta, per conservare la possibilità di agire nei confronti dei fideiussori, avrebbe dovuto agire nei confronti della debitrice principale, entro il termine semestrale previsto dall'art. 1957 c.c., mediante la proposizione di una domanda giudiziale.

In tal senso, da ultimo, valga quanto affermato da Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 24296 del 16/10/2017 secondo cui "Il fallimento del debitore principale determina la scadenza automatica del debito garantito da fideiussione ai sensi dell'art. 55, comma 2, l. fall., sicché dalla data della dichiarazione di fallimento decorre il termine entro cui il creditore deve proporre le sue istanze contro il debitore, ai sensi dell'art. 1957, comma 1, c.c., per fere salvi i suoi diritti nei confronti del fideiussore".

Nessuna traccia vi è in atti di tale impulso ad opera della creditrice sicché va qui affermata la decadenza della creditrice dalla possibilità di rivolgere le sue istanze contro i fideiussori.

Va peraltro precisato che la domanda riconvenzionale di accertamento della nullità da effettuare con efficacia di giudicato sarebbe di competenza della Sezione Specializzata in Materia di Imprese se non fosse che gli attori hanno specificamente limitato la loro doglianza al limitato effetto di una eccezione riconvenzionale di nullità volta a paralizzare la pretesa creditoria della banca convenuta/opposta. In senso conforme, quanto alle domande rivolte contro la curatela dal debitore del fallimento, valgano le considerazioni svolte da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18223 del 21/12/2002 secondo cui "Il principio del concorso

formale, sancito dall'art. 52 legge fall., secondo cui ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le norme sulla verifica dello stato passivo, non esclude che, nel giudizio proposto dal curatore fallimentare per la condanna al pagamento di un debito di un terzo nei confronti del fallito, il terzo possa opporre in compensazione, in via di eccezione, il suo credito, anche quando esso non sia stato accertato in sede di verifica del passivo ed anche quando tale accertamento non sia stato neppure richiesto, giacché in tal caso il terzo chiede l'accertamento della sua pretesa creditoria, non ai fini della partecipazione al concorso, ma soltanto per contrastare la pretesa del curatore.

L'efficacia esecutiva del titolo, dunque, va sospesa nei confronti della parte fideiubente odierna opponente ...".

(omissis)

NOTA (1)

L'ordinanza in esame si inserisce nell'ormai sempre più prolifero panorama di pronunzie che affrontano il tema della sorte (nullità, totale o parziale), dei contratti di fidejussione stipulati tra istituti di credito e soggetti che assumono la veste di garanti, sulla base di contratti predisposti in conformità dello schema ABI del 2003, le cui clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8, sono state ritenute, dalla Banca d'Italia¹, in contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90², nonché della competenza funzionale a decidere in merito a tale questione, nel caso di specie sollevata in via di eccezione.

L'ordinanza del Tribunale di Pescara trae origine dall'opposizione spiegata dai fideiussori di una società avverso l'atto di precetto no-

1. Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 "ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie".

2. Così testualmente recita l'art. 2 comma 2 lettera a):

" Omissis

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

Omissis

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto".

tificato dalla banca per un credito derivante dall'esposizione debitoria della società garantita, invocando, in via di eccezione, la nullità della fidejussione sottoscritta, per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali di cui al citato art. 2 L. n. 287 del 1990 e deducendo la scadenza dell'obbligazione principale ex art. 1957 c.c. per essersi la banca attivata tardivamente.

Sulla base di una succinta motivazione, l'ordinanza de qua, aderendo all'orientamento che afferma la natura parziale del contratto di fidejussione stipulato "a valle" e contenente le clausole in contrasto con la normativa anticoncorrenziale, con conseguente nullità anche della deroga apposta al termine di cui all'art. 1957 c.c., e decadenza della banca che non ha provato di essersi attivata nel termine semestrale, sospendeva l'efficacia esecutiva del titolo nei confronti della parte fideiubente opponente.

L'ordinanza in parola afferma, dunque, la natura parziale del rapporto di fidejussione facendo implicito richiamo alla norma di cui all'art. 1419 c.c., sulla base della ipotetica ricostruzione della volontà delle parti secondo cui i fidejubenti avrebbero avuto interesse a concludere il contratto di garanzia anche in assenza della deroga all'art. 1957 c.c.; interesse che, per i fidejussori, si concreterebbe nella circostanza per cui il rilascio della garanzia, anche senza deroga, avrebbe consentito alla società di avere credito, nel mentre, per la banca, nell'ottenimento della garanzia per il credito concesso.

Fideiussione omnibus.

La fideiussione è il contratto con il quale un soggetto estraneo al rapporto di credito (fideiussore) presta al creditore (in questo caso, la banca) una garanzia in favore del debitore, impegnandosi a rimborsare il debito nel caso in cui ciò non venga fatto dal debitore.

La crescente esigenza del settore imprenditoriale di ricorrere al credito sulla base di interventi rapidi per far fronte alle esigenze di volta in volta emergenti nella gestione dell'impresa, ha indotto gli operatori a "forzare" il dettato normativo di cui all'art. 1938 c.c.³ portandoli ad elaborare una figura entrata a far parte di una consolidata prassi bancaria, capace di garantire nel corso del tempo le diverse richieste

3. "Fideiussione per obbligazioni future o condizionali".

di credito, favorendone, di conseguenza, la concessione senza dovere ricorrere a distinte e molteplici fideiussioni, andata sotto il nome di fideiussione omnibus.

Si tratta di un tipo di garanzia non prevista né espressamente definita dalla legge, bensì nata e sviluppata in seno alla prassi bancaria, che, a differenza della fideiussione codicistica che ha lo scopo di rafforzare l'aspettativa del creditore a vedere soddisfatta l'aspettativa connessa all'esatto adempimento dell'obbligazione assunta dal debitore garantito, assolve precipuamente ad una funzione di finanziamento, consentendo un più agevole accesso al credito⁴.

Attraverso tale strumento negoziale, il fidejussore, con un'unica dichiarazione, garantisce alla banca, non il pagamento di un singolo e specifico debito altrui, bensì, genericamente, il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri che il cliente-debitore principale (di solito un imprenditore) ha assunto o assumerà nei confronti di quest'ultima in dipendenza di qualsiasi operazione bancaria in corso al momento della stipulazione del contratto di garanzia o che verrà effettuata successivamente⁵.

Un argine alla problematica relativa alla presunta nullità di tale forma contrattuale per indeterminabilità del suo oggetto, è stato posto con l'introduzione dell'art. 10 della Legge n. 154/1992, che ha novellato l'art. 1938 c.c., stabilendo la necessità di prevedere un importo massimo a garanzia del debito.

In tale contesto, l'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana) ha elaborato uno schema di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, modellata sulle Norme Bancarie Uniformi contenente condizioni generali di contratto avente lo scopo di regolare uniformemente i servizi bancari alla clientela, riportate nei singoli contratti stipulati dalle banche con i singoli clienti.

4. Cfr. A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1981, 139 ss., il quale precisa che la funzione essenziale del negozio fideiussorio per debiti futuri non può essere quella "di rendere possibile una concessione del credito". Nella prospettiva del testo, già G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, 255 ss.; B. MARUCCI, *Fideiussione omnibus e art. 10 L. 17 febbraio 1992, n. 154: un problema ancora aperto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 181 e L. RUGGERI, *La fideiussione*, in *Tratt. Perlingieri*, a cura di L. RUGGERI, S. MONTICELLI, III, 19, Napoli, 2005, 167.

5. Cfr. N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, VIII, 3 1983, 214; G. BOZZI, *Fideiussione omnibus*, 1993, I; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. di dir. Privato*, 2010, 162.

Pur essendo, tale schema non vincolante, nella prassi è stato largamente utilizzato nel settore, divenendo una traccia imprescindibile per delineare tale tipo di garanzia⁶.

Stipulata tramite formulari di contratto predisposti, a loro volta dalle banche, la fideiussione omnibus bancaria si caratterizza per la presenza di varie clausole che pongono rilevanti deroghe alla disciplina codicistica: ad esempio, la reviviscenza della fideiussione in caso di reviviscenza del debitore principale (art. 2) la dispensa della banca dall'onere di agire giudizialmente nei termini di cui all'art. 1957 c.c. (art. 6); la validità della garanzia anche in caso di invalidità dell'obbligazione garantita (art. 8 clausola di sopravvivenza).

Proprio tali clausole sono state censurate dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, in quanto ritenute in contrasto con l'art. 2 comma 2, lettera a) della Legge n. 287/90.

Illecito antitrust

Le regole in materia di concorrenza del mercato interno sono disciplinate dalla Legge n. 287/1990, che ha recepito i principi dettati per il commercio intracomunitario di cui al Trattato di Roma del 1957 e Regolamento n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989.

In particolare, l'art. 2 della legge n. 287/90 dopo aver introdotto il concetto di intesa come fattispecie generale alla quale devono essere ricondotti gli accordi, le pratiche concordate e le deliberazioni di consorzi, associazioni e organismi similari, vieta quelle che restringono, in modo consistente, la concorrenza, elencando alcune fattispecie che, per natura, appaiono limitare il gioco competitivo sul mercato.

La nozione di intesa si caratterizza, in linea di principio, per una notevole ampiezza⁷ di guisa che vi si ricomprendono tutti quei comportamenti finalizzati a realizzare iniziative, comunque, idonee ad alterare la libertà di concorrenza. Si è affermato, in proposito, che "il termine 'intesa', nella sua ampiezza e omnicomprensività (...) attesta la volontà di riferirsi a qualsiasi tipo di collaborazione o di coordinamento posto

6. M. VIALE, *Fideiussione omnibus*, *Contr. impresa*, 1990, 276-277; Bozzi, *op.cit.*

7. F. GHEZZI, *Commento all'art. 2 l. 287 1990* (Disciplina del divieto di intese restrittive della concorrenza), 2012, 15-16; G. AMORELLI, *C. merc.* 94, 16; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 25; M. RICOLFI, in Abriani, COTTINO, RICOLFI, 568; R. PARMIGIANI, *d. ind.* 00, 151; G. AFFERNI, *G. it.* 00, 939.

in essere dalle imprese, quali che siano il mezzo impiegato e la veste formale assunta"⁸.

Viene, quindi, privilegiata una accezione di intesa che valorizza il profilo sostanziale delle restrizioni al libero meccanismo concorrenziale che derivano dalla cooperazione tra imprese, in qualunque modo queste si manifestino⁹, rispetto al dato meramente formale della nozione di intesa fondata su una precisa qualificazione della fattispecie¹⁰.

Ciò in quanto la nozione di intesa "è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale, ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica" (Cons. Stato 01/4118; Cons. Stato 09/2092).

La nozione di intesa è, invero, idonea a racchiudere, in un unico concetto, una serie di comportamenti i quali integrano una fattispecie complessa che, in ragione dell'unitarietà dell'oggetto e della finalità perseguita, è suscettibile di configurare un'unica condotta rilevante ai fini dell'art. 2, comma 1¹¹; comportamenti aventi lo stesso oggetto anticoncorrenziale, e ciascuno dei quali, preso isolatamente, rientra nella nozione di "accordo", di "pratica concordata" o di "decisione di associazione di impresa" possono cioè costituire manifestazioni diverse di una unica infrazione al divieto di intese restrittive¹².

In tal senso, dunque, una violazione dell'art. 2 può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato.

All'uopo è utile, altresì, ricordare che per oggetto dell'intesa deve intendersi, non tanto con il contenuto dell'accordo, quanto lo scopo

8. Cons. Stato n. 02/4362; T.A.R. Lazio n. 1541/00, AG 2024, Assicurazioni rischi di massa, Boll. 23/94; AG 5084, Produttori di vetro cavo, ivi 24/97; AG 6603, Assitalia Unipol/Azienda USL Città di Bologna, ivi 48/98.

9. Cons. Stato n. 06/4017; T.A.R. Lazio n. 07/204; T.A.R. Lazio 06/9878; TAR Lazio 96/605; AG 5333, Assicurazione Rischi Comune Milano, Boll. 37/97.

10. F. Ghezzi, *op. cit.*

11. Provvedimento AGCOM 13780, Lottomatica/Sisal, Boll. 50/04, §. 259; Provv. AGCOM AG 13459, Anfima, ivi 31/04 e Provv. AGCOM 15392, Sapio et al., ivi 17/06.

12. T.A.R. Lazio n. 03/9203; T.A.R. Lazio n. 01/371.

oggettivo di esso, ovvero "l'obiettivo rispetto al quale l'accordo stesso risulta essere funzionale"¹³.

Nel mentre, per valutare gli effetti di un'intesa devono considerarsi tutte le conseguenze che l'accordo produce sull'assetto concorrenziale del mercato.

Circa, invece, il profilo della nullità "ad ogni effetto", essa, come chiarito dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nella sentenza n. 827/99, deve ritenersi riferita genericamente all'intesa, da intendersi quale nozione più estesa di quella di negozio giuridico e, quindi, di contratto. Bensì, come innanzi esposto, a tutta la complessiva situazione che, in quanto tale, realizza un ostacolo al gioco della concorrenza.

Inoltre, considerato che l'art. 2 comma 3, Legge n. 287/90 tutela l'ordine pubblico economico, si deve ritenere applicabile, all'intesa, la disciplina della nullità assoluta prevista dall'art. 1418 c.c.¹⁴.

Tuttavia, come vedremo, è assolutamente discusso il regime di nullità, assoluta o parziale, applicabile ai contratti stipulati "a valle delle intese", pur considerati lo sbocco dell'intesa vietata, attraverso i quali si realizzano ed attuano gli effetti dell'intesa stessa (Cass. civ., Sez. Un., n. 2207/05).

Il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia.

Ruolo centrale della vicenda è rivestito dal provvedimento n. 55 del 02.05.2005, a mezzo del quale la Banca d'Italia, a seguito della istruttoria condotta in ordine allo schema di fideiussione omnibus predisposto nel 2003 dell'A.B.I., ebbe a dichiarare la contrarietà degli articoli 2, 6 e 8 di detto schema all'art. 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287 del 1990, in quanto l'applicazione uniforme da parte delle banche delle clausole di "sopravvivenza", di "reviviscenza" e di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., contenute in quegli articoli, integrava gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza.

13. F. GHEZZI, *op.cit.*, 36; AGCOM, Relazione annuale 95, 128; AGCOM 4797, Mercato del calcestruzzo preconfezionato di Olbia, Boll. 12/97; AG 5161, Operatori nel settore esplosivi da mina, ivi 26/97; in dottrina, cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 88, i quali sottolineano la distinzione tra scopo oggettivo e intenzione soggettiva delle parti, quest'ultima rilevando solamente in sede di applicazione delle eventuali sanzioni.

14. Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, 15 gennaio 2014, n. 110; T.A.R. Veneto, Venezia, 17 marzo 2010, n. 849; Tribunale Roma, 20 febbraio 1997.

La Banca d'Italia giunge a tale conclusione dopo aver esaminato le argomentazioni fornita dall'ABI e dall'AGCOM, e ad aver analizzato lo schema contrattuale e le singole clausole che lo compongono.

Perciò, dato atto della funzionalità delle garanzie personali a bilanciare i costi di accesso al credito e l'esigenza di tutele delle banche, ed al contempo del fatto che ai fini della tutela della concorrenza occorre accertare che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, non ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante, rileva come le clausole diverse da quella "a prima richiesta" tra cui in particolare quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 fossero non necessarie alla funzione della garanzia bancaria ed anzi, suscettibili di produrre, in ragione della loro diffusione generalizzata, effetti anticoncorrenziali nel caso di uniformità dei comportamenti da parte delle banche ad ingiustificato discapito della clientela, avendo il precipuo scopo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

Il contesto giurisprudenziale

Sono ormai trascorsi oltre due anni dalla celebre sentenza della Suprema Corte n. 29810 del 12.12.2017, che, nel pronunciarsi in ordine a fattispecie avente ad oggetto la lamentata nullità di un contratto di fideiussione omnibus redatta in data antecedente al provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, ma in conformità dello schema ABI del 2003, ha affermato la nullità (seppur in via incidentale) del patto fideiussorio concluso in conformità ad un'intesa restrittiva della concorrenza (relativa ad alcune norme bancarie uniformi ABI in materia di fideiussioni omnibus), a prescindere dalla anteriorità del patto rispetto all'accertamento dell'illiceità dell'intesa da parte dell'autorità preposta all'applicazione della disciplina antitrust, ritenendo rilevante solo che l'intesa a "monte" fosse antecedente rispetto alla negoziazione a "valle", in quanto costituente applicazione della stessa intesa illecita "a monte", di talché l'illecito anticoncorrenziale travolgesse il negozio concluso in conformità allo stesso.

La pronuncia giunge a tale approdo muovendo, tra l'altro, da due premesse:

– *la prima, secondo cui il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell’ intesa vietata, essenziale a realizzarne tutti gli effetti (cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 2207/2005);*

– *la seconda, fondata sulla precisazione fornita dalla stessa Suprema Corte, secondo cui l’ art.2 della legge “antitrust”, nel prevedere la “nullità ad ogni effetto” delle intese aventi ad oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all’ interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, intendeva dare rilevanza, non solo all’ eventuale negozio giuridico originario postosi all’ origine della successiva sequenza comportamentale “ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza” che fosse, appunto, il frutto di “qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”.*

Senonché tale pronuncia (n. 29810/2017), ha dato il via ad un considerevole ed interessante dibattito giurisprudenziale, che vede contrapposti due distinti orientamenti; l’ uno che afferma la nullità assoluta dei contratti a valle, l’ altro che ne afferma la nullità parziale, limitatamente alle singole clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 censurate dalla Banca d’ Italia nel provvedimento n. 55 del 2005.

I. Il filone giurisprudenziale¹⁵ che sostiene la tesi nullità assoluta dei contratti “a valle”, redatti in conformità con lo schema ABI del 2003, valorizza, a sua volta, differenti prospettazioni per derivarne la necessità di statuire la nullità assoluta di essi.

Tale orientamento privilegia un approccio atto a conferire rilievo alla illiceità della condotta anticoncorrenziale concepita come fattispe-

15. Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810; App. Bari, 21 marzo 2018, n. 526; Trib. Bolzano, 19 dicembre 2018, n. 1358; Trib. Belluno, 30 gennaio 2019, n. 53; Trib. Siena, 14 maggio 2019; ABF Collegio di Milano, 21 maggio 2019; Cass. civ., 22 maggio 2019, n. 13846; Trib. Taranto, 08 agosto 2019, n. 2127; Trib. Torre Annunziata, 14 ottobre 2019, n. 2215; App. Bari, 7 gennaio 2020, n. 2; App. Bari, 15 gennaio 2020, n. 45; Trib. Salerno, 5 febbraio 2020, n. 480; Trib. Padova, ord. 11 febbraio 2020.

*cie complessa, come il frutto complessivo tra l'accordo a monte e tutti i successivi contratti che di esso costituiscono diretta applicazione*¹⁶.

Tanto sulla scorta del presupposto che la normativa antitrust mira a sanzionare il fatto della distorsione della concorrenza ogniqualvolta essa costituisca il risultato di "un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche", di talché assumono rilevanza, ai fini dell'accertamento della violazione della disciplina antitrust, non solo le fattispecie contrattuali, ma anche i comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali", purché coinvolgano la partecipazione di almeno due imprese, oppure, le fattispecie in cui l'intesa costituisce espressione del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali" (cfr. cit. Corte d'Appello di Bari, n. 526/2018).

In tale prospettiva assume, cioè, rilevanza, non il solo negozio giuridico originario, ma anche tutta la successiva sequenza comportamentale che materializza l'ostacolo al gioco della concorrenza.

*Tale orientamento, dunque, richiamandosi anche ai principi di matrice costituzionale (art. 41) di solidarietà posti a tutela del contraente debole, esclude la possibilità di potersi limitare a sostituire le clausole nulle siccome pesantemente incidenti sulla posizione di questi. (Corte d'Appello di Bari, n. 526 del 21.03.2018; Tribunale di Bolzano n. 1358 del 19.12.2018); affermando la inidoneità del solo rimedio risarcitorio a realizzare lo scopo della norma (di cui all'art. 2 L. 287/90) e la non necessità (così criticando pronunzie di segno opposto – Tribunale di Treviso n. 1623/2018), né di alcun collegamento negoziale oggettivamente riscontrabile tra l'intesa restrittiva a monte ed il contratto fideiussorio stipulato a valle, di contro rilevando il dato della volontarietà dell'adesione delle banche allo schema negoziale A.B.I. che, appunto, tramite l'Associazione stessa, avrebbero concordato l'inserimento di clausole capaci di provocare uno sbilanciamento delle obbligazioni a danno dei garanti*¹⁷.

16. Come efficacemente esposto dalla Corte d'Appello di Bari nella sentenza n. 526/2018: "Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l'illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia".

17. Trib. Padova, ord. 11 febbraio 2020, cit.

In altri casi la giurisprudenza di merito (Tribunale di Siena, 14.05.2019, Tribunale di Taranto, n.2127 del 08.08.2019 ed il già citato) ha affermato l'atteggiarsi della nullità assoluta come nullità di protezione comminata dalla stessa legge n. 287/90 laddove sanziona le intese anticoncorrenziali¹⁸ con la nullità ad ogni effetto, in tal modo rispondendo ad una precisa scelta legislativa volta a vietare la propagazione degli effetti dell'intesa anticoncorrenziale¹⁹, in guisa da attribuire automatico rilievo al negozio a valle, considerandolo quale fattispecie "che attinge direttamente alla causa dell'intesa vietata", affetta "dalla medesima contrarietà all'ordine pubblico economico di cui è affetta l'intesa a monte".

Nel frattempo, la Suprema Corte, con la sentenza n. 13846 del 22.05.2019, nel confermare la precedente pronunzia n.29810/2017 in punto di nullità delle fideiussioni redatte in conformità dello schema ABI, ha affermato la natura di prova privilegiata dell'accertamento compiuto da Banca d'Italia con il provvedimento n.55 del 2005, con l'effetto di circoscrivere l'indagine del Giudicante investito della questione alla sola verifica della coincidenza delle clausole contrattualmente previste nel caso specifico con quelle dell'intesa restrittiva, e l'incontrovertibilità degli accertamenti compiuti dall'Autorità Amministrativa circa la violazione della normativa antitrust da parte dello schema ABI.

Su tale scia, il Tribunale di Salerno²⁰ (richiamando il principio espresso dalla Suprema Corte con sentenza n. 2305/2007, e ribadito da Cass. civ. n. 13846/2019), ha affermato la nullità assoluta dei contratti stipulati a valle per derivazione dall'invalidità delle intese "a monte", in conseguenza dalla mera coincidenza oggettiva delle condizioni dei contratti a valle con quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI²¹,

18. Ossia: art. 2 comma 1 e 2 lettera a): "accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari ... che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali".

19. Trib. Padova, 11 febbraio 2020, cit.

20. Sentenza n. 480/2020.

21. "...il mero dato della coincidenza oggettiva delle condizioni contrattuali pattuite con quelle di cui agli articoli 2), 6) ed 8) del Modulo A.B.I. è condizione necessaria e sufficiente

sul presupposto della natura di prova privilegiata degli atti del procedimento amministrativo condotto dalla Banca d'Italia e della incontrovertibilità dei fatti accertati e delle prove acquisite in detto procedimento. E ciò, argomenta il Tribunale Salernitano, in virtù dell'assioma per cui "il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante", in quanto, ipotizzare una cesura tra contratto a monte e contratto a valle "per derivarne che, in via generale, la prova dell'uno non può mai costituire anche prova dell'altro" significherebbe negare l'intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust posta a tutela di tutti i partecipanti al mercato.

Il panorama giurisprudenziale che assente la nullità assoluta dei contratti a valle, è, altresì, rafforzato da quelle pronunzie che argomentano in termini di nullità dei contratti a valle per illiceità della causa²² ed al contempo escludendo la possibilità di potersi dichiarare la sola nullità parziale del contratto sulla scorta del convincimento che, in difetto di quelle clausole, le parti non avrebbero ugualmente concluso i contratti "a valle" oggetto di esame, perchè caratterizzati da condizioni generali adottate dagli istituti bancari per disciplinare in modo uniforme i rapporti ed alla cui formazione non concorre la clientela, cosicché sarebbe da rigettare l'idea che banca avrebbe acconsentito ugualmente a stipulare il contratto di fideiussione qualora il fideiussore si fosse opposto alla inserzione nel contratto delle clausole "incriminate" (C. App. Bari, n. 2/2020).

Altre pronunzie, poi, pur non derogando alla disciplina generale delle nullità con applicazione del regime della nullità parziale, criticano la prospettiva di quelle pronunzie secondo cui dalla nullità par-

per ritenere che l'invalidità dell'intesa 'a monte' tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estenda in via derivata al contratto di garanzia 'a valle', stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l'intesa 'a monte', ancorché conclusa tra è soggetti diversi da quelli che stipuleranno il contratto 'a valle' ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia".

22. Cfr. App. Bari, n. 2/2020 secondo cui "i contratti che si mostrano fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perchè contraria a norme imperative".

ziale delle singole clausole non potrebbe derivare la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c. primo comma secondo periodo, sull'assunto che le parti avrebbero ugualmente concluso i contratti di fideiussione anche in mancanza di quelle clausole (artt. 2, 6 e 8).

Tali pronunzie, infatti, oltre a giudicare l'eliminazione delle sole clausole de quibus inidonea a realizzare la tutela che la normativa antitrust intende apprestare²³, ritengono, invece, che, in difetto di quelle clausole, le parti non avrebbero concluso i contratti "a valle" perché elaborati nell'ambito di un determinato mercato falsato dalla presenza dell'intesa, in seno al quale l'onerosità della garanzia consentirebbe l'accesso al credito bancario a costi meno elevati, donde si dovrebbe ragionevolmente escludere che la banca, ove operante in un diverso contesto di disapplicazione dell'intesa nulla, e di riconosciuta nullità delle clausole in questione, avrebbe concluso il contratto ad analoghe condizioni, a fronte della impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente in quanto ciò avrebbe richiesto una complessiva ristrutturazione della politica contrattuale, con riferimento alla garanzia ed all'erogazione del credito (cfr., sul punto, ABF Collegio di Milano del 04.07.2019 e Corte d'Appello di Bari, n. 45/2020²⁴ la quale peraltro ritiene di escludere la

23. In quanto in tal modo si lascerebbero sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell'intesa stessa, ritenendola molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust (cfr. ABF Collegio Milano, 4 luglio 2019 e App. Bari n. 45/2020).

24. Si legge, invero, in sentenza: "Peraltro, dell'essenzialità di tali clausole non fa mistero neppure la stessa ABI, che, nel difendere il mantenimento della clausola c.d. 'di reviviscenza' sub art. 2, sostiene si tratti di disposizione senza la quale non potrebbe attuarsi la peculiare funzione della fideiussione omnibus, ovvero quella di 'garantire alla banca l'effetto solutorio definitivo', che 'non potrebbe dirsi compiutamente realizzato qualora il pagamento del debitore fosse annullato, dichiarato inefficace o revocato' (v. par. 31 provv. Banca d'Italia n. 55/05). Allo stesso modo, sempre secondo l'ABI, 'la funzione indennitaria della fideiussione omnibus giustifica anche la previsione dello schema che sancisce la sopravvivenza della garanzia a fronte dell'invalidità dell'obbligazione principale. Il fideiussore, infatti, anche quando il vincolo del debitore fosse dichiarato invalido, dovrebbe garantire l'obbligo di restituzione delle somme erogate dalla banca, in modo da evitare un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni della stessa' (v. argomentazioni ABI, sub par. 32 cit. provv. B.I.). Ritiene, perciò, questa corte che lo schema di fideiussione omnibus oggetto dell'intesa vietata assolva ad una 'funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile', funzione che 'verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema' (v. par. 36 cit. provv. B I). In definitiva, senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione 'indennitaria'

volontà della banca di concludere contratti emendati delle clausole nulle in quanto, venendo meno la funzione "indennitaria" e di garanzia del cd. "effetto solutorio definitivo" la banca avrebbe perso d'interesse al rilascio della garanzia).

Con riferimento a tale orientamento, va infine richiamata l'attenzione su un aspetto già oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e nuovamente, da ultimo, con sentenza del 2 Aprile 2020 C-228/18 che, pronunciata in punto di interpretazione dell'art. 101 del TFUE (cui è speculare la normativa interna di cui alla legge 287/90 art. 2; norma che, si ricorda, ai sensi dell'art. 1 comma 4 deve essere interpretata in base al diritto dell'Unione Europea) su rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza ungherese circa la necessità di doversi valutare, da parte dell'autorità chiamata a decidere della violazione anticoncorrenziale, di valutare congiuntamente sia l'oggetto che l'effetto di un accordo tra imprese in relazione alla restrizione del gioco della concorrenza, ha ribadito il principio dell'alternatività di tale accertamento, cosicché l'eventuale accertamento della natura anticoncorrenziale dell'oggetto dell'intesa, rende non necessario l'accertamento anche degli effetti concreti di essa.

Orbene, tale pronuncia conferma il principio espresso dalla Suprema Corte con la sentenza n.13846/2019 in punto di natura di prova privilegiata dell'accertamento compiuta dalla Banca d'Italia col provvedimento n.55 del 2005, cosicché ai fini della valutazione della nullità di una fideiussione, risulta sufficiente il mero confronto tra lo schema ABI e la garanzia sottoposta all'esame del Giudice.

Tuttavia, occorre interrogarsi se ed in che modo, i principi espressi dalla Corte di Giustizia possano incidere ai fini della delibazione sulla invalidità dei contratti di fideiussione conclusi a valle.

A tale filone si contrappone quello che afferma la nullità parziale dei contratti a valle, limitatamente alle sole clausole riproduttive degli

e di garanzia del cd. "effetto solutorio definitivo" sarebbe inevitabilmente venuta meno, facendo così perdere alla banca l'interesse al rilascio della garanzia. Del resto, se così non fosse, non si spiegherebbe la ragione per cui le banche, nonostante le prescrizioni emanate dalla Banca d'Italia, abbiano continuato a richiedere il rilascio di fideiussioni mediante i moduli contrattuali contenenti le clausole nulle. Né può, in senso contrario, semplicisticamente affermarsi che la banca avrebbe preferito comunque stipulare il contratto, pur emendato dalle clausole incriminate, piuttosto che non farsi rilasciare alcuna garanzia".

artt.2, 6 e 8 dello schema ABI²⁵, e che esclude la possibilità per cui l'espunzione delle stesse possa determinare la nullità dell'intero contratto. Reputando, invece, ragionevole ritenere che le parti avrebbero concluso ugualmente il contratto di garanzia "a valle" anche se privato di dette clausole, sul presupposto che, da un lato, la banca avrebbe, comunque, accettato una fideiussione dal contenuto depurato dalle clausole anziché rinunciare in assoluto ad una garanzia, e dall'altro, il cliente avrebbe ugualmente concluso il contratto senza quelle clausole dal contenuto per lui peggiorativo rispetto al modello legale.

In argomento interessante appare la pronuncia del Tribunale di Treviso²⁶ che rigetta l'ipotesi di nullità assoluta del contratto di fideiussione concluso a valle, confutando le teorie della nullità derivata, del collegamento negoziale, della illiceità della causa e dei motivi.

In particolare, esclude l'ipotesi di nullità derivata, ritenendo difettare i requisiti del vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile, tra le intese a monte ed i contratti a valle, mostrando, le prime, di non costituire un tutt'uno con i secondi, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia.

Con riguardo, invece, all'illiceità endogena del contratto "a valle" per illiceità della causa, la sentenza de qua reputa dirimente il rilievo che, anche ad ammettere che l'imprenditore persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere.

Ipotizza l'individuabilità del solo motivo illecito dell'imprenditore, ponendo, però, in evidenza che, in quanto non comune e condiviso dall'altro contraente, resterebbe del tutto irrilevante a norma dell'art. 1345 c.c.

25. Trib. Treviso, 26 luglio 2018; Trib. Treviso, 30 luglio 2018, n. 1632; Trib. Rovigo, ord. 9 settembre 2018; Trib. Padova, 29 gennaio 2019; Trib. Avellino, 11 aprile 2019 n. 680; Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044; App. Milano, 22 gennaio 2020; Trib. Cagliari, sez. spec. in materia di imprese, 23 gennaio 2020, n. 204; Trib. Milano, 23 gennaio 2020, n. 610; Cass. civ., 19 febbraio 2020, n. 4175.

26. Trib. Treviso, 30.07.2018, n. 1632.

Infine, rigetta la possibilità di ipotizzare la nullità del contratto a valle ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., dal momento che l'art. 2 della legge 287/1990 vieta le intese ma nulla dispone circa le sorti dei rapporti commerciali con altri contraenti, concludendo richiamando il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua della quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustificerebbe soltanto l'adozione di rimedi risarcitori (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 19.9.2007, n. 26724).

Tale contrapposto orientamento ha, di poi, trovato cittadinanza anche innanzi alla Suprema Corte, con la sentenza n. 24044/2019²⁷, che a sostegno della tesi della nullità parziale pone in rilievo la circostanza per cui la pronuncia n. 2207/2005, avrebbe, invero, affermato la distinzione tra azione di nullità esperibile contro le intese a monte, ed il rimedio risarcitorio azionabile dalla parte del contratto stipulato a valle in relazione a quest'ultimo, ed altresì il fatto che, dalla declaratoria di nullità di un'intesa per lesione della libera concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. n. 287/90, non discendesse, automaticamente dei contratti posti in essere dalla imprese aderenti all'intesa, mantenendo essi la loro validità potendo dar luogo solo ad azioni risarcitorie²⁸.

Fatti tali premesse, la sentenza de qua osserva come la Banca d'Italia avesse circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese, e che pertanto la nullità del contratto a valle dovesse essere valutata alla stregua degli artt. 1418 c.c. e potesse trovare applicazione l'art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venisse pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite, rigettando, altresì, la doglianza circa l'impossibilità di provare la decisività delle clausole

27. Chiamata a pronunciarsi rispetto alla richiesta di cassazione della sentenza di secondo grado che aveva ritenuto "Nel caso in esame, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione stipulato tra gli appellanti e la Promos, siano presenti le clausole sopra riportate (2, 6 e 8) riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, tuttavia la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Ne consegue che, benché le clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione siano nulle, il contratto è tuttora valido ed esistente tra le parti".

28. Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9384; Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. civ., 20 giugno 2011, n. 13486.

ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca, in quanto, in concreto, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione.

Il provvedimento in commento, all'evidenza, mostra di collocarsi nel solco di tale secondo filone, meno intenzionata a distaccarsi dalla rigorosa applicazione dei principi codicistici vigenti in tema di nullità, laddove, rigettando le teorie della nullità derivata, della illiceità della causa e della contrarietà del contratto (ovvero degli elementi intrinseci del contratto) a norme imperative, e richiamando il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti²⁹, reputa corretto limitare la comminatoria di nullità alle sole clausole dei contratti a valle riprodotte del contenuto di quegli stessi articoli dello schema ABI 2003, da soli ritenuti contra legem da Banca d'Italia in tal modo facendo applicazione della norma di cui all'art. 1419, primo comma c.c.

In conseguenza della nullità delle singole clausole e, quindi, del venir meno della deroga al termine di sei mesi di cui all'art.1957 c.c. contenuta nella clausola nulla, il Tribunale di Pescara ha affermato la decadenza della banca dalla possibilità di agire contro il fideiubente, per non aver dimostrato di essersi attivata nel termine semestrale.

Negli stessi, identici termini, si era, peraltro, già pronunciato il Tribunale di Padova, con sentenza del 29.01.2019.

L'orientamento seguito dal provvedimento in esame riconosce, dunque, la preminenza del principio di conservazione del contratto di cui è espressione l'art.1419 c.c.³⁰.

Come è stato osservato, ciò che si richiede è una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi accertare se la modifica abbia avuto importanza determinante tenendo conto dell'interesse delle parti³¹.

29. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 19 settembre 2007, n. 26724.

30. G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 103; F. GALGANO, *Sub art. 1419 c.c.*, in Comm. SCIALOJA, BRANCA, Bologna-Roma, 1998, 144; tale principio è presente anche nelle regole di interpretazione oggettiva del contratto all'art. 1367 c.c., sia in materia di nullità dove, secondo l'opinione tradizionale, costituirebbe il fondamento delle regole sulla conversione del contratto nullo e della nullità parziale.

31. M. RABITTI, in *Commentario del Codice Civile - Dei Contratti In Generale Artt. - 1387-1424 UTET Giuridica - 2012*, 590; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000,

Secondo la giurisprudenza, l'estensione della nullità all'intero contratto costituisce l'eccezione rispetto al mantenimento del contratto, perché deroga la principio generale della conservazione del contratto, di talché può essere pronunciata solo su apposita eccezione della parte sulla quale incombe l'onere di dimostrare che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma³².

Si esclude, quindi, da parte della giurisprudenza che l'effetto estensivo della nullità possa essere dichiarato d'ufficio dal giudice, in assenza di apposita domanda di parte³³.

Quanto all'accertamento della interdipendenza della clausola nulla con il contratto, questo viene per lo più condotto in chiave volontaristica³⁴.

Tale prospettiva è stata abbandonata dalla dottrina che ha favorito un'impostazione di carattere oggettivo basata sul principio della "compatibilità tra l'assetto di interessi originario e quello che risulta dal contratto, depurato della parte o della clausola colpita da nulli-

639 ss. Osserva A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I, I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, 2, Torino, 2006, 1551, che oltre alla nullità parziale volontaria esistono casi di nullità parziale "legale", in cui cioè la conservazione della parte residua è imposta dalla legge: la nullità delle clausole volte a limitare preventivamente dolo o colpa grave (art. 1229 c.c.); la nullità delle clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto (art. 1341 c.c.); la nullità delle clausole di formulari incompatibili con clausole aggiunte (art. 1342 c.c.); la nullità delle clausole risolutive impossibili (art. 1354 c.c.); la nullità della clausola che limita la proponibilità di eccezioni (art. 1462 c.c.); la nullità del patto commissorio (art. 2744); la nullità del patto leonino (art. 2265 c.c.).

32. Cfr. App. Brescia, 31 gennaio 2019; Cass. civ., 21 maggio 2007, n. 11673; Cass. civ., 13 novembre 1997, n. 11248; Cass. civ. n. 2499/1983: "*Secondo il sistema del codice civile, il principio della conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale (utile per inutile non vitiatur) è la regola, mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione, i cui estremi devono essere provati dalla parte interessata, tenuta all'uopo a dimostrare che la clausola colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma e non persegue un suo risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto e funge da condicio causam dans o sine qua non, poiché solo così la nullità parziale investe e travolge l'intero contratto*".

33. Cfr. Cass. civ., 26 maggio 2008, n. 13561; Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017; Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27732; Cass. civ., 20 maggio 2005, n. 10690; Cass. civ., 5 maggio 2003, n. 6756; Cass. civ., 27 gennaio 2003, n. 1189.

34. In giurisprudenza accolgono la tesi che fa leva sulla volontà delle parti Cass. civ., 5 maggio 2003, n. 67526, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 5; Cass. civ., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, 2782; in *Mass. Giur. it.*, 2000; in *Corriere giur.*, 2001, 11, 1499.

tà³⁵ ed anche da una certa giurisprudenza³⁶ che ha aderito a questa impostazione affermando la necessità di guardare 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 altre pattuizioni in tale rapporto di interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo”.

A questa ha, però, continuato ad affiancarsi quella, anche più attuale³⁷, che richiama l'occorrenza di accertare se la nullità di una clausola contrattuale importi la nullità dell'intero contratto, ovvero sia applicabile il principio utile per inutile non vitiatur, deve essere accertata soprattutto attraverso la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'ipotesi che nel contratto non fosse stata inserita la clausola nulla.

Questa impostazione è quella seguita dalla corrente giurisprudenziale che afferma la nullità parziale dei contratti di fidejussione, cui aderisce il provvedimento in esame, che giudica i contratti stipulati a valle provvisti di propria autonomia rispetto alle intese a monte, con regimazione dei primi in base ai principi civilistici vigenti in tema di nullità.

Occorre esaminare la questione tenendo ben presente la distinzione tra intese (a monte) e contratti stipulati a valle, ed il fatto che l'art. 2 della Legge n. 287/90 si riferisca in maniera espressa alle prime, come del resto i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza innanzi citata.

La lettera della norma appare chiara laddove vieta le intese che abbiano per oggetto o per effetto, cosicché l'oggetto e l'effetto si pon-

35. Cfr. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in Tratt. Roppo, IV, Rimedi, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 113. In questo senso si orienta ormai la dottrina (A. DI MAJO, *op. cit.*, 105 ss.) che, tuttavia, ha colto l'occasione anche per ridimensionare la “diatriba tra i volontaristi e gli antivolontaristi”, sottolineando come sia la volontà, sia l'operazione negoziale realizzata costituiscano entrambi elementi necessari per valutare la nullità del contratto.

36. Cfr. Cass. civ., 19 aprile 1982, n. 2411; Cass. civ., 1 marzo 1995, n. 2340; Cass. civ., 5 luglio 2000, n. 8970; Cass. civ., 19 luglio 2002, n. 10536; Cass. civ., 5 febbraio 2016, n. 2314; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27839; Cass. civ., 11 luglio 2011, n. 15214.

37. Cfr. Cass. civ., 10 novembre 2014, n. 23950; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27839; Cass. civ., 11 luglio 2011, n. 15214.

gono quali elementi di riscontro della illiceità dell'intesa (e non del contratto a valle), che, appunto, ha quel determinato oggetto, ovvero esplica quel determinato effetto.

Del resto, come osservato dalla Suprema Corte (sentenza n. 2207/2005) la ratio della nullità di cui all'art. 33 l. n. 287/90, è quella di togliere alla volontà anticoncorrenziale "a monte" ogni funzione di copertura formale dei comportamenti "a valle".

Tuttavia, se per "effetto" deve intendersi tutto ciò che è prodotto da una determinata causa e, quindi, nel caso di specie, tutto ciò che promana da una determinata intesa, appare di dubbia correttezza il sanzionare l'intesa illegittima antiggiuridica lasciando, però, intatto l'effetto di essa.

Potrebbe essere, allora, giusto dare ingresso alla teoria della nullità "speciale", come sostenuta da una certa dottrina³⁸ sulla scia della premessa esplicitata dalla Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 827/1999 secondo cui "la legge n. 287 del 1990 con l'art. 2 ha stabilito una nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva".

Nondimeno, però, lo scrivente ritiene di condividere la tesi della nullità parziale, come accolta del Tribunale di Pescara, che non deroga ai principi civilistici rispetto ai contratti a valle, e quindi fa applicazione della norma di cui all'art. 1419 c.c., relativamente alle sole clausole invalide per contrasto con la legge anti trust, e ciò proprio in ragione del fatto che la Banca d'Italia, nel provvedimento n.55 del 2005, ha rilevato la contrarietà con l'articolo 2 comma 2 lettera a) della legge

38. Cfr., G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 32; B. LIBONATI, *Intese orizzontali*, cit., 1225 ss.; G. AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust*, cit., 939 ss. Cfr., inoltre, R. ALESSI, G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 16 ss.; G. FLORIDIA, G.V. CATELLI, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, 158. Secondo A. DI MAJO, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in A. DI MAIO, G.B. FERRI, M. FRANZONI, *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss., "le cause o i fattori" delle nullità speciali "non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie. Essi sono la negazione della fattispecie. Ecco dunque che il predicato 'speciali', con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto 'speciale' (e sia esso da individuare nella particolare forma di legittimazione relativa o nel carattere necessariamente parziale della nullità o nell'effetto sostitutivo di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità-fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze 'esterne' al contratto [...]".

n. 287/90, delle sole clausole 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione ABI del 2003, lasciando intatte le altre.

Per tale ragione, a parere dello scrivente, appare corretto fare applicazione della norma di cui all'art. 1419 c.c.

Ciò che, invece, non è condivisibile, è quella che sembra una valutazione troppo superficiale degli interessi soggettivi delle parti rispetto alla conclusione del contratto anche in difetto delle clausole invalide, apparendo, invece, maggiormente corretta la prospettazione offerta dall'ABF nella decisione del 04.07.2019 e dalla Corte d'Appello di Bari nella sentenza n. 45/2020, circa l'esigenza di procedere alla valutazione di tale potenziale volontà calandola nel contesto concreto, e non ideale, nel quale sono state concepite le clausole invalide e quindi, correttamente, considerando che, molto verosimilmente, in un condizione in cui, da un lato la banca avesse dovuto fare i conti con la concorrenza e con la possibilità di ristrutturare le condizioni a cui offriva il credito, prima ancora che le garanzie, e dall'altro il cliente si fosse trovato in un mercato caratterizzato da una varietà di offerte, a fronte della non funzionalità delle clausole, non esiste alcuna certezza che il contratto mutilato avrebbe potuto rappresentare la migliore opzione a sua disposizione.

Si consideri, peraltro, la diffusa casistica di concessioni abusive di credito o di violazione dei doveri di corretta verifica del merito creditizio nel caso di credito al consumo, verosimilmente in ragione delle ampie tutele beneficate, proprio grazie a tali clausole, dalle banche che hanno, perciò, omesso di espletare i dovuti controlli, contravvenendo al dovere di diligenza (del *bonus argentarius*) che ad esse si impone al fine di non danneggiare la propria clientela.

Ed, invero, se può apparire innegabile che il cliente preferisca scongiurare che eventuali incertezze sulla propria solvibilità possano pregiudicare la concessione del credito richiesto, e pur ammettendo che anche in presenza di alcune criticità, la possibilità per le imprese (in particolare queste più che il consumatore) la cui attività è normalmente caratterizzata dal rischio, di accedere al credito bancario necessario per perseguire l'oggetto sociale, non debba essere pregiudicata da un eccessivo rigorismo, nondimeno, nell'attuale contesto si assiste al generale dissesto del sistema economico, di cui specchio è la proliferazione di procedure esecutive in buona parte incardinate da istituti

di credito, che troppo facilmente concedono credito proprio grazie alle garanzie concesse in un contesto finanziario malsano, e reso tale anche da dinamiche viziate di cui sin qui si è detto.

Si consideri che, non a caso, il nuovo Codice della Crisi, prevede che, ai fini della valutazione della meritevolezza del debitore (per l'accesso alle procedure del piano di ristrutturazione dei debiti, di concordato e di esdebitazione) debba anche considerarsi se soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, così ponendosi l'accento sulla rilevanza di tale aspetto e sulla necessità di una maggiore responsabilità da parte dei soggetti finanziatori che, perciò, meno disinvoltamente, magari perché confortati dalle ampie garanzie, dovranno concedere credito.

Circa, infine, il profilo squisitamente processuale della competenza (funzionale) a delibare in ordine alla invalidità dei contratti di fideiussione, il provvedimento in commento afferma la propria competenza, quale giudice dell'azione, a conoscere anche della eccezione di nullità del contratto di fideiussione.

Secondo tale impostazione, difatti, la competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa, giusta il combinato disposto degli artt. 2 e 33 comma 2 della Legge n. 287/90 e dell'art. 3 commi 1 lett. a) e 3 D. Lgs. n. 168/2003, ricorrerebbe per il solo caso di domande di nullità proposte in via principale e con efficacia di giudicato, nel mentre, nel caso di eccezione riconvenzionale di nullità sollevata dal convenuto al fine di paralizzare la domanda avversa, questa rimarrebbe di competenza del Tribunale civile ordinario adito in via principale dall'attore (cfr. Tribunale di Belluno, sent. n. 53/2019, Tribunale di Padova, sent. del 29.01.2019, Corte d'Appello di Bari, sent. n. 45/2020), cosicché l'eventuale remissione della causa alla Sezione specializzata in materia d'impresa si tradurrebbe in un sostanziale ed inammissibile rifiuto di esaminare la questione di nullità, invece espressamente imposta sin dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite nn. 26242 e 26243/14.

Correttamente, il provvedimento in esame, a conforto del proprio convincimento, richiama la simmetria procedurale che si produce, con deroga al principio del concorso formale di cui all'art. 52 l.f., nel caso in cui il convenuto in un giudizio ordinario dal curatore fallimentare sollevi eccezione di compensazione con un controcredito non ancora

accertato in sede fallimentare (ovvero di cui non sia stata neanche richiesta la verifica), sollevata da chi sia convenuto in giudizio dal curatore fallimentare, non vada esaminata con il rito "fallimentare", bensì resti attratta alla competenza del giudice ordinario, proprio in ragione del fatto che, in tal caso, l'accertamento del credito è richiesto, non ai fini della partecipazione al concorso, ma solo al fine di contrastare la pretesa del curatore.

In senso opposto (cfr. ex multis, Tribunale di Perugia, ord. 17.04.2019, Tribunale di Rovigo, 19.06.2018, Tribunale Verona, 12.09.2019) si afferma la competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa anche nel caso di eccezione riconvenzionale.

Interessante, tra queste, è la motivazione spesa dal Tribunale Veronese che ritiene sussistere la competenza della sezione specializzata, in ragione del fatto che "la decisione su di essa implica un accertamento sulla nullità o non nullità della contratto (nel caso di specie della fideiussione), che, secondo quanto precisato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 26242/2014, sebbene incidentale, è comunque idoneo al giudicato".

In argomento uno spunto di riflessione degno di nota è offerto dal Tribunale di Catanzaro Sezione Specializzata in Materia d'Impresa (nella recente ordinanza del 05.03.2020) il quale, adito a seguito della ordinanza di incompetenza pronunciata dal Tribunale di Vibo Valentia in favore della Sezione Specializzata in relazione ad una domanda di nullità di un contratto di fideiussione, ha ritenuto non sussistere la propria competenza, in quanto "l'accertamento della prospettata nullità del contratto a valle non involga anche un accertamento della sussistenza dell'intesa che, per l'appunto, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, è stata già accertata dalla Banca d'Italia con Provvedimento n. 55 del 2.5.2005." di talché "appare ragionevole affermare che la competenza giurisdizionale sul "contratto a valle" spetti al Tribunale civile ordinario e non alla sezione specializzata in materia di impresa, proprio perché, a ben vedere, non viene in rilievo in via diretta l'esame e l'applicazione del disposto di cui all'art. 33 l. n. 287 del 1990, ma solo la valutazione della coincidenza tra la fideiussione oggetto di causa ed il testo frutto dell'intesa restrittiva e non già l'intesa restrittiva stessa." ... "tanto più se si considera che, nella maggior parte delle fattispecie concrete – come quella oggetto della presente

causa –, la prospettata violazione della normativa antitrust rappresentata solo uno dei motivi dedotti dall'attore a fondamento della domanda di nullità della fideiussione” ... Così concludendo che diversamente opinando si dovrebbe affermare “che tutte le volte in cui si cumula, in una stessa causa, l'azione di nullità della fideiussione e del conto corrente, ovvero, come nel caso di specie, della fideiussione e del mutuo, allora la competenza, a discapito degli ordinari criteri di competenza territoriale, viene attribuita alle sezioni specializzate impresa (le domande di nullità della fideiussione per violazione della concorrenza in via diretta e tutte le altre domande in quanto domande connesse)” e indi attribuire “attribuire – in contrasto con la lettera della legge ed in particolare con l'art. 3 del Decreto Legislativo 27 giugno 2003, n. 168 ‘Istituzione di Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'articolo 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273”, che delinea la competenza per materia delle sezioni specializzate – al Tribunale delle Imprese l'intero contenzioso bancario alla sola condizione che venga eccepita la nullità della fideiussione per violazione delle norme Antitrust”.

Appare, ad ogni modo, chiaro che trattasi di questioni tutt'altro che pacifiche ed in relazione alle quali, di certo, assisteremo ad ulteriori evoluzioni in un panorama giurisprudenziale ancora asimmetrico e che forse – ma non è affatto detto – solo con il tempo troverà un univoco indirizzo.

Dario Bruno

Tribunale di Pescara – Decr. 12 dicembre 2019 – N. 4 – G.D. F. Colantonio - Fall.to L.G. s.n.c. & Soci

Fallimento – Domanda di insinuazione al passivo – Provvedimento di ammissione – Decreto esecutività – Rinuncia – Effetti procedurali – Riproponibilità della domanda – Ammissibilità

La rinuncia all'insinuazione al passivo svolta dal creditore istante non configura una rinuncia al diritto sostanziale dedotto (diritto di credito) quanto piuttosto una rinuncia agli atti avente natura meramente procedimentale; ne deriva che, seppur la stessa intervenuta all'esito dell'udienza di verifica, del relativo provvedimento di ammissione e successivo decreto di esecutività da parte del Giudice Delegato, non preclude la riproposizione di una nuova e diversa domanda, ancorché tardiva, da parte del medesimo creditore.

(omissis)

Con istanza “tempestiva” del 28 marzo 2019, il sig. S.M., patrocinato dall'Avv. A.T. del Foro di Pescara, chiedeva l'ammissione del proprio credito al passivo del fallimento “L.G. di G.D.S. & C. s.n.c.”, con il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 1 c.c., in quanto derivante da rapporto di lavoro subordinato; credito quantizzato nella complessiva somma di euro 5.701,41, per “trattamento di fine rapporto”, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge.

Premetteva parte istante avere prestato attività lavorativa, con vincolo di subordinazione e contratto di lavoro a tempo indeterminato, in favore della Società fallita, in un arco temporale compreso tra il 01 aprile 2005 e il 11 luglio 2013.

Assumeva non aver percepito, alla cessazione del rapporto di lavoro, le somme al medesimo competenti a titolo di “trattamento di fine rapporto”, “indennità sostitutiva delle ferie e delle festività soppresse” e “ROL”, per un ammontare complessivo pari ad euro 12.815,78 sì da essersi visto costretto alla promozione di un giudizio monitorio esitato dalla pronuncia di un decreto ingiuntivo di pagamento a cura del Tribunale di Pescara (n. 94/2014); provvedimento di poi opposto e confermato a mezzo sentenza n. 637/2014; titoli tutti che, muniti di formula esecutiva, venivano puntualmente spesi in allegato alla domanda di ammissione al passivo.

Deduceva parte istante come la Società obbligata, all'esito di dette pronunzie e parziale adempimento della propria obbligazione, avesse corrisposto la minor somma di euro 10.741,39, imputata, *ex lege*, dapprima alle spese di procedura/giudizio, di poi agli interessi maturati e quindi alla sorte capitale così residuando un credito in proprio favore per complessivi euro 5.701,41. (v. art. 1194 cod. civ.)

In vista dell'udienza di verifica del 09 maggio 2019, il Curatore fallimentare depositava il "progetto di stato passivo" nell'ambito del quale, esaminata la domanda di ammissione ed i titoli tutti alla stessa allegati, proponeva l'insinuazione del credito nei termini richiesti.

Nel corso della fissata udienza il G.D., nel contraddittorio delle parti, ritenute le conclusioni del curatore, preso atto della domanda del ricorrente e sue produzioni, accoglieva la stessa così ammettendo al passivo del fallimento il credito di "euro 5.701,41 – categoria privilegiati generali, ante 1 grado, per le indennità dovute ex art. 2751 bis n. 1 cod. civ."; faceva seguito in pari data decreto di esecutività ex art. 96 L.F.

Con atto depositato in cancelleria in data 19 luglio 2019, l'istante dichiarava di "*voler rinunciare all'ammissione al passivo del fallimento L.G. s.n.c.*", contestualmente precisando come detto atto non rappresentasse "rinuncia sostanziale al credito" così da non precludere la riproposizione di una diversa istanza di insinuazione anche in ragione delle maggiori somme eventualmente dovute.

In data 02 settembre 2019 faceva seguito, a cura del sig. S.M., un'ulteriore istanza di ammissione al passivo del fallimento a mezzo della quale richiesta "tardivamente" l'insinuazione della diversa somma di euro 10.982,65 dovuta per trattamento di fine rapporto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria al soddisfo.

Nei termini di legge, veniva depositata la proposta del Curatore che recepiva la tesi e la domanda dell'istante; nel corso della successiva udienza di verifica del 12 dicembre 2019 il G.D., previo esame degli atti e documenti allegati, aderiva alla prospettazione giuridica fornita dal ricorrente e fatta propria dal Curatore, così ammettendo il credito esposto nei termini della relativa domanda; reso, in pari data, decreto di esecutività dello stato passivo ex art. 96 L.F.

(*omissis*)

NOTA: AMMISSIONE ALLO STATO PASSIVO DEL FALLIMENTO: NATURA GIURIDICA DELL'ATTO DI RINUNCIA

Con il provvedimento in rassegna, il Tribunale di Pescara, nella persona del G.D., si è visto a statuire su di una domanda di ammissione al passivo riproposta dal creditore all'esito di un precedente "atto di rinuncia all'ammissione al passivo" così dovendosi preliminarmente soffermare su una specifica questione di diritto, quale la natura giuridica dell'atto di rinuncia e suoi effetti procedurali; atto che, è bene precisarlo, necessitato da un errore materiale di calcolo della parte istante allorché in occasione della prima domanda richiesta l'ammissione al passivo di un minor credito rispetto a quello effettivamente vantato.

Ebbene, muovendo dal principio generale desumibile dall'art. 310 c.p.c. ("L'estinzione del processo non estingue l'azione"), ha ritenuto attribuire a detto atto natura meramente procedimentale sì da non incidere sul diritto sostanziale già dedotto; da ciò facendone discendere la possibilità per la parte di riproporre, in via tardiva, la domanda relativa al medesimo credito, emendato da refusi di calcolo.

Norma, quella richiamata dal Tribunale che, applicabile anche alle procedure concorsuali, manifesta la profonda differenza tra i due istituti dell'estinzione del processo e dell'estinzione dell'azione, avendo solo quest'ultimo effetti preclusivi sulla riproposizione della domanda.

Da qui, la soluzione operata dal G.D., risponde al principio di autonomia dell'azione rispetto al processo, applicabile anche alla fase, speciale e sommaria ma di natura giurisdizionale, quale quella di esame dello stato passivo, destinata a concludersi con decreto; scelta che si rivela di particolare interesse in quanto approfondisce un tema ricorrente all'interno delle procedure concorsuali ed in relazione al quale, nel tempo, si sono avute interpretazioni non sempre univoche. (a favore, Cass. civ. Sez. I, 19 Gennaio 2016, n. 814; Cass. civ. Sez. VI, 27 aprile 2016).

Si consideri, infatti, come un orientamento della S.C., antecedente la riforma di cui al D. Lgs n. 5 del 2006, attribuisse alla rinuncia all'istanza di ammissione di credito la stessa portata prevista dall'art. 98, 3° comma L.F., con la conseguenza che la mancata costituzione nel termine di cinque giorni antecedenti l'udienza fissata dal giudice delegato rendeva applicabile la sanzione dell'abbandono della domanda,

atteso che tale termine, in considerazione delle esigenze di certezza e celerità del procedimento di verifica dello stato passivo del fallimento, doveva essere ritenuto perentorio, benché non espressamente dichiarato tale dalla legge (v. Cass. civ. nn. 9359/1997, 1763/1999; 2673/2000; 9349/2003; 8095/2004).

Da qui, la riproponibilità dell'azione solo nei confronti del fallito tornato in bonis ma non del fallimento (così Cass. civ. n. 9616/1998); da ciò ritenendosi l'applicazione all'insinuazione del credito, in via analogica, la decadenza dall'azione (in conseguenza dell'abbandono" della domanda ai sensi dell'art. 98, terzo comma L. F.).

Secondo ulteriori orientamenti, poi, la rinuncia del creditore, allorché il proprio credito già ammesso al passivo, comporta la rinuncia al diritto di concorrere al riparto, già riconosciuto dal giudice, e la rinuncia al provvedimento favorevole ottenuto, rimanendo così preclusa la riproposizione tardiva della domanda relativa allo stesso credito, quale effetto della definitività dello stato passivo ove è stato annotato l'atto di rinuncia; e alla data di detto atto, il diritto dei creditori verso il Fallimento si è estinto ex art. 1236 cod. civ.

Sulla scorta di detta interpretazione, non sono mancate pronunce che hanno ipotizzato la possibilità di riproposizione della domanda di ammissione, fatta oggetto di rinuncia, solo prima del deposito del decreto di esecutività dello stato passivo del fallimento ovvero antecedentemente all'esame del merito da parte del G.D. (Tr. Santa Maria Capua Vetere, 23 gennaio 2014, N. 2906/2013 R.G. – Tr. Torino 23.04.1990; Cass. Civ. 15702/11).

Ebbene, ritenuti i diversi orientamenti giurisprudenziali ed interpretazioni dottrinarie che nel corso degli anni si sono via via avvicinate, e ciò anche in ragione delle importanti modifiche normative che hanno interessato le procedure concorsuali, si osserva che:

– in mancanza di una specifica deroga normativa non v'è ragione per negare al procedimento previsto per le dichiarazioni tardive di crediti l'applicabilità della regola dettata dall'art. 310 c.p.c., comma I, secondo cui, in via di principio, l'estinzione del processo non incide sui diritti sostanziali fatti valere in giudizio e sul diritto di riproporli in altro giudizio;

– non è possibile configurare, in via di interpretazione analogica, sulla base del disposto dell'art. 98, comma 3, L.F. (secondo cui l'op-

posizione si reputa abbandonata), la decadenza dall'azione in conseguenza dell'abbandono dell'insinuazione tardiva, diversi essendo, per natura e funzione, i due istituti; ciò in quanto il ricorso ex art. 98 L.F. si atteggia come rimedio impugnatorio ancorato al rispetto di termini perentori, ed è, perciò, conforme a tale carattere ritenere che l'abbandono dell'opposizione comporti la decadenza dall'azione proposta e ne precluda la riproposizione, posto che all'estinzione consegue la definitività del provvedimento adottato in sede di verifica dello stato passivo, laddove, viceversa, il ricorso proposto a norma dell'art. 101 L.F., non costituisce lo sviluppo in sede contenziosa della precedente fase di accertamento dei crediti, ma presenta i caratteri propri dell'ordinario giudizio di cognizione, soggetto ai principi regolatori di tale giudizio anche con riferimento alle modalità ed ai termini delle impugnazioni, cosicché appare in linea con tale sistema ritenere che la mancata tempestiva costituzione determini la estinzione del procedimento e/o la improcedibilità della domanda tardiva, senza che ad essa consegua la preclusione della possibilità di far nuovamente valere la stessa domanda di credito;

– non rilevano, in contrario le esigenze di speditezza e celerità che dovrebbero rendere inapplicabile la regola posta dall'art. 310 c.p.c., poiché nel procedimento previsto dall'art. 101 L.F. l'unica regola di intento acceleratorio è quella dettata dall'art. 112 L.F. (secondo cui i creditori ammessi a norma dell'art. 101 L.F. concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione ...) mentre la pendenza dell'insinuazione tardiva non preclude la chiusura della procedura concorsuale, né ha effetti in ordine agli accantonamenti previsti dall'art. 113 L.F. (così le pronunce Cass. 12855/2010, 21837/2005 e 19628/2004);

– a confutazione dell'argomento secondo cui la diversità della fase (preliminare) riservata alla cognizione del giudice delegato rispetto a quella (successiva ed eventuale) di cognizione ordinaria renderebbe inapplicabile nella fattispecie la regola dettata dall'art. 310 c.p.c. va rilevato che, stante la natura giurisdizionale anche della fase (di rito speciale e sommario) destinata a concludersi con decreto, non c'è ragione per non applicare il principio dell'autonomia del processo dall'azione (lasciando così impregiudicato il diritto sostanziale dedotto), quando il relativo procedimento, introdotto con ricorso (potenzialmente) volto

ad avviare un ordinario giudizio contenzioso, sia stato definito con la dichiarazione di estinzione;

– neppure potrebbe essere utilmente richiamato, in contrario, il carattere incidentale del procedimento instaurato con la domanda tardiva, poiché l'estensione a tutta la procedura fallimentare degli effetti preclusivi derivanti dal fenomeno dell'estinzione, in difetto di una specifica previsione normativa, non trova supporto nella interpretazione sistematica dell'art. 101 L.F., né sarebbe costituzionalmente orientata.

In definitiva, a parere dello scrivente, correttamente il Tribunale di Pescara ha applicato al caso di specie il seguente principio di diritto: "La rinuncia all'insinuazione al passivo svolta dal creditore istante non configura una rinuncia al diritto sostanziale dedotto (diritto di credito) quanto piuttosto una rinuncia agli atti avente natura meramente procedimentale".

Alessio Ritucci

Tribunale di Pescara – ord. 11/11/2019 – Est. Battista – X c.Y

Famiglia – Matrimonio – Scioglimento – Divorzio – Obblighi verso l'altro coniuge – Incentivi all'esodo – Natura – Art. 12-bis della L. 898 del 1970 – Applicabilità

In caso di divorzio, il coniuge titolare dell'assegno che non sia passato a nuove nozze ha diritto ai sensi dell'art. 12-bis della L. 898 del 1970 ad una percentuale delle somme a titolo di incentivo all'esodo corrisposte dal datore di lavoro all'altro coniuge in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, atteso che dette somme non hanno natura liberale ed eccezionale, ma costituiscono reddito di lavoro dipendente, essendo predeterminate al fine di sollecitare e remunerare, mediante una vera e propria controprestazione, il consenso del lavoratore alla risoluzione anticipata del rapporto.

(omissis)

A scioglimento della riserva nella causa promossa da ...X... nei confronti di ...Y... finalizzata ad ottenere la quota parte del T.F.R. da quest'ultimo percepito all'atto della cessazione del proprio rapporto di lavoro;

(omissis)

considerato che il diritto a percepire la quota parte del T.F.R. da parte dell'ex coniuge sorge laddove: A) il diritto al trattamento di fine rapporto sia maturato successivamente anche alla mera proposizione della domanda di divorzio anche se non sia stata ancora pronunciata la relativa sentenza (a tal riguardo, infatti, la Corte di legittimità ha precisato che è sufficiente la mera proposizione della domanda di divorzio in epoca antecedente alla data in cui sia maturato il diritto alla percezione del T.F.R. (cfr. Cass. n. 12175/2011), B) il coniuge richiedente fosse titolare di assegno divorzile al momento della cessazione del rapporto di lavoro; riscontrata, nel caso di specie, la ricorrenza di entrambe le predette condizioni posto che la sentenza di divorzio è intervenuta in era antecedente alla data di maturazione del diritto alla percezione del T.F.R. e che la ...X... era titolare di assegno divorzile al momento della erogazione di tale emolumento;

rilevato, altresì, che, secondo quanto stabilito dalla Suprema Corte con la pronuncia n. 14171/2016 “le somme corrisposte dal datore di

lavoro in aggiunta alle spettanze di fine rapporto come incentivo alle dimissioni anticipate del dipendente (cosiddetti incentivi all'esodo) non hanno natura liberale né eccezionale, ma costituiscono reddito di lavoro dipendente essendo predeterminate al fine di sollecitare e remunerare mediante una vera e propria controprestazione il consenso del lavoratore alla risoluzione anticipata del rapporto" (Vedi anche Cass. sez. lav. n. 14621/2007 e Cass. civ. sez. 5 n. 13777/2013);

ritenuto, quindi, di dover calcolare la misura percentuale spettante alla ricorrente tenendo conto di tutte le somme dal ...Y... percepite all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, quali risultanti dal prospetto paga allegato al verbale di conciliazione sindacale e di prendere, pertanto, quale base di calcolo la somma di € 223.725,16 (somma comprensiva anche dell'incentivo all'esodo e calcolata al netto delle imposte); (*omissis*) P.Q.M. In accoglimento del ricorso assegna a ...X... la somma di € 35.796,02 quale quota parte del TFR di ...Y... ai sensi dell'art. 12-bis della L. n. 898/1970 (*omissis*).

NOTA

1. L'art. 12-bis L. 898 del 1970 stabilisce che "il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare dell'assegno ai sensi dell'art. 5, ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza".

L'enunciato "percentuale dell'indennità di fine rapporto" si riferisce solo al trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 c.c. o, invece, comprende anche il cd. incentivo all'esodo ossia la somma che il datore di lavoro corrisponde al suo dipendente per indurlo a presentare le proprie dimissioni ovvero a prestare acquiescenza all'intimato licenziamento?

Il Tribunale di Pescara ha risposto al quesito trascrivendo il punto saliente della motivazione della ordinanza n. 14171 resa da Cass. Sez. VI il 12/7/2016 che si dice conforme non solo a Cass. Sez. Lav. 20/5/2007 n. 1462 e Cass. Sez. V 31/5/2013 n. 13777 – entrambe citate dalla ordinanza pescarese in commento – ma anche Cass. Sez. V 24/7/2013 n. 17986.

2. *A tutta prima vien fatto di chinare il capo a fronte di una decisione di merito che applica un principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte in una ordinanza che, oltretutto, si dice conforme a propri numerosi precedenti.*

Senonché quella ordinanza – la n. 14171/2016 – è stata pronunciata dalla VI Sezione della Corte di Cassazione, la cd. Sezione “filtro”.

La constatazione blocca l’inchino e dispone alla riflessione.

3. *Gli avvocati, infatti, sin dalla istituzione del cd. “filtro” con l’art. 360-bis c.p.c. (introdotto dalla legge n. 69/2009, con il dichiarato obiettivo di ridurre il carico di lavoro della Corte di Cassazione e di intensificare l’esercizio della sua funzione nomofilattica) hanno lucidamente presagito che il “novum” avrebbe esposto i loro ricorsi al destino di innocenti vittime di sommarie decisioni; e così è stato, nonostante le rassicurazioni della dottrina [(v., per tutti, BRIGUGLIO in un articolo pubblicato in www.iudicum.it con il seguente titolo – manifesto: Chi ha paura del filtro? (ovvero: Se lo si dipinge sin d’ora come orribile qualcuno ci crederà e lo applicherà come tale: meglio dunque essere cautamente ottimisti e sterilizzare il “filtro” nei limiti del possibile).*

L’ordinanza n. 14171/2016 della VI Sezione, recepita alla lettera dal Tribunale di Pescara, dà ragione alle preoccupazioni degli avvocati.

4. *In primo luogo si osserva che l’anzidetta ordinanza n. 14171/2016 cita come conformi tre precedenti (Cass.1421/2007; 1377/2013 e 17986/2013) che, però, non offrono alcuna indicazione in ordine all’interpretazione dell’art. 12 bis L.898/70 siccome comprensiva dell’incentivo all’esodo.*

Le somme erogate a tale titolo, osserva Cass. Sez. Lav. 27/6/2007 n. 1421, non sono esenti da imposta. Esse, come si legge in motivazione, presentano natura retributiva e corrispettiva del consenso prestato dal lavoratore alla risoluzione del rapporto sicché “non rientrano così nell’esenzione prevista dal T.U. approvato con DPR 22 dicembre 1986 n. 917, art. 48, comma 2;- lett. f), né in altre cause di esenzione, sono soggette a tassazione separata”.

Cass. Sez. V (Tributaria) con la sent. 31/5/2013 n. 13777 che ha ribadito che “la tassazione separata di cui agli artt. 16 e 17 (ora 17 e 19) TUIR comporta che l’IRPEF si applica separatamente per l’indennità di fine rapporto così come per altra erogazione di somme o di valori effettuate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro dipendente”.

Sulla linea giurisprudenziale in discorso si colloca, infine, Cass. Sez. V (Tributaria) 24/7/2013 n. 17986.

5. Cass. Sez. VI 12/7/2016 n. 14171, però, compie un passo in avanti rispetto ai precedenti che cita a sostegno, perché afferma non solo, in conformità a tali precedenti, che l'incentivo all'esodo è assoggettabile, al pari del TFR, a tassazione separata, ma fa derivare dalla comunanza di regime fiscale l'inedita conseguenza per cui l'incentivo all'esodo è soggetto alla disciplina dell'art. 12bis della L. 898/70: il coniuge divorziato ha diritto di partecipare, in quota non solo al TFR, ma anche all'incentivo all'esodo, proporzionalmente alla durata del matrimonio.

6. La comunanza di regime fiscale del TFR con l'incentivo all'esodo non giustifica la conclusione per cui il coniuge divorziato avrebbe diritto a partecipare, in quota, anche a quest'ultimo.

L'art. 17 TUIR, infatti, alla lett. a) assoggetta a tassazione separata l'indennità di fine rapporto "dovuta in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato" (art. 2120 c.c.) qualsiasi "altra indennità e somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione del rapporto di lavoro" (ed in tale previsione si colloca l'incentivo all'esodo), l'indennità a causa di morte (art. 2122 c.c.), l'indennità di mancato preavviso (art. 2118 c.c., le somme risultanti da capitalizzazione delle cd. pensioni integrative (art. 11, comma 3°, D.Lgs n. 252/2005, il corrispettivo del patto di non concorrenza (art. 2125 c.c.), le somme percepite a seguito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o di transazioni relative alla risoluzione del rapporto di lavoro; e, alla successiva lett. b), gli emolumenti arretrati.

L'art. 12bis L. 898/70, a sua volta, stabilisce il diritto del coniuge divorziato "ad una percentuale della indennità di fine rapporto", non già a tutte le indennità che, connesse alla cessazione del rapporto di lavoro, siano assoggettate al regime di tassazione separata.

Se così fosse il coniuge divorziato avrebbe diritto, ad esempio, a partecipare in quota alla indennità di mancato preavviso che spetta in caso di cessazione del rapporto di lavoro a seguito di licenziamento in tronco privo di giusta causa.

L'assurdità di tale conseguenza dimostra con chiarezza l'erroneità del presupposto.

7. La sezione "filtro" della Corte di Cassazione, del resto, sembra essere stata attraversata dal dubbio, allorquando, dopo aver enunciato

il non conducente argomento (e comunque contraddetto dal testo della legge) della comunanza di regime fiscale ha aggiunto, nelle ultime righe della motivazione della ord. n. 14171/2016 che l'incentivo all'esodo costituisce "voce che la giurisprudenza di legittimità considera univocamente, e non solo ai fini fiscali, integrativa della retribuzione".

Codesta affermazione, però, conferma, nonostante l'abbandono della prospettiva tributaria o fiscale che dir si voglia, la renitenza della Sezione "filtro" ad affrontare la questione al suo esame: l'incentivo all'esodo è soggetta o meno alla disposizione di cui all'art. 12 bis della L. 898 del 1970?

E rispetto alla soluzione di tale questione è rilevante stabilire se l'incentivo all'esodo presenta natura retributiva?

La negativa si impone per entrambi gli interrogativi in quanto il plurificato art. 12bis non si riferisce alle indennità di natura retributiva spettanti al coniuge divorziato ed obbligato all'assegno all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, ma, come si è costretti a ripetere, alla sola indennità di fine rapporto.

8. Il Tribunale di Pescara, dunque, con l'ordinanza in commento, ha provveduto troppo acriticamente ad applicare al caso al suo esame Cass. Sez. VI 12/7/2016 n. 141717 e gli (in conferenti) precedenti da questa richiamati.

Se avesse spinto la ricerca dei precedenti ad un'epoca antecedente a quella della instaurazione del "filtro" avrebbe reperito Cass. Sez. I, 17/4/1997 n. 3294, la cui massima è così concepita:

"La quota di indennità di fine rapporto spettante, ai sensi della normativa sul divorzio, al coniuge titolare di assegno divorzile e non passato a nuove nozze, riguarda unicamente quell'indennità comunque denominata, che, maturando alla cessazione del rapporto lavorativo, è determinata in proporzione alla durata del rapporto stesso ed all'entità della retribuzione corrisposta: non spetta pertanto al coniuge divorziato una parte di altri eventuali importi erogati, in occasione del venir meno del rapporto lavorativo, all'ex coniuge ad altro titolo (nella specie, a titolo di incentivo all'anticipato collocamento in quiescenza)".

Le motivazioni del principio di diritto enunciato dalla trascritta massima fondano:

a) sul tenore letterale della disposizione non essendo consentito "ampliare il significato di un termine ("indennità di fine rapporto") che

costituisce un istituto giuridico ben definito di cui il legislatore del 1987 non può aver tenuto conto nel formulare la norma senza ulteriori integrazioni o chiarificazioni"; b) *sulla "ratio" dell'art. 12-bis "agevolmente desumibile ... dalla natura di retribuzione differita riconosciuta a tale indennità e dalla conseguente necessità di farne partecipe il coniuge che di tale retribuzione ha già fruito sotto forma di assegno divorzile", nonché negli implicati "profili di carattere compensativo"*.

Questi ultimi "proprio per le ragioni che ne sono alla base e ravvisabili, come si è evidenziato, nel contributo personale ed economico dato dall'ex coniuge alla formazione del patrimonio, non possono che riferirsi ad entità economiche maturate nel corso del rapporto di lavoro e del matrimonio".

Donde la conclusione che l'incentivo all'esodo "corrisposto dal datore di lavoro a seguito dell'anticipato collocamento a riposo posto in essere con il consenso del dipendente nell'ambito di una politica aziendale volta a favorire la riduzione del personale" costituisce "una erogazione del tutto distinta, per natura, presupposti, finalità e criteri di determinazione, dall'indennità di fine rapporto come sopra definita e non assoggettabile quindi alla disciplina di quell'art. 12-bis che prevede il diritto ad una quota da parte del coniuge divorziato limitatamente a detta indennità e proporzionalmente agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio (art. 12-bis comma 2), proporzione che verrebbe meno se la quota fosse rapportata anche ad un periodo successivo allo scioglimento del matrimonio".

9. Sembra a chi scrive che le motivazioni della più antica sentenza della I^a Sezione della Corte di Cassazione adempiano alla funzione nomofilattica con un grado incomparabilmente superiore rispetto alla ben più recente sentenza della Sezione "filtro" il cui compito di contenere il numero dei ricorsi può comportare – così come nel caso in esame ha comportato – lo smarrimento di quella essenziale ed istituzionale funzione, con l'effetto, a cascata, della non conformità alla legge della annotata sentenza del Tribunale di Pescara.

Franco Sabatini

Trib. Pescara, ord. 22/4/2020 - n. 284/2020 V.G. - est. Medica

Ricorso ex art. 710 c.p.c.- Emergenza Sars Covid 2 – Diritto di visita del padre non collocatario residente in altra regione – domicilio del minore nella casa del padre – sussiste

Le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), del DPCM 8 marzo 2020 n. 11 non sono preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la "residenza o il domicilio", sicché alcuna "chiusura" di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti.

(omissis)

letta la sentenza di divorzio n. 1462/18 depositata dal ricorrente in data 7.4.2020,

letta la costituzione della resistente... *(omissis)* ... depositata il 8.4.2020,

rilevato che la resistente ha dedotto che il minore frequenta il padre ogni volta che lo desidera, sia presso l'abitazione materna, che quella del padre, non contestando che tali rapporti si siano interrotti a decorrere dal 24.2.2020,

che, sulla base della regolamentazione contenuta nella sentenza di divorzio, il ricorrente può tenere con sé il figlio *(omissis)* per due week-end al mese (il primo ed il terzo) dal venerdì al lunedì compreso,

considerato che la prolungata sospensione di tali rapporti può compromettere la legittima aspirazione del minore di mantenere un rapporto stabile con entrambi i genitori e che, anche per la tenera età del minore, nato il *(omissis)* la relazione non può essere neppure mantenuta, in maniera virtuale, con l'utilizzo di supporti tecnologici,

ritenuto che le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), del DPCM 8 marzo 2020 n. 11 non sono preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la "residenza o il domicilio", sicché alcuna "chiusura" di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti;

rilevato che anche le FAQ diramate dalla Presidenza del CDM in data 10.3.2020 indicano al punto 13 che gli spostamenti per raggiungere i figli minori presso l'altro genitore o presso l'affidatario sono sempre consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione e divorzio;

considerato inoltre che, nella sentenza di divorzio, le parti hanno previsto che il padre, nel periodo estivo, possa tenere con sé il figlio per due settimane, non consecutive, per cui appare opportuno limitare ad una settimana il periodo di permanenza del minore presso il padre,

P.Q.M.

impregiudicata ogni decisione concernente le modalità di affido e di visita del minore, che saranno valutate nel contraddittorio delle parti e nelle udienze già indicate in altro provvedimento, dispone che il ricorrente possa tenere e portare con sé a Roma il figlio... (*omissis*) ... che non vede dal 24 febbraio 2020 per una settimana, dalle ore 9.30 del 25.4.20 alle ore 12.00 del 1.5.2020, orario entro il quale dovrà riaccompagnare il figlio presso l'abitazione della madre. Dispone che, per il prosieguo e fino al termine di vigenza della normativa emergenziale, che limita gli spostamenti delle persone, il padre possa tenere e portare con sé il figlio per una settimana al mese, da concordare tra le parti e, in mancanza di accordo la quarta settimana di ciascun mese, a cominciare da maggio.

Al termine del periodo di vigenza della normativa emergenziale che limita gli spostamenti delle persone, dovranno essere ripristinate le modalità di visita indicate nella sentenza di divorzio.

(*omissis*)

NOTA (1)

Nella fase dell'emergenza epidemiologica, conseguita alla pandemia da Sars-Cov-2, una delle problematiche maggiormente affrontate dall'Autorità giudiziaria ha riguardato l'esercizio del diritto di visita da parte del genitore non collocatario del figlio, il quale, in possesso di un provvedimento legittimante l'esercizio del diritto di visita (separazione-divorzio-decreto responsabilità genitoriale), anche nel periodo di lockdown intenda comunque incontrare il proprio figlio.

La tematica è stata risolta con numerosi provvedimenti, alcuni anche contrasto tra loro, ma, nella maggior parte dei casi, confermativi

della legittimazione ad esercitare il diritto da parte del genitore non collocatario anche in detto periodo.

In effetti anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva risposto con apposite FAQ confermando che gli spostamenti per incontrare i figli durante il periodo di lockdown erano legittimi e, quindi, le uniche limitazioni sono state rappresentate dal tipo di lavoro effettivamente svolto dal genitore non collocatario, il quale poteva mettere a rischio contagio i propri figli: si pensi ai Medici, agli Infermieri, ai dipendenti di imprese funebri, insomma a tutti quei lavoratori più esposti al rischio contagio.

In questo panorama si inserisce il Decreto emanato dal Tribunale di Pescara in data 22.4.2020, quindi in pieno lockdown, che appare molto innovativo poiché, in un momento in cui l'orientamento costante era quello di escludere che i figli potessero essere trasferiti da una regione all'altra anche in presenza di un divieto espresso della normativa in tal senso, il Tribunale di Pescara ha autorizzato un padre, che non vedeva il figlio dal 24 febbraio a causa della situazione emergenziale, a tenerlo con sé per una settimana, dal 25 aprile al 1° maggio incluso, e così via per una settimana al mese, fino al termine dell'emergenza, con espressa autorizzazione a trasferimenti da una regione all'altra, trovando un'interpretazione significativa del DPCM.

L'aspetto più rilevante del provvedimento attiene alla definizione che il Tribunale di Pescara dà della "casa del minore".

Qual è, infatti, la casa del minore in affidato condiviso? Quella della mamma collocataria prevalente, ovvero anche quella del papà affidatario e collocatario non prevalente.

Ebbene, da questa riflessione, e forse anche dalla necessità di sciogliere il nodo in un momento così difficile, la motivazione del Tribunale appare lungimirante:

"ritenuto che le previsioni di cui all'Art. 1, comma 1, lettera a), del DPCM 8 marzo 2020 n. 11 non sono preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affidato e collocamento dei minori, laddove consentano gli spostamenti finalizzati ai rientri presso la 'residenza o il domicilio', sicché alcuna 'chiusura' di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti..."

Pertanto il Collegio, nel momento in cui fa riferimento al permesso di rientrare presso la propria residenza o il proprio domicilio, so-

stanzialmente giustifica il fatto che il padre “possa riportare” a casa propria il figlio, nel proprio domicilio appunto (ritenuto che il figlio avrà senz’altro la residenza presso il genitore collocatario), e arriva a sostenere che il figlio abbia due abitazioni, una di residenza con il genitore prevalentemente collocatario, ed una nel domicilio del genitore non prevalentemente collocatario.

La motivazione prosegue nel ritenere che la decisione è dovuta anche sulla scorta di altra valutazione ugualmente rilevante: in un mondo in pieno sviluppo tecnologico, ed in un momento in cui il supporto informatico rappresenta, ed ha rappresentato, una spiaggia sicura per comporre crisi e trovare unità di incontri, per lavorare e per continuare a stare insieme nonostante il lockdown, il Collegio del Tribunale di Pescara fa salvo il diritto delle persone di vedersi davvero, così giustificando che la tenera età del minore non consente un vero incontro con il padre, ed affermando (finalmente – nda) che i figli piccoli hanno ancora bisogno di giocare: “La relazione non può essere neppure mantenuta, in maniera virtuale, con l’utilizzo di supporti tecnologici”, quasi a dirci che la genitorialità è molto altro di un semplice video su schermo, almeno nel mondo di chi non ha ancora la giusta consapevolezza per incontrare i propri genitori esclusivamente in video.

Federica Di Benedetto

Tribunale di Vasto – ord. 2/4/2020 - est. Pasquale

Limitazioni circolazione Dpcm 22/03/2020 e D.l. 25/03/2020 – Prevalenza su diritto visita genitori – Sussiste

Il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario è recessivo rispetto alle limitazioni alla libertà di circolazione introdotte dalla normativa emergenziale di tutela della salute pubblica sul contenimento della diffusione del coronavirus.

(omissis)

rilevato che il ricorrente – rappresentando di non aver potuto trascorrere con la figlia minore i periodi di tempo prestabiliti, a causa dell'attuale situazione di emergenza sanitaria nazionale – ha chiesto di poter tenere con sé la bambina dal 7 al 14 aprile (o in alternativa, dal 13 al 26 aprile), presso la propria abitazione di ..., in modo da recuperare anche i fine settimana in cui si è trovato nell'impossibilità di rispettare la calendarizzazione stabilita, deducendo una perdurante difficoltà di instaurare conversazioni telefoniche con la figlia per le resistenze e l'ostruzionismo della resistente;

valutata, preliminarmente, l'ammissibilità dell'adozione di provvedimenti cautelari inaudita altera parte nell'ambito del giudizio di revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, ex art. 337 quinquies c.c., al fine di garantire la piena tutela del minore anche attraverso provvedimenti cautelari *(omissis)*

considerato che, dalle allegazioni di parte ricorrente, si evince che il ricorrente, proveniente da Milano (luogo in cui attualmente vive e lavora) il 23 marzo u.s. si è spostato ad ..., presso l'abitazione di famiglia, dove vorrebbe portare e tenere con sé la figlia per il periodo innanzi indicato;

ritenuto che gli incontri dei minori con i genitori dimoranti in comune diverso da quello di residenza dei minori stessi non realizzano affatto le condizioni di sicurezza e prudenza di cui al D.P.C.M. 9/3/2020 e, da ultimo, al D.P.C.M. del 22/03/2020, dal momento che lo scopo primario della normativa che regola la materia è quello di attuare una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio (con il divieto di spostarsi in comuni diversi da quello di dimora), tesa al con-

tenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini ed anche dei minori;

ritenuto, quindi, che il diritto – dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo sia rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, si sensi dell'art. 16 Cost. (cfr., in tal senso, Trib. Bari, ord. 26 marzo 2020);

ritenuto, peraltro, che – nel caso di specie – non è verificabile se la minore si esponga a rischio sanitario, tenuto conto: a) che il padre proviene da un luogo ad alto tasso di contagio virale; b) che non è dimostrato che lo stesso abbia rigorosamente rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente; c) che non è chiaro se nell'abitazione di destinazione siano presenti altre persone, oltre al ricorrente;

ritenuto, alla luce delle considerazioni sin qui espresse, che l'istanza del ricorrente non possa essere accolta, fermo restando che il diritto del padre a mantenere rapporti significativi e costanti con la figlia può essere esercitato attraverso strumenti telematici che consentano conversazioni in videochiamata, con cadenza anche quotidiana;

posto che, sotto tale ultimo profilo, le difficoltà dedotte e documentate dal resistente devono essere superate diffidando la resistente a consentire al ricorrente di avere colloqui telefonici riservati in videochiamata con la figlia, senza la presenza o l'interferenza della madre, tutti i pomeriggi e senza alcuna limitazione di durata delle singole chiamate, nella fascia oraria compresa tra le 14,30 e le 21,30 (*omissis*).

NOTA: IL DIRITTO DI VISITA AL TEMPO DEL COVID-19

L'ordinanza in commento fa parte di un gruppo, in verità non troppo numeroso, di interventi della magistratura in questi mesi di lockdown che ha per oggetto la compatibilità del diritto di visita del genitore non collocatario regolamentato nei provvedimenti di separazione, divorzio ed ex art.337 ter c.c. con l'obbligo di spostamenti imposto dal D.C.P.M. n. 11/2020.

Nonostante le previsioni in esso contenute nell'art.1, comma 1, lettera a) ed il chiarimento fornito dal Governo in ordine alla mancata sospensione delle visite ai figli minori nelle FAQ diramate dal CDM in data 10 marzo 2020, punto 13, anche qualora queste comportassero il trasferimento del minore da una regione all'altra, normalmente non

consentito a causa della diffusione epidemica del Covid19, tuttavia la questione è stata sottoposta all'attenzione della giurisdizione da parte di alcuni genitori collocatari con richieste di sospensione dell'esercizio del diritto di visita dell'altro fondate sul principio della tutela del diritto alla salute del minore garantito dall'art.32 della Costituzione.

I provvedimenti emessi, una ventina per quanto di mia conoscenza, disomogenei tra loro, si sono concentrati sul conflitto che si è venuto a creare tra la tutela del diritto alla salute del minore e la tutela del suo diritto a mantenere un rapporto significativo e costante con entrambi i genitori e dunque anche con il genitore non collocatario, così come normato dall'art. 155, 1° comma, c.c. e dalla ampissima giurisprudenza su di esso espressasi.

Le decisioni sono state opposte nei vari provvedimenti con prevalenza dei provvedimenti favorevoli alla sospensione sulla base di un generico richiamo al diritto alla salute e trasversali rispetto al territorio nazionale.

Ciò che colpisce è la circostanza che tutte, pur affrontando il problema dal punto di vista di uno scontro tra norme e principi da quelle norme stesse, hanno tuttavia dimenticato di esaminare e valutare un altro principio introdotto dal DLGS n. 154/2013 attuativo della legge n. 219/2012 che è il principio della "responsabilità genitoriale", termine mutuato dal Regolamento Bruxelles n. 2001/2003 (cd. Bruxelles bis) che ha sostituito la potestà genitoriale ed è alla base del regime ordinario dell'affido condiviso.

Quando si parla di "responsabilità genitoriale", all'art. 155 c.c., deve intendersi che il suo esercizio costituisce un obbligo dal legislatore posto a carico di entrambi i genitori: il che presuppone che entrambi, sia il genitore collocatario sia il genitore non collocatario siano in grado di esercitarlo e dunque conseguentemente siano in grado di tutelare il diritto del proprio figlio/a alla salute.

Ovviamente, fino a prova contraria!

In mancanza, in sede di separazione, divorzio o regolamentazione dei rapporti ex art.337 ter c.c., sarebbe stato disposto l'affido esclusivo.

Dunque, se la premessa è corretta, compito del giudice nell'affrontare il problema della sospensione o meno del diritto di visita del genitore non collocatario, ma munito di responsabilità genitoriale, anche in tempi di lockdown, deve essere quello di verificare in concreto se, nella

fattispecie sottoposta alla sua decisione, sussistano le condizioni di un corretto esercizio da parte sua della responsabilità genitoriale a tutela della salute del proprio figlio/a minore.

Il che, secondo la ratio della vigente normativa che può condividersi o meno, vale però per entrambi i genitori, collocatario o meno.

Per essere più chiari e semplificare, qualunque genitore collocatario avrebbe potuto avere comportamenti fonte di pericolo, facendo ad esempio entrare in casa qualcuno non sicuro

dal punto di vista sanitario (nonno, baby sitter, cameriera o altri), mentre qualunque genitore non collocatario avrebbe potuto tutelare totalmente il minore portandolo da una abitazione all'altra con proprio mezzo e rispettando le norme igienico-sanitarie in vigore, senza esporlo ad alcun pericolo!

I provvedimenti emessi non sembrano aver tenuto in alcun conto questo terzo principio, pur basilare che è il fondamento della normativa in materia, appunto la "responsabilità genitoriale": il che può spiegarsi solo con l'urgenza delle decisioni da prendere che ha sviato un'analisi più approfondita del tema.

In questo quadro si inserisce l'ordinanza del Tribunale di Vasto che risponde al ricorso di un padre che si rivolge alla giurisdizione ex art. 337 quinquies c.c. per chiedere la revisione di un precedente provvedimento regolamentativo del suo diritto di visita ed il recupero di una settimana continuativa per stare con la propria bimba, essendo stato impossibilitato a rispettare il diritto di visita come calendarizzato nei fine settimana a causa dell'ostruzionismo materno che non gli aveva consentito nemmeno l'instaurazione di regolari conversazioni telefoniche. Con la minore.

Anche in questo caso l'ordinanza non appare in linea con i principi fondativi della materia, mescolando valutazioni di principio con motivazioni in fatto.

Da una parte, infatti, dopo aver rivendicato il proprio potere di adottare provvedimenti inaudita altera parte al fine di garantire l'interesse del minore minacciato da un pregiudizio grave ed irreparabile, non bene identificato, richiama un criterio generale come criterio prevalente, ritenendo: a) che gli incontri dei minori con genitori dimoranti in comuni diversi di per sé non garantiscano sicurezza e rispetto del diritto alla salute del minore; b) che la limitazione dei movimenti sul

territorio tra comuni diversi debba comportare un sacrificio per tutti e quindi anche per i minori.

Dall'altra, invece, entra nell'esame in fatto del caso concreto, spostandosi dalla scelta in diritto che poteva considerarsi già esaustiva della propria decisione, e va ad esaminare le circostanze di quel caso specifico, con il probabile intento di rafforzare la propria decisione, circostanze "particolari" che da sole avrebbero forse, nel caso di specie, potuto giustificare in punto di fatto la sua scelta di limitare in quella fase la sospensione del diritto di visita (il rientro del padre in data 23 marzo 2020 da Milano, zona in quel momento ad altissimo periodo di diffusione del virus e, dunque, per ciò solo fonte di pericolo a causa della possibilità di contrazione dello stesso pur in assenza di sintomi, ad Aversa).

Infine, torna di nuovo ad affermare un principio in diritto che è appunto quello del diritto del minore alla bigenitorialità per supportare i provvedimenti che intende emettere, ovviamente discrezionali, come appare inevitabile.

In sostanza, l'ordinanza merita una riflessione perché, come abbiamo già più volte sottolineato in precedenti commenti, conferma la tendenza in atto nel diritto delle relazioni familiari ad affrontare le questioni che vengono poste alla giurisdizione senza il rispetto dei principi basilari che ne dovrebbero costituire il filo conduttore, sia per garantire il rispetto dei "diritti" primari delle persone di rango costituzionale che sono in gioco sia per evitare la grande incertezza delle decisioni sempre più frequente, come il complesso delle ordinanze emesse sul tema nel nostro paese in questo periodo conferma, derivante dall'orientamento culturale di chi decide, dal suo buon senso o da una valutazione del tutto discrezionale che assai spesso non è condivisibile.

Mariacarla Serafini

Tribunale di Pescara – sent. n. 20.2.2020 n. 215 – est. Ria

Ingiunzione (procedimento per) - crediti derivanti da rapporto di collaborazione coordinato e continuativo – competenza per materia giudice del lavoro – emissione decreto giudice ordinario – nullità

Il decreto ingiuntivo riguardante crediti derivanti da un rapporto di collaborazione coordinato e continuativo emesso dal Tribunale ordinario, anziché in funzione di giudice del lavoro, è nullo perché pronunciato da giudice incompetente per materia (1).

In caso di nullità del decreto ingiuntivo, il giudice dell'opposizione deve anche fissare un termine perentorio entro il quale le parti devono riassumere la causa davanti al giudice competente (2).

(omissis)

la parte attrice opponente ha eccepito l'incompetenza per materia del Giudice adito in favore del Giudice del Lavoro. L'eccezione risulta fondata e meritevole di accoglimento per le ragioni che seguono *(omissis)*. Qualora venga stipulato un contratto di collaborazione coordinata e continuativa tra un committente ed un professionista, come nel caso di specie, alle controversie da esse derivanti si applica il rito del lavoro; così la Cassazione in una fattispecie si pur differente: "Sono devolute alla competenza del Giudice del Lavoro le controversie inerenti gli incarichi attribuiti alla Provincia ad esperti estranei all'Amministrazione per l'espletamento di attività professionale, atteso che tali incarichi, avendo ad oggetto una collaborazione coordinata, continuativa e personale che viene svolta secondo modalità e tempi indicati dalla stessa Amministrazione, danno luogo a rapporti di lavoro parasubordinato, non ostandovi la circostanza che i prestatori d'opera svolgano la loro attività in autonomia, per il cui espletamento sia risultato comunque necessario un coordinamento con il predetto Ente Territoriale al fine del perseguimento delle finalità dallo stesso individuate e da assicurare" (Cass. Sez. lav. n. 14702/2007). Appare evidente che tra le parti è ripassato un contratto di co.co.co, tanto evincendosi prima di tutto dal contenuto della Convenzione sottoscritta dalle stesse ed in particolare dall'inequivoco testo dell'art. 2. *(omissis)*. Nel caso di incompetenze (per valore, materia o territorio) del giudice

che ha emesso il decreto ingiuntivo, il giudice del relativo procedimento di opposizione, nell'esercizio della propria competenza funzionale ed inderogabile sull'opposizione, deve dichiarare l'incompetenza del giudice che ha emesso il decreto e, conseguentemente, la nullità dello stesso (Trib. Torino, Sez. III, n. 8312/2014).

Secondo l'orientamento prevalente, nei suddetti casi, il giudice dell'opposizione deve anche fissare un termine perentorio entro il quale le parti devono riassumere la causa davanti al Giudice competente (Cass. civ. sez. III, n. 15694/2006, Cass. civ., sez. II, n. 13353/2005, Cass. civ. sez. II, n. 21297/2004 *(omissis)*).

NOTA (1) (2)

La distinzione tra giudice ordinario e giudice del lavoro non involge una questione di costituzione del giudice, né una questione di competenza, ma una semplice diversità di rito (Cass. 13/4/1995 n.4233).

Il Tribunale di Pescara, pertanto, constatato che il credito ingiunto derivava da un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa avrebbe dovuto disporre, per la trattazione del giudizio di opposizione, la trasformazione del rito in applicazione dell'art. 426 c.p.c., non già dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo ed assegnare un termine per la riassunzione davanti lo stesso Tribunale.

Franco Sabatini

Tribunale di Chieti – sent. 17 febbraio 2020, n. 108 – Est. Valletta – C. c. Banca

Contratti bancari - Anatocismo – Contratto di c/c – Espressa disciplina delle condizioni economiche praticate – Apertura di credito - Illegittimità degli addebiti – Insussistenza – Rimesse ripristinatorie o solutorie – Onere probatorio circa il limite dell'affidamento – Incombe sull'attore correntista

In materia di contratti bancari, nel caso di contratto di apertura di conto corrente, per individuare la natura – solutoria o ripristinatoria - delle rimesse effettuate dal correntista, incombe su quest'ultimo (attore) l'onere probatorio circa l'esistenza di un contratto di apertura di credito non essendo a ciò sufficienti condotte – pur protrate nel tempo – di tolleranza della banca in riferimento a sconfinamenti a debito del cliente. (1)

(omissis)

Precedente istruttore ha reso sentenza non definitiva n° 344/'18, su cui le parti hanno dichiarato riserva di appello.

Ad essa lo scrivente rimanda integralmente, attesane ovviamente l'intangibilità in questo grado.

Restano quindi da decidere:

- la questione dell'anatocismo con riferimento ai contratti n° 26671 e n° 280012;
- le questioni relative al conto n° 289148.

Per esse, è stata disposta -sempre da precedente decidente- integrazione di CTU, espletata sulla base dei quesiti ipotizzati nella sentenza stessa.

Il consulente ha operato un duplice calcolo, rispettivamente ipotizzando come non solutorie o solutorie le varie rimesse, e:

- nella prima ipotesi, risulta un saldo contabile a credito del correntista per € 64.888,70;
- nella seconda ipotesi, il saldo è sempre a credito ma per € 41.693,12.

Come noto, "In tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di

ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte" (Cass. S.U. 15895/'19).

Nel concreto, è onere del correntista provare la esistenza di un contratto di apertura di credito (regolato in conto corrente) che determini (nei limiti del fido) la valenza ripristinatoria e non solutoria delle singole rimesse.

Ma nel caso di specie detto contratto non è provato, non essendo tale la sussistenza di condotte – pur protratte nel tempo – di tolleranze della banca in riferimento a sconfinamenti a debito del cliente. Sono anzi proprio dette tolleranze a palesare la valenza solutoria delle rimesse del cliente stesso.

Va quindi nel caso di specie valorizzato il calcolo del CTU nella misura della individuazione di una posta a credito del correntista per € 41.693,12 (addendi indicati nell'integrazione della CTU alle pagg. 7-8).

La domanda va allora accolta limitatamente a detta somma, su cui vanno computati interessi legali dalla estinzione dei singoli rapporti (vedi tabella pagg. 7-8 integrazione di CTU) al saldo.

(omissis)

NOTA (1): ANCORA SULLA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA NEI GIUDIZI IN MATERIA BANCARIA

L'emarginata sentenza del Tribunale di Chieti, n. 108 del 17 febbraio 2020, torna ad affrontare aspetti relativi alla ripartizione dell'onere probatorio nelle controversie in materia bancaria, specificamente con riguardo ai rapporti di conto corrente.

Nel caso in esame, sulla questione dell'anatocismo con riferimento a rapporti di conto corrente, è stata preliminarmente definita la natura delle rimesse effettuate dal correntista al fine di ricalcolare il saldo contabile nei rispettivi rapporti di dare e avere tra banca e cliente.

Ed a tal proposito i versamenti del correntista sono stati considerati dal Tribunale di Chieti esclusivamente di natura solutoria, non avendo il correntista provato l'esistenza di un contratto di apertura di credito (regolato in conto corrente), idoneo a determinare nei limiti del fido la valenza ripristinatoria e non solutoria delle singole rimesse.

Più specificamente, nel caso di specie vi erano state condotte prostrate nel tempo di tolleranza della banca in riferimento a sconfinamenti a debito del cliente.

Purtuttavia, ciò non è stato ritenuto dal giudicante sufficiente a dimostrare la sussistenza di un contratto di apertura di credito, connesso a quello di conto corrente, dovendosi, anzi, ad avviso del tribunale chietino, ravvisare proprio in tali tolleranze da parte dell'istituto di credito la valenza solutoria delle rimesse di volta in volta effettuate dal cliente medesimo.

A supporto di tale determinazione viene espressamente richiamato il principio da ultimo affermato dalle SS.UU. della S.C., secondo cui: "In tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte." (Cass. SS.UU. n. 15895 del 2019).

In sintesi, allorquando è il correntista ad agire in giudizio, incombe su quest'ultimo l'onere di provare l'esistenza (e le effettive condizioni) del contratto.

Sui vari aspetti dell'onere della prova nelle controversie in materia bancaria non vi è, però, un indirizzo univoco restando l'argomento tuttora controverso in dottrina e giurisprudenza (v. Gli oneri probatori nel contenzioso bancario, di M. FALABELLA, in "PQM" n. II/2018, pp. 25 e ss.; La ripartizione dell'onere della prova nei giudizi di accertamento negativo in materia bancaria, di M. DI TILLIO, in "PQM" n. I/2019, pp. 97 ss.).

In particolare, il Tribunale di Chieti sembra ancorato all'orientamento – peraltro, supportato dai più recenti arresti della S.C. - tendente a ricondurre ogni fattispecie ai principi generali in materia di ripartizione dell'onere della prova elaborati dalla S.C. ritenendo, dunque, sempre applicabile l'art. 2697 c.c., a prescindere dalla peculiarità del rapporto tra banca e cliente e ponendo sullo stesso piano parte debole (il correntista) e contraente forte (la banca).

Pertanto, secondo tale assunto, con particolare riferimento alla natura – ripristinatoria o solutoria – delle rimesse effettuate dal correntista, ove venga dedotto e provato che il conto corrente è assistito da apertura di credito, i versamenti non costituiscono “pagamento” se non al momento della chiusura del rapporto, ovvero quando il correntista restituisce alla banca gli importi utilizzati. Ne consegue che solo da tale data inizia a decorrere il relativo termine prescrizione del diritto all’eventuale restituzione.

Se, invece, non viene dedotto e provato che il conto corrente è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria delle rimesse deve essere esclusa. Ed il relativo onere della prova incombe su chi agisce in giudizio.

In senso conforme alla sentenza annotata si era espresso il Tribunale di Bari con sentenza n. 2353 del 21 maggio 2015, in cui si afferma che: “Con il contratto di conto corrente la banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell’utilizzo della provvista propria del cliente, ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, e non a mettere a disposizione denaro in favore del correntista, per cui se il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria della provvista deve essere esclusa, stante l’obbligo di restituzione di quanto utilizzato che fa capo al correntista.”, con la conseguenza che in mancanza di prova dell’affidamento nelle azioni di ripetizione di indebito, tutte le rimesse si presumono solutorie, gravando per regola generale ex art. 2697 c.c. su chi intende far valere l’esistenza di tale contratto al fine di trarne conseguenze a sé favorevoli l’onere di provare l’apertura di credito (contra, Trib. Brescia, 1.9.2018, in “IlCaso.it” del 12.2.2019, che ha ritenuto sussistente l’onere della banca, a sostegno dell’eccezione di prescrizione svolta, allegare e provare se e quali versamenti avessero avuto funzione solutoria, dovendosi presumere la natura ripristinatoria dei versamenti eseguiti su conto corrente in corso di rapporto, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto).

In ogni caso, sul tema i contrasti sembrano ormai risolti dalla citata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 15895/19), che ha per il momento chiarito l’aspetto degli oneri probatori sulla natura ripristinatoria o solutoria delle rimesse in conto corrente, soprattutto con riferimento alla prescrizione (sul punto, già si erano espresse

in tal senso le recenti sentenze del S.C. nn. 27704 e 27705, entrambe del 31.10.2018, non accogliendo la tesi del "fido di fatto" – che postula l'onere della banca di fornire la prova contraria alla normale natura ripristinatoria dei versamenti del correntista, – e puntualizzando come gravi sul correntista che agisca in ripetizione d'indebito l'onere di dimostrare la natura ripristinatoria dei versamenti mediante la prova dell'esistenza di un affidamento).

Ne fa puntuale applicazione, infine, la recentissima pronuncia della S.C. del 4.2.2020, n. 2435, che, in riferimento all'onere di allegazione e prova della natura solutoria delle rimesse in conto corrente ai fini della decisione sulla decorrenza della prescrizione, rileva che nel contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, ove il cliente agisca nei confronti della banca per la ripetizione d'importi relativi ad interessi non dovuti, è necessario distinguere i versamenti ripristinatori della provvista, operati nel limite dell'affidamento concesso al cliente, che possono essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, da quelli solutori, ovvero effettuati oltre tale limite, ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione rispettivamente dalla estinzione del conto o dai singoli versamenti. Ed il relativo onere probatorio incombe sul correntista attore in ripetizione e non già sulla banca che eccepisca la prescrizione.

Rileva, altresì, la Corte, richiamando il precedente di cui a Cass. n. 2660 del 30.1.2019, che "poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura sempre dalla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento; ne discende che, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata".

Maria Di Tillio

Tribunale di Pescara, sentenza 11 dicembre 2019, n. 1829, G.U. Di Fulvio

I

Tribunale di Pescara, sentenza 18 febbraio 2020, n. 207, G.U. Di Fulvio

II

Condominio negli edifici – Rendiconto annuale da parte dell'amministratore condominiale – Necessità dell'allegazione della c.d. "situazione patrimoniale" – Sussiste – Deliberazione dell'assemblea che approva un rendiconto privo di situazione patrimoniale - Invalidità

È annullabile la deliberazione dell'assemblea condominiale di approvazione del rendiconto presentato dall'amministratore qualora tale documento non sia composto, ai sensi dell'art. 1130 bis cod. civ., anche da registro di contabilità, riepilogo finanziario, e nota sintetica esplicativa, e, di conseguenza, i condomini non risultino informati sulla reale situazione patrimoniale del condominio quanto ad entrate, spese e fondi disponibili. (1)

II

(omissis)

Con atto di citazione notificato il 30.7.2018 *(omissis)* ha convenuto in giudizio innanzi a questo Tribunale per l'udienza del 16.1.2019 il Condominio *(omissis)* di *(omissis)*, di cui è condomino, ed ha formulato, per le ragioni che si stanno per esaminare, le seguenti conclusioni:

“accertare la nullità e comunque dichiarare l'annullamento della delibera condominiale del 7.3.2018 nel punto 1) recante l'approvazione del rendiconto e del riparto per l'anno 2017; e nel punto 2) recante la nomina dell'amministratore. Con vittoria di spese e competenze di lite”.

Il condominio convenuto si è costituito in giudizio con apposita comparsa, depositata il 15.1.2019, nella quale ha concluso “per il rigetto integrale della domanda, con vittoria delle spese di giudizio”.

Le parti in sede di precisazione delle conclusioni non hanno mutato le predette conclusioni.

L'attore ha impugnato il punto 1) della predetta delibera in ragione dell'ipotizzata illegittimità del rendiconto consuntivo di gestione dell'anno 2017 e del relativo riparto in quanto:

- a) mancante degli elementi costitutivi, segnatamente del registro contabile, del riepilogo finanziario e della nota esplicativa della gestione;
- b) Nel riparto sarebbe riportato a suo debito un importo derivante in parte dal rendiconto dell'anno 2014, oggetto di pronuncia di annullamento in virtù di sentenza del Tribunale di Pescara .../2017.

L'art. 1130 bis comma 1 c.c. prevede che il rendiconto condominiale contiene le voci di entrata e di uscita ed ogni altro dato inerente alla situazione patrimoniale del condominio, ai fondi disponibili ed alle eventuali riserve che devono essere espressi in modo da consentire l'immediata verifica e " si compone di un registro di contabilità, di un riepilogo finanziario, nonché di una nota sintetica esplicativa della gestione con l'indicazione anche dei rapporti in corso e delle questioni pendenti".

Come recentemente affermato anche dalla Corte di Cassazione Civile con ordinanza n. 33038/2018 (dopo alcune pronunce dei giudici di merito) "allorché il rendiconto non sia composto da registro, riepilogo e nota, parti inscindibili di esso, ed i condomini non risultino perciò informati sulla reale situazione patrimoniale del condominio quanto ad entrate, spese e fondi disponibili, può discenderne - indipendentemente dal possibile esercizio del concorrente diritto spettante ai partecipanti di prendere visione ed estrarre copia dei documenti giustificativi di spesa - l'annullabilità della deliberazione assembleare di approvazione."

L'interpretazione è pienamente condivisibile in quanto la norma indica chiaramente che il registro contabile, il riepilogo finanziario e la nota esplicativa della gestione sono elementi essenziali del rendiconto (che appunto " si compone di un registro di contabilità, di un riepilogo finanziario, nonché di una nota sintetica esplicativa della gestione "); si tratta di regola finalizzata a realizzare l'interesse del condomino a una conoscenza concreta dei reali elementi contabili ivi recati dal bilancio e consentirgli in assemblea l'espressione di un voto cosciente e meditato.

Nel caso di specie:

- 1) il rendiconto (o bilancio) consuntivo della gestione dell'anno 2017, prodotto sia dall'attore che dal convenuto, consiste in un elenco di spese, senza le rispettive date, riportate sotto le varie tabelle condominiali (da A a H oltre alla tabella delle spese personali), da un docu-

mento denominato “dimostrazione delle entrate e delle uscite “ (prodotto solo dal convenuto) privo di date delle uscite e delle entrate, da una situazione patrimoniale composta dalle voci di attivo “crediti verso proprietari per conguagli “ e “crediti verso inquilini per conguagli “ e dalle voci di passivo “debiti verso proprietari per conguagli”, “debiti verso inquilini per conguagli” e “debiti verso fornitori”, da un rendiconto di cassa (prodotto solo dal convenuto), sempre privo di date, e dal piano di riparto tra i condomini;

2) è, perciò, evidente l’incompletezza dei predetti elementi costitutivi, mancando quantomeno una nota esplicativa e il registro di contabilità riportante le annotazioni in ordine cronologico dei singoli movimenti in entrata e in uscita (art. 1130 comma 1 n.7 c.c.), sicché l’attore, come dal medesimo lamentato, non è stato posto in condizione di verificare la correttezza del rendiconto.

La doglianza è, quindi, fondata e la delibera, adottata in assemblea in cui l’attore era assente, va annullata nella parte in cui approva il rendiconto consuntivo per l’anno 2017 e il relativo piano di riparto.

(omissis)

Va, dunque, dichiarata la nullità della delibera di nomina in questione.

(omissis)

NOTA (1): IL “NUOVO” RENDICONTO CONDOMINIALE E I “DOVERI” DELL’AMMINISTRATORE

Le due sentenze in commento del Tribunale di Pescara – relative alle stesse parti e aventi ad oggetto due annualità distinte della gestione dell’edificio – riguardano le modalità di redazione del rendiconto condominiale, così come “riformate” dalla novella riguardante la disciplina sul condominio (legge n. 220/2012, in vigore dal 18 giugno 2013) che ha introdotto il nuovo art. 1130 bis cod. civ. rubricato, appunto, “rendiconto condominiale”.

La norma, esattamente prevede che “il rendiconto condominiale contiene le voci di entrata e di uscita ed ogni altro dato inerente alla situazione patrimoniale del condominio, ai fondi disponibili ed alle eventuali riserve, che devono essere espressi in modo da consentire l’immediata verifica. Si compone di un registro di contabilità, di un riepilogo finanziario, nonché di una nota sintetica esplicativa della gestione con l’indicazione anche dei rapporti in corso e delle questioni pendenti.”

L'amministratore, nella controversia in oggetto, non risulta aver presentato un rendiconto completo di tutti detti elementi, e l'assemblea, nell'approvarlo così com'è, è incappata in una deliberazione invalida: da qui la doppia pronuncia di annullamento del giudice pescarese.

Ora, il richiamo giurisprudenziale operato dall'estensore (Cass. 20 dicembre 2018, n. 33038; si veda anche la recente Trib. Milano, 27 settembre 2019, n. 8713 con riferimento alla mancanza della "nota esplicativa") sembra "tagliare la testa al toro" a qualsiasi diversa argomentazione che non porti alla predetta invalidità di una deliberazione che approvi un rendiconto "incompleto" e/o irregolare (perché redatto in violazione dei parametri posti dall'art. 1130 bis cod. civ.).

Ma è possibile una diversa lettura, che comunque sia compatibile con le coordinate della disciplina condominiale?

Seppure in sola forma di dubbio, sembra proprio, invece, che una differente ricostruzione della fattispecie sia rinvenibile nel sistema di norme applicabili al caso.

Sul punto, allora, può osservarsi quanto segue.

Non v'è alcuna incertezza sul fatto che l'obbligo di rendiconto sia un "dovere" che spetta esclusivamente all'amministratore in quanto "gestore" dell'edificio: la disciplina condominiale non prevede altri soggetti od organismi a ciò co-obbligati.

L'art. 1130 bis cod. civ., fulcro della parte motivazionale della sentenza, si occupa di regolare le modalità di adempimento di tale "dovere" e, in quanto tale, si collega implicitamente al paragrafo 10) della norma precedente (art. 1130 cod. civ.) secondo cui "l'amministratore ... deve... redigere il rendiconto condominiale annuale della gestione...".

Va da sé che la redazione e l'allegazione delle altre "componenti" del rendiconto (registro di contabilità, riepilogo finanziario, nota sintetica esplicativa) compete anch'essa all'amministratore di condominio, e non fa che completare e specificare il suo obbligo gestionale.

Le norme non investono in alcun modo l'assemblea di una qualche compartecipazione in merito alla redazione/presentazione del rendiconto.

Per di più, l'art. 1129 cod. civ, nella parte in cui si occupa della "revoca" dell'amministratore di condominio, specifica che "costituiscono, tra le altre, gravi irregolarità... l'omessa convocazione dell'assemblea per l'approvazione del rendiconto condominiale..."; può dirsi

che, anche in tale ottica, l'assemblea viene vista come soggetto "destinatario" del dovere di rendiconto, vale a dire come l'organismo a favore del quale dev'essere adempiuto il relativo "obbligo".

A ciò si aggiunga che i tre documenti "aggiuntivi" del bilancio "consuntivo" (registro, riepilogo e nota) non sono assolutamente necessari a che l'amministratore "renda il conto", in considerazione del fatto che i dati contabili in essi contenuti non solo riguardano anche e soprattutto le annualità pregresse ma anche che il semplice rendiconto contiene di per sé il riepilogo delle entrate e delle uscite dell'ultima annualità di gestione. In altri termini, tali ulteriori componenti contabili sono necessari per legge, e non perché lo sono oggettivamente dal punto di vista tecnico/contabile (come, d'altronde, decenni – nel periodo ante riforma 2012 – di attività condominiale senza problemi e/o intoppi lo dimostrano).

Desta quindi una qualche perplessità che ad esser colpita dalle conseguenze negative (invalidità) della lacuna di allegazione non sia l'attività dell'amministratore, ma la deliberazione che approva il bilancio, in una sorta di assoluta "chiamata di correttezza" che mal si concilia con l'essenza del condominio che è ontologicamente considerato come un complesso di semplici condomini, privi di qualsiasi competenza tecnica in merito alle vicende dell'edificio (paradigmatica è la questione della qualificazione in termini di influenza delle lamentele di vizi e difetti ex art. 1669 cod. civ., qualora siano contenute in mere missive indirizzate dai singoli partecipanti all'amministratore, al direttore dei lavori, o alla ditta appaltatrice);

Non è – forse – che le illustrate irregolarità possono dar luogo, invece, a quelle "gravi irregolarità" elencate dal citato art. 1129 cod. civ. e che, quindi, le lacune del rendiconto non possono colpire la deliberazione assembleare che lo approva, ma soltanto l'amministratore in quanto inadempiente?

Infine, e sotto una ottica del tutto diversa, la contestazione della mancanza di uno di tre detti documenti contabili (registro, riepilogo e nota) può esser sollevata tout court dal singolo condomino che impugna (come è stato fatto nella sentenza de qua, e come è possibile nel caso dei c.d. "vizi formali" delle deliberazioni, cfr. Cass. 10 febbraio 2010, n. 2999) oppure è sempre necessario che vi sia la dimostrazione di uno specifico interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 cod. proc. civ.?

Perché tale necessità, invero, sembra proprio opportuna, sia perché può ben essere che la lacuna contabile (per carenza documentale) sia del tutto irrilevante con riferimento ai debiti/crediti spettanti al singolo condomino, sia perché si tratta di un principio ormai consolidato nell'ambito condominiale, nel quale le azioni giudiziarie che attengono ai costi di gestione devono esser sempre giustificate anche con riferimento al predetto "interesse" (cfr., ex multis e per quanto riguarda la contestazione di un'errata ripartizione di spese, Cass. 9 marzo 2017, n. 6128).

In conclusione, sembra non essere coerente col sistema normativo che riguarda il condominio il fatto che una carenza che è ascrivibile al (solo) amministratore, coinvolga le decisioni assembleari, che, invero, sono adottate da soggetti (i singoli condomini) che dai "doveri" previsti ex lege a carico del primo si aspettano d'esser tutelati non coinvolti in una inaspettata corresponsabilità.

Luigi Salciarini

Giudice di pace di Pescara – sent. 24 gennaio 2020, n. 82 – Est. Leombruni – C. c. Comune di Bussi

Codice della strada – Limite di velocità – Accertamento con strumento autovelox – Scarsa visibilità – Illegittimità

In materia di postazioni di controllo sulla rete stradale per il rilevamento della velocità, occorrono necessariamente sia la preventiva segnalazione e sia la visibilità adeguata dell'apparecchio, non essendo consentito espletare da parte della P.A. il relativo potere sanzionatorio con intenti di ingannevole sorpresa dell'automobilista indisciplinato in una logica patrimoniale captatoria piuttosto che a fini di effettiva tutela della sicurezza stradale. (1)

(omissis)

1. Il Sig. *(omissis)* ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il verbale di accertamento infrazione n. .../2019 emesso dalla Polizia Locale del Comune di *(omissis)* che ha accertato la violazione dell'art. 142/9 CdS in quanto il conducente del veicolo tg. *(omissis)*, in data 26.7.2019, alle ore 10:39 in località S.S. 153 al Km 3+780, direzione *(omissis)*, "superava di oltre 40 Km/h ma non oltre 60 Km/h il limite massimo imposto dall'ente proprietario della strada di 70 Km/h" e la rilevazione è stata effettuata per mezzo di apposito apparecchio di rilevamento Velocar Red & Speed Evo-R, matricola 317, omologazione M.I.T. n.4708 del 01/08/2016.

1.1. Il ricorrente sostiene l'illegittimità del verbale impugnato per violazione sia dell'obbligo di rendere ben visibili l'autovelox che dell'obbligo di preavviso del dispositivo di controllo elettronico della velocità. Precisa che il punto ove è installato il dispositivo è caratterizzato da una "folta vegetazione" e manca la segnalazione che "preavvisi" il controllo elettronico della velocità. Sostiene la mancanza di omologazione del dispositivo elettronico in quanto il provvedimento richiamato non prevede l'omologazione ma una "semplice approvazione" e che in mancanza di omologazione le risultanze dell'apparecchiatura non possono essere utilizzate.

2. L'Amministrazione resistente, alla quale il provvedimento di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti risulta ritualmente notificato, non si è costituita in giudizio e pertanto è stata dichiarata contumace.

3. L'art. 142/6-bis del C.d.S. prevede che le postazioni di controllo sulla rete stradale per il rilevamento della velocità "devono essere preventivamente segnalate e ben visibili". E tale disposizione costituisce una norma di carattere imperativo che non consente di essere disapplicata (in tal senso Cass. Civ., Sez. II, 31.5.2007, n.12833 e n. 11131/2009). Pertanto la segnaletica stradale, che avvisa della presenza della postazione di controllo elettronico della velocità, affinché possa utilmente spiegare i suoi effetti di avvertimento, deve essere collocata con "adeguato anticipo" rispetto alla postazione (Cass. Civ. Sez. 6-2, Ordinanza n. 25769 del 15/11/2013), gravando sull'amministrazione l'onere di provare siffatta circostanza, ove non altrimenti risultante dal verbale di accertamento dell'infrazione (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 680 del 13/01/2011).

3.1. Nel caso di specie dal verbale di contestazione risulta che "del servizio è stata data informazione a mezzo cartello fisso" ma tale dicitura non consente di individuare l'esatta collocazione del predetto cartello e il necessario rispetto della visibilità del medesimo. A ciò aggiungasi che il ricorrente ha prodotto documentazione fotografica a sostegno di quanto dallo stesso sostenuto (circa la mancanza di adeguata preventiva segnalazione e/o presenza in loco di folta vegetazione che incide sulla visibilità del cartello in questione) mentre l'amministrazione resistente non ha contestato quanto sostenuto dal ricorrente.

3.2. A tal proposito deve ricordarsi che "la "ratio della preventiva informazione in questione secondo le modalità indicate dalla legge (anche mediante gli strumenti attuativi dei decreti dei competenti Ministeri) è rinvenibile – come è stato sottolineato nella pregressa giurisprudenza di legittimità – nell'obbligo di civile trasparenza gravante sulla P.A., il cui potere sanzionatorio, in materia di circolazione stradale, non è tanto ispirato dall'intento della sorpresa ingannevole dell'automobilista indisciplinato in una logica patrimoniale captatoria, quanto da uno scopo di tutela della sicurezza stradale e di riduzione dei costi economici, sociali ed ambientali derivanti dal traffico veicolare, anche mediante l'utilizzazione delle nuove tecnologie di controllo elettronico" (Cass. Civ. Sez. 6, 14.3.2014 n. 5997).

4. Alla luce di quanto sopra l'opposizione va accolta e conseguenzialmente il verbale di contestazione n. .../2019 emesso dalla Polizia Locale del Comune di (*omissis*) va annullato.

(*omissis*)

NOTA (1): L'ACCERTAMENTO DELLE INFRAZIONI AL CODICE DELLA STRADA A MEZZO DISPOSITIVO C.D. AUTOVELOX

Il provvedimento annotato, del Giudice di Pace di Pescara, offre spunto per tornare brevemente sulla vexata quaestio della legittimità degli accertamenti e conseguenti irrogazioni di sanzioni amministrative agli automobilisti per violazione del Codice della Strada, effettuati mediante dispositivi elettronici e senza la relativa contestazione immediata al guidatore.

Con tale decisione, del 24 gennaio 2020 n. 82, il Giudice pescarese interviene – per la prima volta, a quanto consta – annullando l'atto sanzionatorio, disposto per violazione di limiti di velocità verificata tramite apparecchio c.d. "autoveloX", recentemente installato in zona Bussi sul Tirino e subito balzato agli onori della cronaca per aver prodotto decine di migliaia di verbali di contravvenzione (più precisamente, trentamila solo nei primi sei mesi) ed una conseguente pioggia di ricorsi.

In particolare, nel caso di specie era stata contestata la violazione dell'art. 142/9 CdS per superamento del limite massimo di velocità (pari a 70 km/h) verificato per mezzo del suddetto apparecchio di rilevamento del tipo Velocar Red & Speed Evo-R, regolarmente omologato dal competente Ministero.

L'automobilista, pertanto, proponeva ricorso, sostenendo che il relativo verbale sarebbe illegittimo per una serie di motivazioni, tra cui l'omesso rispetto dell'obbligo di preavviso del dispositivo di controllo elettronico della velocità e, soprattutto, la scarsa visibilità dell'autoveloX medesimo, nascosto da una folta vegetazione.

E proprio sulla base di tali principi il Giudice di Pace ha accolto l'impugnativa, riportando stralci virgolettati delle più recenti sentenze in materia del S. C. (Cass. Ord. 15.11.2013, n. 25769; Cass. Ord. 13.1.2011, n. 680; Cass. 31.5.2007, n. 12833).

In effetti, l'ordinamento consente l'utilizzo alla P.A. di postazioni fisse e automatiche per il rilevamento di infrazioni al codice della strada nel rispetto di limiti tassativi.

Tali apparecchiature sono ammesse, ai sensi dell'art. 2 lett. D) CdS soltanto su strade extraurbane e urbane a scorrimento veloce (ovvero, dove vi sia pericolo e, comunque, impossibilità di procedere alla contestazione immediata dell'infrazione all'automobilista), previa apposita autorizzazione del prefetto.

Il sistema delineato dal D.Lgs 285/92 (c.d. Codice della strada) è, infatti, improntato sulla regola della contestazione immediata delle infrazioni, ammettendo la contestazione differita esclusivamente quando la strada abbia caratteristiche tecniche che rendono pericoloso ordinare l'arresto del mezzo per effettuare la contestazione immediata. E ciò con riferimento alla valutazione di molteplici fattori, tra i quali il tasso di incidentalità, le condizioni strutturali del piano viabile, del traffico e quelle afferenti la salvaguardia della sicurezza nell'effettuazione dell'accertamento.

In particolare, il codice della strada all'art. 201 co. 1-bis elenca una specifica serie di ipotesi in cui la contestazione immediata non è necessaria ai fini della validità dell'accertamento effettuato dagli organi di polizia stradale, tra cui appunto "l'accertamento della violazione per mezzo di appositi apparecchi di rilevamento direttamente gestiti dagli organi di Polizia stradale e nella loro disponibilità che consentono la determinazione dell'illecito in tempo successivo poiché il veicolo oggetto del rilievo è a distanza dal posto di accertamento o comunque nell'impossibilità di essere fermato in tempo utile o nei modi regolamentari;

- misuratori di velocità in postazioni fisse nei casi autorizzati (decreto – legge n. 121/2002".

In ogni caso, ferma restando la necessità del rigoroso rispetto di tali principi basilari, nel tempo la giurisprudenza di vertice ha fissato ulteriori cardini a tutela dell'automobilista.

Innanzitutto, occorre la già menzionata preventiva autorizzazione prefettizia.

Inoltre, "l'utilizzazione degli apparecchi di rilevazione elettronica della velocità, autovelox, nei centri urbani è consentita solo con le postazioni mobili alla presenza degli agenti accertatori di polizia, mentre le postazioni fisse e automatiche possono considerarsi legittimamente installabili solo sulle strade urbane a scorrimento" e sempre previa autorizzazione del Prefetto, poiché "detto provvedimento prefettizio, reso allo scopo di consentire la possibilità di usare apparecchiature automatiche senza presidio per il rilevamento delle infrazioni relative al superamento dei limiti di velocità, deve essere adottato in presenza dei requisiti dettati dalla legge, non potendo il Prefetto fare riferimento, mediante un'interpretazione estensiva, a criteri diversi da quelli previsti dal codice della strada" (Cass. 20.6.2019, n. 16622).

È stato anche più di recente affermato che l'autovelox collocato su un lato della carreggiata (a doppio senso), ma autorizzato per il lato opposto, non è idoneo a rilevare la velocità dei veicoli che percorrono l'inverso senso di marcia, determinando per l'effetto siffatta circostanza l'illegittimità derivata del verbale col quale si contesta l'eccesso di velocità, intercorrendo un rapporto di presupposizione-conseguenzialità immediata tra l'atto autorizzato, ed illegittimamente seguito, ed il verbale di accertamento (Cass. 2.12.2019, n. 31411).

Quanto, poi, alla segnaletica stradale di preavviso dei dispositivi in argomento, essa deve essere collocata con adeguato anticipo affinché possa spiegare i suoi effetti di avvertimento.

Inoltre, detta segnaletica deve essere idonea a consentire un'adeguata preventiva conoscenza da parte dell'utente della strada del controllo in essere, nel rispetto da parte dell'amministrazione dell'obbligo di civile trasparenza.

Il potere sanzionatorio della P.A. in materia di circolazione stradale, infatti, non può ispirarsi ad intenti di ingannevole sorpresa ai danni dell'automobilista, sia pure indisciplinato, né concretizzarsi in una "logica patrimoniale e meramente captatoria, in quanto lo scopo precipuo dei controlli in questione deve essere costituito dalla tutela della sicurezza stradale e dal fine di ridurre i costi economici, sociali ed ambientali derivanti dal traffico veicolare anche mediante l'utilizzazione delle nuove tecnologie di controllo elettronico" (Cass. 14.3.2014, n. 5997).

Nella fattispecie decisa dal Giudice di Pace di Pescara con la sentenza emarginata, il cartello e lo stesso apparecchio di rilevamento della velocità erano quasi del tutto nascosti dalla folta vegetazione presente nel tratto di strada in questione, peraltro rettilineo e di solito privo di traffico veicolare (con conseguente insussistenza di ostacoli all'eventuale contestazione immediata dell'infrazione, laddove constatata da agenti ivi fisicamente presenti).

È, pertanto, corretta e sicuramente da condividere la tesi posta a base del provvedimento annotato, che – annullando il verbale di contestazione di violazione del Cds – fa corretta e puntuale applicazione dei richiamati principi espressi dai giudici di legittimità.

Maria Di Tillio

Tribunale di Teramo, sentenza 9 gennaio 2020 n. 8, G.U. Carota

Condominio negli edifici – Installazione dell’impianto di ascensore da parte di un singolo condomino – Applicazione del criterio della c.d. “solidarietà condominiale – Contemperamento dei contrapposti interessi – Diniego dell’autorizzazione da parte dell’assemblea – Invalidità – Assenza di pregiudizi rilevabili – Diritto all’installazione – Sussiste

È invalida – e va annullata, in applicazione del criterio di “solidarietà condominiale”, nonché in virtù del contemperamento dei contrapposti interessi – la deliberazione dell’assemblea con la quale viene negata, al singolo partecipante, l’autorizzazione all’installazione dell’impianto di ascensore, allocato all’esterno dell’edificio (con occupazione di una limitata porzione della relativa area), e con finalità di abbattimento delle barriere architettoniche. (1)

(omissis)

Con atto di citazione per impugnazione di deliberazione assembleare del 23.09.2015, ritualmente notificato, *(omissis)* conveniva innanzi al Tribunale di Teramo il Rag. *(omissis)*, quale amministratore pro tempore del Condominio *(omissis)* deducendo in sintesi e per quanto di interesse quanto segue.

L’istante, proprietario di un appartamento sito al quarto piano di un edificio in *(omissis)*, Via *(omissis)* n. *(omissis)*, in qualità di condomino, ha formalmente richiesto all’assemblea condominiale, a più riprese, di poter installare un mini ascensore all’esterno dell’edificio al fine di eliminare le barriere architettoniche che rendevano difficoltoso l’accesso al palazzo, stante l’impossibilità di realizzarlo, a filo esterno, nella parte centrale dell’accesso al portone del condominio per motivi tecnici. Deduceva altresì di essere disposto a sostenere, per l’intero, la spesa di installazione dell’ascensore e chiedeva l’autorizzazione all’esecuzione della suddetta opera all’esterno sulle parti comuni indicate nella relazione tecnica presentata all’assemblea del 28.08.2015. L’assemblea condominiale deliberava di non concedere l’autorizzazione. Concludeva affinché il Tribunale adito dichiarasse nulla o comunque annullasse la deliberazione adottata dall’assemblea dei condomini del Condominio *(omissis)* sito in *(omissis)*

relativa alla negata autorizzazione a (*omissis*) ad installare un ascensore per l'accesso al suo appartamento, con vittoria di spese ed onorari.

Si costituiva il Condominio (*omissis*), in persona dell'amministratore pro tempore rag. (*omissis*) il quale si opponeva all'installazione; in particolare, questi chiedeva il rigetto della domanda del (*omissis*) sulla scorta di una linea difensiva tesa ad evidenziare come l'installazione dell'ascensore avrebbe determinato una parziale ablazione della cosa comune, la rilevante compromissione del loro pari uso delle parti comuni, l'alterazione del decoro architettonico dello stabile, la compromissione e la stabilità dell'edificio oltre a ledere i diritti di alcuni condomini su parti di loro proprietà esclusiva, come la trasformazione di vedute in luci. Concludeva affinché il Giudice dichiarasse la legittimità della delibera condominiale impugnata nonché l'infondatezza, in fatto e diritto della proposta impugnazione.

(*omissis*)

Osserva il Giudicante: in tema di eliminazione delle barriere architettoniche la Legge n. 13 del 1989 è espressione di un principio di solidarietà sociale, volta a favorire, nell'interesse generale, l'accessibilità agli edifici (Cass. 7938/2017). Il pregiudizio lamentato dal Condominio (*omissis*), mediante la non autorizzazione alla installazione di un ascensore esterno all'edificio destinato alla eliminazione delle barriere architettoniche, rientra tra le opere di cui alla L. n. 118 del 1971, art. 27, comma 1 e D.P.R. n. 384 del 1978, art. 1, comma 1: deve pertanto tenersi conto del principio di solidarietà condominiale, che implica il contemperamento di vari interessi, tra cui deve includersi anche quello diretto alla eliminazione delle barriere architettoniche, diritto fondamentale che prescinde dell'effettiva utilizzazione del bene innovativo da parte degli altri condomini e che, invece, legittima l'intervento innovativo, in quanto elimina e/o riduce le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione. Alla luce di tali enunciazioni questo Giudice non può che accogliere la richiesta dell'attore, avendo tra l'altro lo stesso avuto la possibilità di installare l'ascensore esterno anche senza autorizzazione dell'assemblea condominiale, rendendosi però necessario verificare il rispetto dei limiti previsti dall'art. 1102 c.c.

Ritiene il Giudicante, nel formulare la propria pronunzia, di condividere le risposte depositate dal CTU ai quesiti formulati dalle parti, non discostandosene, stante la validità tecnica e specifica dell'operazione di

accertamento svolta dal medesimo. Orbene, nel caso di specie, questo Giudice ritiene che l'innovazione da apportarsi mediante la installazione di un ascensore esterno da parte del (*omissis*) non costituisce una rilevante modificazione delle concrete modalità di godimento della cosa comune e rappresenta uno strumento imprescindibile a tutela dello stesso attore, senza alcuna apprezzabile lesione dell'altrui possesso del bene comune.

In particolare la CTU ha dichiarato che: "l'opera in progetto di installazione di un ascensore per il superamento delle barriere architettoniche così come concepita non andrà a pregiudicare le fondazioni dell'immobile condominiale, tantomeno la sua stabilità; né deturpa il decoro architettonico dell'immobile, ritenendo che la localizzazione del manufatto, così come prevista in progetto, è la più consona al rispetto del decoro architettonico; l'area del cortile condominiale che dovrà essere occupata dalla struttura dell'ascensore, come da progetto, è pari ad una superficie massima di mq 1,64; l'opera in progetto come concepita comporta la possibilità di una sua utilizzazione esclusivamente a favore del ricorrente ed eventualmente ad altri condomini dell'ala sud del fabbricato attraverso interventi di manutenzione straordinaria". Dunque, queste argomentazioni destituiscono da ogni fondamento tutte le doglianze sollevate dal Condominio (*omissis*), non risultando ravvisabile, altresì, alcuna apprezzabile lesione, tutelabile *ex art. 1170 cc* al possesso del bene comune in capo all'attore, stante il mantenimento, nell'area coinvolta nell'intervento di realizzo dell'opera, della stessa destinazione d'uso.

Pertanto, deve trovare accoglimento l'impugnazione proposta con conseguente annullamento della deliberazione adottata il 28.08.2015 dall'assemblea dei condomini del Condominio (*omissis*), sito in (*omissis*) relativa alla negata autorizzazione a (*omissis*) ad installare un ascensore per l'accesso al suo appartamento.

(*omissis*)

NOTA (1): L'INSTALLAZIONE DI UN ASCENSORE IN CONDOMINIO (DA PARTE DI UN SINGOLO) E LA "SOLIDARIETÀ CONDOMINIALE"

Il nostro Leonardo Sciascia ha già utilizzato, in uno dei suoi brevi – ma grandi – romanzi, il titolo che si potrebbe dare a questa breve nota di commento alla sentenza n. 8/2020 del Tribunale di Teramo: "Una storia semplice".

Perché è davvero semplice la "storia" che sta alla base di questo contenzioso tra condomini: uno di loro ha necessità di installare un ascensore per accedere alla sua abitazione e gli altri non solo sono disinteressati, ma gli negano decisamente il permesso (la c.d. "autorizzazione" assembleare).

Tuttavia, il "fatterello", che ha dato modo al giudice teramano di esprimere le sue valutazioni, implica e tocca alcuni importanti principi giuridici che addirittura lambiscono il dettato costituzionale.

Ma andiamo con ordine.

La sentenza, subito in esordio, dà conto del fatto che questo singolo condomino "a più riprese" ha "formalmente richiesto all'assemblea condominiale... di poter installare un mini ascensore all'esterno dell'edificio al fine di eliminare le barriere architettoniche che rendevano difficoltoso l'accesso al palazzo, stante l'impossibilità di realizzarlo, a filo esterno, nella parte centrale dell'accesso al portone del condominio".

Il condominio, con specifica decisione assembleare, nega il richiesto permesso, e al singolo condomino non resta altro che impugnare davanti al Tribunale la relativa deliberazione.

Nel giudizio, le parti si contrappongono con le seguenti argomentazioni.

Il singolo condomino (che vuole – invero, ha bisogno – di installare l'ascensore) evidenzia:

– che è proprietario di un appartamento al quarto piano (1) e che, evidentemente, tali barriere architettoniche gli impediscono di accedere alla sua abitazione;

– che l'ascensore de quo è "mini" (con conseguente limitato ingombro, come si vedrà in appresso);

– che non vi è impossibilità di installarlo altrimenti;

– che avrebbe sostenuto l'intera spesa;

e che, quindi, l'installazione doveva considerarsi legittima ed invece invalido il diniego di autorizzazione da parte dell'assemblea.

Il condominio risponde con una netta contrapposizione, spiegando (si direbbe in altri contesti) tutta l'"artiglieria" giuridica possibile, e replicando che l'installazione è illegittima per più d'un motivo, in quanto:

– determina una parziale ablazione della cosa comune (la corrispondente porzione dell'area del cortile);

– nonché vari pregiudizi a danno del “pari uso” delle parti comuni, del decoro architettonico del fabbricato e della stabilità dell’edificio;
 – lede, inoltre, i diritti di alcuni condomini (su parti esclusive, come la trasformazione di vedute in luci);

e che, di conseguenza, la decisione dell’assemblea (di diniego di autorizzazione all’installazione) è giustificata e valida.

Il Giudice la pensa diversamente dal condominio e pone nel nulla la deliberazione impugnata sulla scorta di alcune argomentazioni che possono dividersi, sostanzialmente, in due ambiti:

a) in primo luogo, e dal punto di vista giuridico, evidenzia che l’eliminazione delle barriere architettoniche (che il legislatore ha affidato alla disciplina contenuta nella legge n. 13/1989 al fine di agevolarla) è espressione di un principio di solidarietà, che, nel condominio (da qui il conio della locuzione “solidarietà condominiale”) implica il contemperamento di vari interessi (compreso quello, appunto, ad avere una piena accessibilità alla propria abitazione da parte delle persone che non possono utilizzare le scale);

b) in secondo luogo, e dal punto di vista tecnico, che l’installazione non comporta pregiudizi ed è compatibile con le caratteristiche dello stabile; da questo punto di vista, il giudice richiama, condividendole, le conclusioni del perito d’ufficio il quale nel corso del giudizio aveva accertato:

– che la realizzazione dell’ascensore esterno non comporta una rilevante modificazione del godimento della cosa comune;

– che, in particolare, non andrà a pregiudicare le fondazioni dell’edificio, non determinerà alterazione negativa del decoro architettonico, che l’area (del cortile) occupata è pari ad una superficie massima di mq 1,64;

– e che, infine, il manufatto potrà (volendo) essere utilizzato anche da alcuni altri condomini (quelli dell’ala sud del fabbricato) mediante l’effettuazione di meri interventi di manutenzione straordinaria.

In definitiva, la deliberazione di diniego di autorizzazione all’installazione è invalida e va annullata perché, in un’ottica bilanciata, non sono ravvisabili apprezzabili lesioni delle prerogative degli (“altri”) condomini.

Anche nella linearità e completezza della pronuncia teramana, si impongono alcune considerazioni a commento che possono contribuire

ad ampliare la consapevolezza sulle implicazioni della relativa fattispecie.

Per farne un sintetico compendio, è possibile osservare quanto segue:

1) Non si tratta di un'innovazione: anche il giudice teramano cade in un equivoco che spesso interessa chi si occupa della normativa condominiale (ma, in questo caso, senza conseguenze negative riguardo alla sua decisione); nella fattispecie condominiale, il termine "innovazione" è riservato esclusivamente alle opere che, avendo sempre caratteristiche di "novità", vengono deliberate dall'assemblea con ripartizione dei costi tra tutti i condomini; nel caso de quo, invece, l'installazione dell'ascensore viene (verrebbe) realizzata autonomamente (e in solitaria iniziativa) dal singolo partecipante che – ovviamente – sostiene tutte le relative spese.

2) L'autorizzazione (preventiva) all'installazione richiesta all'assemblea (e negata dalla stessa, da cui il giudizio di impugnazione) non è in alcun modo necessaria, come il giudice teramano incidenter conferma; la fattispecie di installazione di ascensore da parte del singolo, infatti, non va collocata nell'ambito dell'art. 1120 cod. civ. (vale a dire, nella disciplina delle "innovazioni" deliberate, come detto, dall'assemblea) ma nel diverso art. 1102 cod. civ. (applicabile in virtù del rinvio contenuto nell'art. 1139 cod. civ.) (cfr., da ultima sul punto, Cass. 27 dicembre 2004, n. 24006) che consente, al singolo, di apportare in via diretta ed autonoma "modificazioni" alle parti comuni, a condizione che rispetti i (plurimi) limiti previsti dalla norma (e anche dal citato art. 1120 cod. civ. che, sotto tale aspetto, viene ritenuto analogicamente applicabile), vale a dire: 1) divieto di alterazione della destinazione; 2) divieto di impedimento agli altri condomini di farne pari uso; 3) divieto di pregiudicare la stabilità, la sicurezza e/o il decoro del fabbricato. A corollario di ciò si aggiunga che un'eventuale autorizzazione assembleare può tornare ad essere richiesta e necessaria qualora sia prevista dal regolamento condominiale (a patto, però, che sia stato approvato contrattualmente: attenzione, però, a Cass. 28 marzo 2017, n. 7938 relativamente alla posizione "recessiva" delle clausole del regolamento, ancorché tale pronuncia non risulta aver preso in considerazione la natura assembleare o contrattuale del documento).

3) Il richiamo al concetto di "solidarietà", certamente centrale ed anche centrato nella sentenza in commento, non arriva, tuttavia, a

spiegare appieno la relativa conseguenza del c.d. "contemperamento" di interessi (affermazione che viene lasciata un po' monca nelle motivazioni del giudice teramano); sarebbe stato più completo precisare che, in virtù di detto "contemperamento" (e, quindi, in applicazione della richiamata "solidarietà") l'eventuale (accettabile) pregiudizio alle prerogative altrui (cioè, di coloro che ostacolano l'installazione dell'ascensore) diviene compatibile con la dinamica dei diritti presenti nell'edificio, in quanto il legislatore stima prevalente la finalità dell'abbattimento delle c.d. "barriere architettoniche" rispetto alla (presunta) assoluta integrità delle facoltà degli "altri" condomini (cfr, su tale particolare prospettiva, Cass. 29 aprile 1994, n. 4152, dell'autorevole estensore Corona, secondo cui un eventuale pregiudizio nell'utilizzo delle parti comuni non rende l'installazione lesiva "ove risulti che alla possibilità dell'originario godimento della cosa comune è offerto un godimento migliore, anche se di diverso contenuto"). Tale aspetto è fondamentale perché è innegabile che viene perpetrata una sottrazione, seppur assai parziale, di un'area comune da parte del singolo condomino che installando il "suo" ascensore occupa una porzione del cortile comune. In un caso come questo, non può smentirsi che sussiste un'azione indebita da parte di detto singolo (e una lesione dei diritti degli "altri"), la quale, tuttavia, ridiviene legittima nel momento in cui la finalità perseguita è indirizzata verso un obiettivo assiologicamente superiore (l'abbattimento delle barriere architettoniche) in contrapposizione all'astratta pretesa di una tutela assoluta (e non solidale) dei propri diritti soggettivi.

4) *Proprio con riferimento alla circostanza della concreta (ed incontestabile) sottrazione di una porzione di area comune, l'aspetto che appare di maggiore rilevanza è quello che attiene alla valutazione quantitativa del pregiudizio a danno degli "altri" condomini. Ad un primo approccio (magari troppo immediato) potrebbe, infatti, apparire che il "fatterello" di cui è causa vale solo per i contendenti in giudizio (come, d'altronde, è costante nella disciplina condominiale dove ogni questione va vista "caso per caso") e che la sentenza in commento non è poi tanto utilizzabile in altre ipotesi. A ben vedere, tuttavia, la questione di fatto – l'installazione dell'ascensore – riguarda una problematica che è fattualmente identica in quasi tutti i casi del genere, in considerazione del fatto che il manufatto "ascensore" ha un ingombro "tipico"*

più o meno sempre delle stesse dimensioni; ne deriva che l'affermazione che la conseguente occupazione (rectius, sottrazione) dell'area condominiale non è lesiva dei diritti degli "altri" condomini in quanto va bilanciata con la finalità perseguita che è quella dell'abbattimento delle barriere architettoniche, in un'ottica di "solidarietà" che è propria della legge n. 13/1989 (ma ancor di più della carta costituzionale e dell'impostazione "sociale" che del diritto di proprietà viene adottata – v. il noto inciso nell'art. 42) può esser assunta a paradigma di tutte le ipotesi in cui un singolo condomino vuole (chiede) di installare un ascensore all'esterno dell'edificio, con incidenza della base del manufatto nell'area comune. Attenzione, quindi, a negare, da parte dell'assemblea condominiale, il "permesso" di allocare l'impianto di ascensore nel cortile condominiale perché non è sostenibile che vi sia una lesione per sottrazione di parte della relativa superficie.

5) Sia consentita, infine, una considerazione sulla dinamica della contrapposizione tra le parti in lite: l'attore – il singolo condomino che intendeva installare un ascensore all'esterno dell'edificio e che per far ciò aveva richiesto, seppur non obbligato, il "permesso" all'assemblea – si vede riconosciuto il suo diritto dopo ben 5 anni dall'avvio dell'azione giudiziale (il numero R.G. indica 2015 rispetto all'attuale sentenza del 2020). Sono, evidentemente, 5 anni che detto singolo trascorre senza poter usufruire dell'impianto, quindi – è facile immaginare – con rilevanti privazioni o notevoli difficoltà quotidiane. A parte le considerazioni giuridiche sull'eventuale possibilità che il danno arrecato (la decisione assembleare era illegittima) possa essere monetariamente risarcito, desta notevole perplessità l'atteggiamento degli "altri" condomini che, probabilmente in virtù di un malinteso senso di tutela (assoluta) dei propri diritti, hanno negato al singolo la possibilità di attuare un minimo di vivibilità del suo immobile, disconoscendo qualsiasi canone di solidarietà, criterio che prima d'esser etico o religioso appartiene alla più banale ed immediata applicazione del concetto di "cittadinanza", e quindi di "società", senza necessità di pretendere che sia anche "aperta". Una cosa è verificare (e chiedere contezza) degli aspetti tecnici e della realizzazione "a regola d'arte" dell'impianto (diritto che gli "altri" condomini certamente hanno), un'altra è opporre un diniego aprioristico basato su presunte ed inesistenti lesioni. Il condominio, come detto da autorevoli commentatori, costituisce una proprietà "in-

tegrata" che, proprio in forza di tale sua caratteristica, comporta ben specifiche modalità di godimento, ed anche di "tolleranza" (si vedano le particolari questioni sulle immissioni intollerabili eventualmente prodotte all'interno dell'edificio) delle quali i partecipanti non possono non tenere conto, se non al costo di involvere in una prospettiva di vita consociata che, si potrebbe dire, si mostra "ante", se non addirittura "anti" costituzionale.

Luigi Salciarini

Giurisprudenza tributaria

Commissione Tributaria Provinciale di Chieti, 3° Sezione (Pres e Rel. Campli) – Sentenza del 31 dicembre 2019 n. 473 – Lega N.I c/Comune

Tassa sui rifiuti solidi urbani – Tassazione degli specchi d'acqua e delle aree per il rimessaggio barche

Nella superficie da considerare ai fini della tassa sui rifiuti solidi urbani a carico di una associazione navale, che avuto in concessione da parte di una Capitaneria di Porto un'area terrestre e marina, va considerato anche lo specchio d'acqua, occupato di regola per l'ormeggio dei natanti e le relative operazioni di manovra.

La sussistenza di discrezionalità tecnica e, comunque, l'assenza di espressa deduzione di profili di illegittimità dei provvedimenti di approvazione delle tariffe non consente di procedere alla disamina delle tariffe che non siano oggetto di impugnativa in sede contenziosa amministrativa, neppure per una possibile ipotesi di disapplicazione da parte della Commissione Tributaria. (1)

(omissis)

In data 24.10.2016 l'associazione ricorrente ha ricevuto, oltre ad i predetti quattro avvisi di accertamento, anche l'avviso n.10003144 del 12.10.2016 ai fini dell'applicazione della tassa sui rifiuti (TARSU) per l'anno 2010 per 19.560,00. Dai predetti cinque avvisi di accertamento si rileva che i primi due avvisi sono stati emessi per una presunta omessa denuncia; mentre gli ultimi tre per una presunta infedele denuncia. Inoltre da una semplice lettura dei detti avvisi si rileva che il Comune di ... ha considerato quasi l'intera superficie di cui la ricorrente dispone (mq.31.914,00), sia in acqua (mq. 29.016), che a terra (per il residuo). Tuttavia, la superficie a terra è occupata, solo in minima parte, da un piccolo fabbricato esteso circa mq.60 ove è ubicata la sede dell'associazione. La maggior superficie disponibile a terra è utilizzata quale area di manovra e di custodia di piccoli natanti. Tale situazione è stata accertata, altresì, in data 24.5.2016, da parte di alcuni agenti incaricati

dall'Ufficio Tributi del Comune di ... Inoltre, e necessario considerare che il Comune di ..., per le annualità 2013, 2014 e 2015, ebbe ad inviare all'odierna ricorrente gli avvisi di pagamento relativi ai tributi TARSU, TARES e TARI. Infatti, come è facile osservare da una semplice lettura di tali atti, il Comune di ... chiedeva all'odierna ricorrente, per il pagamento della TARSU per l'anno 2012 la somma pari a 161,00; per il pagamento della TARES per l'anno 2013 la somma pari a 152,00; per il pagamento della TARI per l'anno 2014, la somma complessiva pari ad € 322,77; mentre, per il pagamento della TARI per l'anno 2015, chiedeva la somma complessiva pari a 326,00. Tali importi, che erano stati correttamente determinati considerando quella superficie che realmente possiede l'astratta potenzialità di produrre rifiuti – costituita, unicamente, dal piccolo fabbricato sede dell'associazione esteso circa 60 mq. – sono stati regolarmente corrisposti all'Ente. La ricorrente, che è un'associazione senza finalità di lucro, in data 24.6.2008, ha ricevuto in concessione da parte della Capitaneria di Porto di ... un'area, demaniale marittima, situata nell'ambito portuale ed estesa, complessivamente, mq.31.914, di cui mq 29.016 costituiti dallo specchio acqueo ed il resto da superficie a terra. Tale concessione è stata prorogata sino al 31 dicembre 2020. L'odierna ricorrente, per il tramite dello scrivente difensore, con la nota del 21.11.2016, chiedeva che il Comune di ..., in sede di autotutela, procedesse all'annullamento dei cinque avvisi di accertamento.

Il Comune di ..., con la nota del 5.12.2016, comunicava alla ricorrente che in accoglimento parziale della predetta richiesta annullava il solo avviso di accertamento relativo alla richiesta di pagamento del tributo TARSU per l'anno 2010, il cui diritto era palesemente prescritto.

(omissis)

Il ricorso è infondato e va respinto.

Quanto al primo motivo si osserva che, richiamata la disciplina normativa di riferimento (art.62/5° D.lgs. n.507/1993), correttamente indicata dalle parti, l'assenza di una Autorità Portuale (tale non essendo la Capitaneria di Porto) sedente presso il porto di ... impone di individuare ancora nell'amministrazione civica l'autorità competente alla imposizione della tassa per i rifiuti di cui si discute (come, peraltro, la stessa ... (ricorrente) ... sembra riconoscere, quanto meno in relazione alla tassazione per i fabbricati posseduti insistenti sulla stessa area portuale).

Quanto alla sua determinazione, preso atto dell'intervento in autotutela già compiuto dal Comune di ... in relazione alla TARSU – anno 2011, è sufficiente richiamare, per addivenire alla reiezione del ricorso, quanto da tempo statuito dalla S.C. di Cassazione (a partire dalla sentenza n.3829/2009 della Sezione V Civile) circa il computo della superficie tassabile, vale a dire negli esatti termini in cui vi ha adempiuto il Comune di ... (salvo l'intervento in autotutela di cui si è detto), considerando anche lo specchio d'acqua occupato di regola per l'ormeggio dei natanti e le relative operazioni di manovra; la sussistenza di discrezionalità tecnica e, comunque, l'assenza di espressa deduzione di profili di illegittimità dei provvedimenti di approvazione delle tariffe (in relazione ai vizi dell'atto amministrativo per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) non consente di procedere alla disamina delle tariffe in oggetto, non impugnate in sede contenziosa amministrativa, neppure per una possibile ipotesi di disapplicazione da parte di questo Giudice tributario per la fattispecie oggetto di giudizio.

Si impone, pertanto, il rigetto del ricorso.

(omissis)

NOTA (1): LA TASSAZIONE SUI RIFIUTI SOLIDI URBANI E LA SUA APPLICABILITÀ ALLE SUPERFICI "LIQUIDE"

Sommario: 1) La fattispecie concreta, in sintesi; 2) I motivi specifici di impugnativa e le difese del Comune; 3) I motivi della decisione; 4) Un breve cenno agli aspetti normativi e di giurisprudenza sottesi; 5) Alcune considerazioni sulla decisione specifica; 6) Una differente soluzione?

1) La fattispecie concreta, in sintesi

La controversia è in materia di tassa sui rifiuti urbani

Una associazione navale, senza scopo di lucro ha impugnato una serie di avvisi di accertamento, relativi a più annualità, in materia di TARSU, TARES e TARI

Il Comune interessato ha considerato, in sede di accertamento, l'intera superficie, sia per acqua (29.016 mq) che per terra (2.901 mq),

messa a disposizione dell'associazione, a seguito di concessione da parte della Capitaneria di Porto.

Si precisa che l'associazione dispone, nell'area in questione, di un piccolo fabbricato di 60 mq, che ne costituisce la sede; l'associazione ha sempre versato la tassa dei rifiuti in relazione al suddetto fabbricato; la maggior superficie disponibile a terra è utilizzata quale area di manovra e parcheggio e di custodia di piccoli natanti; lo specchio acqueo è utilizzato per la manovra e l'approdo dei natanti.

L'accertamento oggetto di contestazione ha comportato un ammontare della tassazione passato da poche centinaia di euro l'anno a diverse decine di migliaia.

Si premette da subito che la questione è abbastanza singolare, specialmente per quanto riguarda la tassazione della "superficie liquida", tant'è che la questione si è prestata, anche in corso di causa, a facili ironie, compresi richiami evangelici al Cristo che cammina sulle acque.

In realtà, anticipando i temi sviluppati in seguito, basti dire che la questione è più complessa e dibattuta di quanto possa sembrare ad un primo approccio.

In realtà, la sentenza, al di là dell'oggetto del decidere, affronta una molteplicità di aspetti, che è impossibile affrontare in un breve commento, e che sarà oggetto solo di rapido esame.

2) I motivi specifici di impugnativa e le difese del Comune

Si sintetizzano, per comodità del lettore, i motivi di impugnativa e le difese del Comune, peraltro ampiamente e dettagliatamente riportate nel corpo della sentenza.

A) L'associazione ha impugnato i provvedimenti per i seguenti motivi:

a) Il Comune è privo del potere impositivo in materia di rifiuti in ambito portuale che in realtà appartiene alla Capitaneria di Porto, che è l'autorità portuale ed ha disposto una regolamentazione specifica per l'organizzazione e la gestione dei rifiuti del porto.

Il Comune, invece, è competente, esclusivamente sulle aree portuali non in concessione; e lo stesso Comune, nei suoi regolamenti, aveva espressamente escluso dall'applicazione della tassa sui rifiuti "i locali e le aree per i quali non sussiste l'obbligo dell'ordinario conferimento dei rifiuti urbani ed assimilati".

b) Il Comune ha erroneamente determinato la superficie tassabile e/o ha omesso di indicare i criteri applicati nella determinazione della quantità di rifiuti che la ricorrente avrebbe prodotto; e ciò sotto diversi profili:

– Il Comune non ha ricompreso, nella determinazione regolamentare della tassa, gli ormeggi e gli approdi turistici e tantomeno ne ha tenuto conto nella determinazione delle tariffe corrispondenti, basate sui coefficienti di produttività dei rifiuti.

– il Comune ha ipotizzato che l'intera superficie in concessione possieda l'attitudine a produrre rifiuti, mentre vi è un ampio specchio d'acqua, di cui solo 686,34 mq occupati dalle banchine galleggianti d'ormeggio ("che di per sé non possiedono affatto la citata attitudine a produrre rifiuti"); inoltre l'area terra è costituita in gran parte da una superficie destinata allo stazionamento ed alle manovre di piccoli natanti e di autoveicoli ed è utilizzata essenzialmente nel periodo estivo; quindi l'attitudine a produrre rifiuti è realmente residuale.

– Infine (in attinenza al punto precedente), in base ai regolamenti comunali "non sono soggetti al tributo i locali e le aree che non sono suscettibili di produrre rifiuti, o per la loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati". Ed invece, il Comune non ha tenuto conto né del fatto che le banchine d'ormeggio galleggianti occupano una superficie modesta, né del fatto che sono occupate quasi esclusivamente da natanti della lunghezza di 4-6 metri, privi della cabina e di servizi igienici; stesso discorso andrebbe applicato per le aree terrestri, in quanto non sarebbero state escluse le aree di accesso e di manovra, sempre in contrasto con i regolamenti, che espressamente le escluderebbero; e sempre in base ai regolamenti andrebbero escluse le aree non calpestabili, e quindi lo specchio d'acqua.

B) Il Comune ha puntualmente replicato; in estrema sintesi, le difese del comune:

a) Il pagamento non contestato sui 60 metri quadri del fabbricato implica acquiescenza alla tassazione; del resto, in mancanza di una Autorità portuale formalmente costituita per legge (vedasi, per approfondimenti, l'elenco della Autorità portuali riportato in sentenza con i relativi provvedimenti normativi), riemerge la competenza comunale in ordine al servizio di igiene urbana, e riemerge pure il correlativo tributo.

b) Il Comune non poteva parcellizzare all'estremo le tariffe e, pertanto, l'attribuzione va effettuata sulla base della tipologia dei rifiuti prodotti ed il giudice ordinario non è competente a giudicare sulla congruità delle tariffe, comunque non impugnate nei 60 giorni dall'avviso di accertamento; al limite la tariffa potrebbe essere disapplicata, da parte del Giudice Tributario, ma solo dietro dimostrazione di ben precisi vizi di legittimità dell'atto, non essendo sufficiente la generica contestazione

c) Il presupposto della tassazione è dato dalle superfici scoperte, ancorché liquide, sulle quali sussiste una presenza umana significativa, "costituita dagli equipaggi delle navi e dagli altri operatori portuali e un altrettanto significativa e autonoma attitudine a produrre rifiuti".

E poco conta il non pieno utilizzo delle aree scoperte, sia da un punto di vista temporale che degli spazi disponibili, similmente a quel che accade per stanze di albergo o i posti di campeggio.

3) I motivi della decisione

La Commissione, preliminarmente, dà atto della assenza di una autorità portuale ("tale non essendo al Capitaneria di Porto") e quindi individua nella Amministrazione civica l'autorità competente alla raccolta dei rifiuti ed alla conseguente tassazione; quanto alla superficie tassabile, viene confermato il computo del comune, "considerando anche lo specchio d'acqua, occupato di regola per l'ormeggio dei natanti e le relative operazioni di manovra".

La Commissione poi precisa che, non essendo stati dedotti profili di illegittimità dei provvedimenti di adozione delle tariffe, non è possibile esaminarle, neppure per una possibile ipotesi di disapplicazione da parte del Giudice Tributario.

A sostanziale giustificazione della decisione, che in sé risulta piuttosto stringata, anche a fronte del poderoso lavoro di analisi delle posizioni delle parti svolto nel corpo della sentenza, viene richiamata la sentenza della Suprema Corte n. 3829/09; di detta ecisione, resa tra il Comune di Furnari e la S.r.l. marina di Portorosa, e che costituisce la vera motivazione della sentenza, si riportano, di seguito, alcuni passaggi salienti.

Giovi, peraltro evidenziare preliminarmente che già la Commissione Tributaria di 2° grado di quest'ultimo giudizio, nel privilegiare l'im-

posizione praticata dal Comune, aveva espressamente e letteralmente richiamato una precedente sentenza della suprema Corte (Cass. Pen 15 novembre 1991) ove trovasi scritto che "la tassa risulta agganciata all'attitudine dei soggetti costituenti una comunità a produrre rifiuti solidi urbani (di tal che anche i rifiuti provenienti da navi all'ancora nel porto sono rifiuti urbani e, in quanto tali, assoggettabili alla relativa disciplina) La comunità dei diportisti che fruiscono dei posti barca è certamente assoggettabile ... alla tassa sui rifiuti, in quanto produttori di rifiuti caratteristici della vita di una stabile comunità di persone indipendentemente dalla localizzazione in un dato territorio rientrandovi anche le comunità viaggianti ed anche le imbarcazioni da diporto che utilizzano detti posti barca soltanto in transito".

Ed il Supremo Giudice, nel confermare detto principio, precisa che la delimitazione del concetto di aree scoperte utilizzato dalla normativa sulla tassa per i rifiuti solidi urbani, invero, ... non deve essere tratta dal (ne limitata al) dato, per così dire solido (certamente di più immediata percezione) di suolo (terraferma) ma dallo scopo, perseguito dalla norma, di individuare un presupposto giuridico della tassa stessa, ulteriore rispetto ai fabbricati, tenuto conto delle finalità (pubblica igiene e salubrità) tutelate dal legislatore, di eliminare comunque tutti i rifiuti solidi (definibili urbani) prodotti da insediamenti, permanenti, e/o provvisori di comunità umane.

In tale prospettiva è agevole dovere intendere per "aree scoperte" costituenti "presupposto" della tassa de qua, tutte le estensioni (o superfici) spaziali comunque utilizzabili e concretamente utilizzate da una comunità umana, quindi a prescindere dal supporto (solido o liquido) di cui l'estensione stessa è composta e conseguentemente del mezzo (terrestre o navale) utilizzato per fruire di quella estensione.

Ed a maggior chiarezza, al fine di individuare la tipologia di rifiuti oggetto di tassazione, la Corte precisa che i rifiuti oggetto di tassazione sono determinati non in relazione al tipo di insediamento, "ma al tipo di rifiuti caratteristici della vita di una comunità di persone" e che "ai fini della individuazione del presupposto giuridico della tassa in questione non bisogna avere riguardo semplicemente alla natura (solida o liquida) del luogo, alla cui superficie stessa la tassazione viene soltanto commisurata, ma alla presenza di una comunità di persone ... in un dato spazio".

Evidentemente, il nostro Giudice ha equiparato le aree di che trattasi a quelle del porto turistico di Marina di Portorosa, accogliendo il principio di diritto contenuto in sentenza.

La sentenza della Suprema Corte ha anche esaminato, tra gli altri, un aspetto che il nostro giudizio non esamina, ma che è sicuramente degno di nota e che aveva sollevato anche la mia curiosità, per la sua assenza; a detta della ricorrente il Comune non avrebbe potestà impositiva su un'area demaniale marittima, ma il Giudice precisa che essa non può essere esclusa, in quanto vi è una oggettiva diversità degli interessi perseguiti dall'ente proprietario del bene, da quelli igienico sanitari, affidati alle cure del comune (per ogni più ampia argomentazione vedasi la sentenza di Cassazione richiamata).

4) Un breve cenno agli aspetti normativi e di giurisprudenza sottesi

Il provvedimento del giudice riguarda una pluralità di Tributi in materia di rifiuti, succedutisi nel tempo; peraltro, in linea di massima, le aree scoperte sono sempre considerate, dalla legislazione in materia, quali aree soggette a tassazione, a condizione che siano suscettibili di produrre rifiuti.

Ossia, ai fini della assoggettabilità, rileva (in prima approssimazione) la potenziale attitudine a produrre rifiuti da parte dei soggetti detentori degli spazi e quindi, degli spazi stessi.

E sotto tale profilo pare opportuno, in primis, un riepilogo normativo, al fine di comprendere quali aree scoperte siano assoggettabili al tributo.

Si riporta, per ogni comodità del lettore, breve sintesi dei provvedimenti legislativi in argomento, per l'aspetto che ci riguarda.

Con decreto legislativo n. 507/1993 è stata istituita la Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU).

La tassa è istituita per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, o equiparati, ossia i rifiuti derivanti da attività artigianali, commerciali e di servizi, che siano dichiarati assimilabili ai rifiuti urbani, ai fini dell'ordinario conferimento al servizio pubblico e della connessa applicazione della tassa.

La tassa (art. 62 nel testo originale – Presupposto della tassa ed esclusioni) “è dovuta per l'occupazione e la detenzione di locali ed aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale in cui il servizio è istituito ed attivato”.

Peraltro lo stesso articolo di legge precisa che non sono soggetti alla tassa i locali e le aree che non possono produrre rifiuti, o per loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati.

La TARSU fu sostituita, a partire dal 1° gennaio 2013, dal Tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (TARES), a mezzo del Decreto Legge 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011 n. 214.

Il presupposto del Tributo (art. 14, c.3) è il possesso, “a qualsiasi titolo, di locali od aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibile di produrre rifiuti urbani”; sono escluse le aree scoperte pertinenziali o accessorie a civili abitazioni e le aree comuni condominiali.

Il 3° comma dell’art. 14, quindi conferma, nella sostanza, la normativa precedente, in quanto assoggetta a tributo chiunque occupi o detenga, a qualsiasi titolo, locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, a condizione che siano suscettibili di produrre rifiuti urbani.

Infine, con legge 147/2013 (la “famigerata” legge composta da un solo articolo e 749 commi) è stata, tra le altre cose, istituita, a far data dal 1 gennaio 2014, l’imposta unica comunale (IUC), basata su due presupposti, il possesso degli immobili, collegato a natura e valore degli stessi (IMU), e la fruizioni di servizi comunali, che si articola (rectius, si articolava) nel tributo per servizi indivisibili (TASI) e nella Tassa sui rifiuti (TARI), destinata a finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

In base al comma 641 dell’articolo unico, il presupposto della TARI è il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali o aree scoperte, suscettibili di produrre rifiuti urbani.

Sono escluse dalla TARI, ai sensi del comma 641, le aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili, non operative (oltre che, come nella precedente normativa, le aree condominiali).

L’ultima disposizione in essere, che prevede una distinzione tra aree scoperte, a qualsiasi uso adibite, suscettibili di produrre rifiuti urbani, ed aree scoperte pertinenziali ed accessorie a locali tassabili, “non operative” è leggermente diversa dalle disposizioni previste nella Tarsu, che distingueva le aree scoperte pertinenziali ed accessorie delle abitazioni dalle altre aree, ma, tutto sommato, non sposta l’asse del problema, anche se effettivamente fornisce qualche elemento in più di giudizio, stante l’esplicitato concetto di “operatività”.

Possiamo comunque affermare, genericamente, che sono ricomprese nella tassazione le aree operative, suscettibili di produrre rifiuti, e che sono invece escluse le aree non operative e quindi quelle non suscettibili di produrre, almeno direttamente, dei rifiuti, in quanto accessorie e pertinenziali a locali tassabili, e quindi strettamente accessorie allo svolgimento dell'attività principale.

È questa distinzione appare perfettamente in linea con l'esclusione dalla tassazione delle aree condominiali, pertinenziali delle abitazioni (ma che pure potrebbero produrre direttamente dei rifiuti, in base all'utilizzo concreto delle stesse).

La distinzione tra aree scoperte accessorie o pertinenziali e le aree scoperte operative risale, comunque, al d. P.R. 915 del 10 settembre 1982, la cui previsione stabiliva che la tassa rifiuti doveva essere applicabile solo alle aree scoperte operative e non anche a quelle costituenti accessorio o pertinenza di locali già tassati.

Anzi, a spingere il discorso all'estremo, in base a questa legislazione precedente si potrebbero escludere tutte le aree pertinenziali, e ricomprendersi esclusivamente nella tassazione le aree dotate di autonoma operatività; ed infatti, in questa legislazione più risalente, che potrebbe costituire la chiave di lettura di quella successiva, almeno di quella più recente, la tassa doveva "essere applicata anche alle aree adibite a campeggi, a distributori di carburante, a sale da ballo all'aperto, a banchi di vendita all'aperto, nonché a qualsiasi altra area scoperta ad uso privato, ove possono prodursi rifiuti, la quale non costituisca accessorio o pertinenza dei locali assoggettabili a tassa ai sensi del precedente comma" (art. 21 c.p. 915/1982, che ha modificato l'art. 269 del t.u.f.l. del 14 settembre 1931 n. 1175).

Vanno in ogni caso valutate, al di là della complessità e difficoltà di lettura delle norme che si sono succedute, le conseguenze applicative della distinzione tra aree operative ed aree non operative.

Il problema di fondo si traduce, in sostanza, nella attitudine delle aree a produrre rifiuti, in quanto utilizzate (o meno) per fini ed attività proprie o comunque connesse direttamente all'utilizzo del bene di cui costituiscono pertinenza.

Quindi, in estrema sintesi, i presupposti per escludere un'area dalla tassazione sono:

– *Pertinenza soggettiva ed oggettiva rispetto al locale o all'area principale;*

– *Non operatività.*

L'operatività potrebbe intendersi come la capacità di produrre rifiuti ulteriori rispetto al locale o all'area principale, per la particolare destinazione dell'area stessa, che consente una qualche attività accessoria, per propria destinazione.

Ovviamente, se intesa così la norma, la verifica sulla tassabilità dell'area richiede sempre una analisi concreta e di dettaglio sull'effettivo utilizzo della stessa.

In astratto, qualsiasi area è suscettibile di produrre spazzatura, anche un'area condominiale; probabilmente i motivi dell'esclusione, per le aree condominiali, risiedono nel fatto che le aree in questione non sono dotate di una propria autonomia operativa, ma costituiscono una mera area di servizio, destinata a consentire e migliorare l'utilizzo stesso del condominio.

Per comprenderne le difficoltà di praticare una corretta distinzione, basti evidenziare che vi è stato un vasto contenzioso in materia di tassabilità delle aree a parcheggio destinate ai clienti dei supermercati.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che l'art. 62, comma 2, del d lgs 507/93 (TARSU) nell'escludere dall'assoggettamento al tributo i locali e le aree che non possono produrre rifiuti – fra l'altro – “per il particolare uso cui sono stabilmente destinati”, chiaramente esige che sia provata dal contribuente non solo la stabile destinazione dell'area ad un determinato uso (quale, nel caso di specie, il parcheggio), ma anche la circostanza che tale uso non comporta produzione di rifiuti. Ne deriva che la società contribuente è tenuta a pagare la tassa per i parcheggi in quanto essi sono aree frequentate da persone e quindi produttive di rifiuti in via presuntiva, rimanendo a suo carico l'onere di provare con apposita denuncia ed idonea documentazione la sussistenza dei presupposti per l'esenzione (Cass. n. 5047 del 13/03/2015). Nel caso che occupa la società contribuente ha ritenuto che l'area fosse esente dal pagamento della tassa per il solo fatto che essa costituiva pertinenza di area coperta assoggettata alla tassa stessa e non ha neppure dedotto di aver presentato la denuncia relativa alla sussistenza dei presupposti per l'esenzione (Cass. 18500/2017).

In parole povere, a detta del Supremo Giudice, in materia di TARSU spetta al contribuente fornire prova documentale idonea che dimo-

stri la destinazione dell'area ad un determinato uso pertinenziale e la mancata produzione dei rifiuti, essendovi altrimenti, in base al possesso ed alla presunzione di legge, l'obbligo di versare il tributo.

E ciò in rettifica della posizione del Giudice Tributario, che riteneva non vi fosse prova alcuna che l'area scoperta di cui si discuteva fosse un'area operativa in via autonoma, mentre aveva tutta l'apparenza di essere, semplicemente, un'area accessoria a quella ove la ricorrente svolgeva la sua attività di vendita; quindi detta area non era tassabile in quanto accessoria e pertinenziale ad altra area.

Sempre in materia di TARSU, la CTR Puglia con decisione n. 175372019 va oltre, ritenendo che l'area assoggettata a parcheggio (anche gratuito) ovvero quella destinata ad area di manovra dei mezzi adibiti a trasporto sono di certo aree operative essendo indispensabili e strumentali all'attività commerciale della contribuente; non sarebbe infatti concepibile una struttura commerciale di certe dimensioni senza aree di parcheggio o di manovra.

Quindi può ritenersi, in via di presunzione che le aree frequentate da persone (tali essendo ovviamente i parcheggi) sono in genere da considerare produttive di rifiuti, e quindi assoggettate a tassazione, in considerazione del naturale flusso giornaliero di autovetture nei parcheggi medesimi (in tal senso anche Cass18054/2016).

E da ultima, Cass. 23058/2019 è stata ancora più tranciante, riguardo all'applicazione della tassa (TARSU e TARI) ai parcheggi, in quanto i locali e le aree frequentate da persone sono sempre produttivi di rifiuti.

Eppure tale indirizzo, per lo più riferito alla TARSU, e quindi forse non estensibile tout court alla TARI, non convince del tutto, almeno sul piano sostanziale, specialmente ove l'area sia particolarmente estesa e poco sfruttata. Del resto, la giurisprudenza più risalente aveva riconosciuto la tassabilità, con riguardo ai soli parcheggi a pagamento, in quanto destinati ad una attività comunque in qualche maniera autonoma da quella principale.

Ho reperito, per converso, alcune considerazioni (l'utilizzo delle stesse valga quale riconoscimento al per me ignoto autore) che riguardano i campeggi (situazione assimilabile a quella che ci riguarda, almeno per quanto riguarda le aree "terrestri") e che portano al massimo dettaglio la distinzione tra aree operative ed aree non operative.

A detta dell'autore le aree strettamente occupate dai campeggi debbano essere computate per intero; ma, per converso, non dovrebbero essere computate le aree destinate a viabilità interna e le aree a verde ornamentale, che non siano destinate a piazzole; per quanto riguarda nello specifico le piazzole, si ritiene che le stesse dovrebbero essere tassate non in riferimento alla loro intera superficie, bensì prevedendo che anche una parte della loro estensione possa avere un uso analogo alle aree pertinenziali esterne di una abitazione e possa quindi essere esentata dalla tassa, per cui si potrebbe considerare tassabile la superficie media occupata dalla struttura mobile che la piazzola è idonea ad ospitare. Ovviamente, tutte le superfici coperte degli immobili interni alla struttura del campeggio, devono invece essere considerate interamente tassabili, al pari di qualsiasi altro immobile adibito alla medesima destinazione d'uso.

Certo, anche portare "al limite" la distinzione tra aree operative e quelle che non lo sono non è facile! Certo che tale distinzione, se correttamente applicata, potrebbe però portare a risultati più equi nel calcolo della tassa.

5) Alcune considerazioni sulla decisione specifica

Ad un primo approccio, la decisione che si annota, almeno in termini concreti, appare quanto meno singolare, in quanto equipara una area liquida ad una area solida.

In realtà la sentenza di che trattasi è sicuramente ben ponderata ed in linea con la recente giurisprudenza di Cassazione.

Eppure, ad avviso dello scrivente, non convince pienamente.

Innanzitutto, va considerato che le aree non operative in teoria andrebbero escluse del tributo.

Ovviamente, l'applicazione della tassa rifiuti sulle aree scoperte è da sempre oggetto di contenzioso, centrato sul carattere operativo delle stesse, ossia sulla loro capacità di produrre rifiuti.

Ora, la soluzione scelta dalla Commissione (mediante richiamo al precedente della Suprema Corte) è sicuramente funzionale per un porto turistico, dotato di una serie di strutture e servizi dedicati all'approdo di barche da diporto, anche di rilevanti dimensioni (servizi antincendio, di vigilanza sulle imbarcazioni in sosta ed in movimento, di assistenza all'or-

mezzogiorno e disormeggio dei natanti, di illuminazione del porto nonché la cura e manutenzione dei segnali marittimi di entrata e dei fanali interni al porto, di assistenza ed ascolto radio, ecc.), se le strutture portuali (banchine, illuminazioni, servizi in genere sopradescritti) hanno una valenza prevalente rispetto allo specchio d'acqua, per cui è preponderante un aspetto di vita comunitaria, di cui le acque stesse siano parte integrante.

Ma ignoriamo quale fosse il rapporto tra superficie solida e superficie liquida nel Giudizio della Cassazione, e quale il rapporto tra superficie solida edificata e quella scoperta.

Ma se questo deve essere il sistema in base al quale assumere e giustificare la decisione che ci riguarda da vicino, andrebbe verificato in concreto se la presenza di un approdo comporti effettivamente questa vita comunitaria, e se il rapporto tra le superfici sia assimilabile a quello di un porto turistico.

Vero che il discorso, ricondotto a questi termini, potrebbe anche essere teoricamente risolto attraverso un adeguato sistema di tariffe (la tariffa andrebbe, in questo caso parametrata esattamente alla tipologia concreta di luogo ed all'effettivo utilizzo).

E – per inciso – ove manchi una preventiva contestazione sulla tariffa, il contribuente resterebbe privo di tutela; ovvero, se questione di tariffa si tratti, sarebbe imprescindibile un procedimento teso all'impugnativa della stessa per incongruità, o quanto meno una sua disapplicazione (come ben rileva al riguardo il ns. Giudicante). Anche se sotto tale profilo forse sarebbe stato complesso, nel caso di specie, chiedere la disapplicazione di una tariffa per carenza della voce adeguata e corrispondente; e tale richiesta avrebbe pure potuto minare la linearità della difesa stessa.

Ma è pur vero che una eccessiva frammentazione tariffaria è nella sostanza impraticabile e che, probabilmente il criterio di andare a cercare quale sia lo spazio concretamente suscettibile di effettiva produzione di rifiuti (non marginale) è la soluzione più equa.

E nel caso di specie, viste le superfici in gioco, e la limitata area coperta, viene da pensare che ci troviamo di fronte ad una struttura destinata più che altro al rimessaggio delle barche e, al limite, vista anche l'area scoperta terrestre considerevole, alla loro manutenzione; ma sembrerebbe da escludere l'esistenza di una vera e propria "vita sociale".

Pur non conoscendo nello specifico il luogo oggetto di causa, sorge inevitabile il confronto, per differenza, con i porti turistici, caratterizzati da ampie strutture, anche coperte, al servizio dei diportisti e spesso con pontili saturi di imbarcazioni; nel caso di specie viene invece da pensare che la "superficie liquida" sia sovrabbondante rispetto alle esigenze di approdo di piccole imbarcazioni, che non vi sia una vera e propria struttura portuale dedicata alle imbarcazioni da diporto e che anche la superficie solida sia sovrabbondante rispetto alle esigenze.

Per intenderci, e tornando al caso dei parcheggi dei supermercati, sicuramente sono soggetti alla tassazione gli spazi commerciali ma presumibilmente anche quelli esterni di carattere accessorio, destinati al carico e scarico merci, e quindi suscettibili di produrre spazzatura in proprio, e comunque accessori, per vincolo diretto, alle attività commerciali, consentendone lo svolgimento e l'ampliamento con vita ed operatività propria.

Andrebbero invece esclusi parcheggi dei dipendenti e strade di collegamento, caratterizzati da vincolo di pertinenzialità e dalla mancanza di una propria autonomia operativa.

E gli spazi a parcheggio della clientela, nonostante la giurisprudenza contraria, sembrano costituire anch'essi un'area veramente residuale ed accessoria, assimilabile agli spazi condominiali, che non hanno una diretta o indiretta capacità di produzione di rifiuti, se non del tutto marginale, e che si limitano a favorire e consentire lo svolgimento dell'attività principale, senza consentire una propria attività economica (salvo il caso dei parcheggi a pagamento).

E come abbiamo sopra visto, la Suprema Corte, per andarne a giustificare la tassazione di dette aree, al di là degli aspetti presuntivi e probatori, ha comunque dovuto consentire, in linea teorica, la possibilità di escludere la tassazione, ove vi sia prova di una mancata produzione di spazzatura in virtù dell'utilizzo dell'area.

È vero che qualsiasi presenza umana, teoricamente, consente la produzione di rifiuti, ma ritengo che la tassazione, per non essere iniqua, debba rispondere a criteri non astratti, ma di razionalità concreta, legata all'effettivo servizio fornito.

A questo punto, viene da pensare che un fabbricato di 60 metri quadri con annessa ampia area terrestre, ed ancor più ampia area marina, comporti un utilizzo ridotto delle aree terrestri, come rimessaggio

di barche; per le aree terrestri, quindi, andrebbe effettivamente operata una differenziazione tra aree destinate ad un utilizzo accessorio proprio dell'attività principale, ed a meri spazi di manovra o comunque disponibili quali mere pertinenze.

E per le aree marine, se una ben precisa logica è riconoscibile nella decisione della suprema corte su richiamata, quando ci troviamo di fronte ad un porto turistico con ampia vita sociale, sembrerebbe da inquadrare diversamente la disponibilità di ampi spazi marini, a fronte di una verosimilmente limitata attività terrestre (e di conseguenza, marina).

E la stessa dimensione delle barche presenti nel porto (piccole imbarcazioni) porta ad escludere la vita sociale.

Del resto la ricorrente, nel giudizio che ci riguarda, aveva pure evidenziato che la ridotta presenza di contenitori per la spazzatura presupponeva una limitata produzione della stessa, non confrontabile con la tassazione richiesta.

E viene pure da chiedersi se, nel caso di tariffa applicata "per analogia", competa effettivamente alla parte e non al Comune dimostrare la congruità della tassazione, rispetto ai costi del servizio.

E sempre rimane un dubbio di fondo: se il presupposto dell'imposta è la capacità di produrre rifiuti, per la presenza di una attività umana, non è la superficie liquida, in sé, che consente la produzione di rifiuti (almeno nel caso che ci riguarda), ma è il mezzo solido (barca) che consente l'attività umana, con tutte le sue conseguenze (almeno nel caso in cui la superficie acquea non costituisca un elemento atto a favorire il concreto ampliamento dell'attività umana).

Ossia, similmente ad un condominio, l'area (in questo caso marina) non costituisce altro che una sorta di "base di appoggio" atta a consentire la posa di manufatti idonei alla vita sociale; solo che non sono le aree in sé a produrre rifiuti ma i manufatti calpestabili.

Quindi, una soluzione più equa potrebbe essere quella di tener conto della superficie media occupabile dai natanti, in relazione ad approdi e banchine disponibili.

E considerare la superficie liquida assimilabile a quella solida, al di là della profondità dei ragionamenti della Suprema Corte, connessi al caso singolo che ha esaminato, appare soluzione forse iniqua da un punto di vista pratico – che è poi quello che deve orientare il diritto – ove esaminiamo il nostro caso concreto.

Del resto appare inevitabile chiedersi se il criterio adottato dal comune comporti, o meno, una rispondenza tra servizio fornito e tassazione pretesa. Il rischio di una soluzione "estrema" è quello di scindere totalmente il servizio dai suoi costi. Se effettivamente, la tassazione delle sole aree coperte poteva essere troppo limitata, una crescita esponenziale della tassazione appare iniqua, con tutte le conseguenze che ne dovrebbero derivare in tema di validità dell'accertamento.

6) Una differente soluzione?

Nella sentenza di che trattasi, viene escluso che possa essere la Capitaneria di Porto, che pure ha dato in concessione le aree all'associazione navale, ad escludere il potere impositivo del Comune, e ciò in quanto la Capitaneria di Porto non è una autorità portuale, che assorba le competenze del Comune sull'area.

Eppure alcune Capitanerie (forse anche quella di che trattasi, visti i riferimenti in sentenza alle imbarcazioni fino a dodici passeggeri) regolano la tassazione dei rifiuti, per le imbarcazioni che approdano al porto di competenza.

L'Ufficio Circondariale Marittimo di Giulianova, con ordinanza n. 76/2019, ha fissato le tariffe applicabili ai motopescherecci ed alle imbarcazioni da diporto omologate per un massimo di dodici passeggeri, che approdano o sostano in via permanente nel porto di Giulianova, "determinate tenuto conto della ridotta quantità di rifiuti prodotti dalle predette unità.

Ed ancora (art. 3) viene precisato, che "le tariffe ... sono da ritenersi individuate sulla base di un quadro esigenziale stimato" e che, al fine di garantire l'equilibrio di gestione tra le tariffe individuate ed i costi sostenuti dal Comune di Giulianova per l'attuazione ed il mantenimento dell'operatività del piano medesimo, le tariffe andranno aggiornate su base annua e su proposta dell'Amministrazione comunale medesima.

Appare evidente, almeno a livello di intenti, la volontà di creare una collaborazione tra la Capitaneria di Porto ed il Comune, diretta a garantire la giusta remuneratività del servizio fornito dal Comune.

E l'esito, almeno per il primo anno di applicazione, è quello di applicare una tariffa annuale (e, per chi utilizza il porto solo saltua-

riamente, una tariffa giornaliera), legata a tipologia di imbarcazione e lunghezza della stessa.

E, per intenderci, per il settore da diporto si oscilla, per la tariffa annuale, da un importo di 20 euro per le unità di lunghezza fino ad 8 metri a 50 euro per le unità di lunghezza oltre i 16 metri.

Ovviamente, questa soluzione, se applicata a fattispecie come quella in esame, andrebbe coordinata con la disciplina generale delle aree portuali, ma appare evidente di come sia possibile una tassazione di dettaglio legata alle dimensioni delle imbarcazioni, che risponda a criteri di equità sostanziale.

Va infatti tenuto conto che vi sono delle differenze sostanziali tra area portuale ed area gestita in concessione da una associazione privata, che ne trae eventualmente dei profitti e comunque gestisce a pieno le aree di competenza, fornendo un servizio ai soci ed eventualmente a terzi, ma sembra, pur con le debite differenze, che potrebbe essere possibile ed auspicabile, almeno in prospettiva futura, applicare una soluzione simile a quella delle aree portuali.

Giuseppe Malcangi

Giurisprudenza penale

Corte d'Appello di L'Aquila – Sent. 3.10.2019 – Pres. est. Grimaldi – Imp. T. + 1

Captazione di conversazioni tra presenti effettuata da privato di concerto con la P.G. – Natura – Utilizzabilità

L'audioregistrazione operata da uno degli interlocutori, su mandato e con la collaborazione della Polizia Giudiziaria, con strumentazione che non consenta l'ascolto simultaneo della conversazione da parte di terzi ma solo la registrazione, costituisce prova atipica, e non prova documentale né surrettizia forma di intercettazione telefonica, ed è dunque pienamente utilizzabile. (1)

(omissis)

Ritiene invero il Collegio che non possa accogliersi l'eccezione di inutilizzabilità della registrazione in questione (e della conseguente trascrizione) formulata dagli appellanti.

In proposito deve rammentarsi preliminarmente quanto dichiarato da D.S. all'udienza del 16 novembre 2012 (cfr. pagg. 19 e 20 della fonotrascrizione):

D.S.: “durante queste mie denunce presso I Carabinieri, loro mi consigliarono di ..., siccome non c'era la documentazione ... di questo debito ... , disse “conviene fare una registrazione, in modo che si identifica tutta la situazione”. Così ... fui microfonato dai Carabinieri stessi ... i Carabinieri me l'hanno messo il microfono. Ce l'avevo qua ... io non l'ho aperto per verificare che tipo”.

PUBBLICO MINISTERO: “quindi non era di proprietà sua” (il registratore - ndr).

D.S.: “no”.

Orbene, é noto che riguardo all'utilizzabilità della captazione di conversazioni tra presenti effettuata dal privato di concerto con la polizia giudiziaria, ed eventualmente eseguita con impianti dalla stessa forniti, sussista un non sopito dibattito giurisprudenziale.

Un primo orientamento (Cassazione penale, sez. II, sentenza n. 50986/2016, Rv. 268730; sez. V, sentenza n. 4287/2016, Rv. 265624; sez. I, sentenza n. 6339/2013, Rv. 254814; sez. VI, sentenza n. 16986/2009, Rv. 243256), prendendo le mosse da Cassazione Sezioni Unite Penali, sentenza n. 36747/2003, Rv. 225466 («la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, dal soggetto partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce - sempre che non si tratti della riproduzione di atti processuali - prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 Cod. Proc. Pen.») ed osservando che quando la captazione della conversazione è effettuata da una delle persone che vi prendono parte, o che comunque sono ammesse ad assistervi, difettano i due elementi fondamentali dell'intercettazione in senso proprio: la compromissione del diritto alla segretezza della comunicazione, il cui contenuto viene legittimamente appreso soltanto da chi palesemente vi partecipa o assiste e la "terzietà" del captante, perviene ad affermare che, anche quando sia effettuata su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria e/o sia eseguita con mezzi messi a disposizione dagli organi inquirenti, la registrazione di una conversazione telefonica effettuata da uno dei partecipi al colloquio costituisce una «forma di memorizzazione fonica di un fatto storico (rispetto alla quale la trascrizione rappresenta «una mera trasposizione del contenuto del supporto magnetico contenente la registrazione»)), perciò utilizzabile in dibattimento quale prova documentale.

Sull'opposto versante vi è l'orientamento per il quale la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori della conversazione, d'intesa con la polizia giudiziaria non costituisce un "documento"; rappresentando piuttosto la "documentazione di un'attività di indagine" (così, tra le altre, Cassazione penale, sez. II, sentenza n. 42939/2012, Rv. 253819; sez. VI, n. 23742/2010, Rv. 247384) che, in quanto comprime il diritto alla segretezza (art. 15 Cost.) nell'ambito e in funzione di un procedimento penale, in tanto può essere utilizzata come prova, in quanto sia stata autorizzata con un provvedimento dell'autorità giudiziaria o, almeno con un decreto motivato in forma scritta del Pubblico Ministero (così Cassazione penale, sez. II, sentenza n. 19158/2015, Rv. 263526; sez. II, sentenza n. 7035/2014, Rv. 258551, per la quale, pur non essendo necessario osservare le forme previste

dagli artt. 266 e ss. Cod. Proc. Pen., è richiesto comunque un provvedimento motivato di autorizzazione del Pubblico Ministero).

Ritiene il collegio che nessuna di tali interpretazioni possa trovare automatica e semplicistica applicazione per risolvere il quesito sollevato dalle difese.

Non può farsi a meno di osservare che la sentenza delle Sezioni Unite fondante il primo orientamento (la citata sentenza n. 36747/2003) abbia affermato il carattere di prova documentale delle registrazioni realizzate da uno dei soggetti partecipanti o ammessi a presenziare alla conversazione (sul presupposto per il quale, in simile ipotesi, difetterebbe uno dei requisiti tipici dell'intercettazione, ossia l'estraneità al colloquio del captante occulto) senza confrontarsi compiutamente con il problema della compatibilità della qualificazione come prova documentale della registrazione fonografica effettuata su impulso della polizia giudiziaria con il concetto di "documento" accolto dal vigente codice di procedura penale e con la distinzione tra "documento" e "atto del procedimento", oggetto di documentazione.

Tale problematica è stata, viceversa, scandagliata dalla successiva Cassazione Sezioni Unite penali, sentenza n. 26795/2006, Rv. 234267 (peraltro relativa ad una fattispecie in cui si trattava di videoregistrazioni) e, ritiene questa Corte che la soluzione al problema sollevato dalle difese, debba essere trovata in conformità agli insegnamenti Impartiti con tale pronuncia. Sulla scorta della relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale e considerando, per tale via, che il legislatore delegato, al fine di attuare i principi del processo accusatorio, ha delineato una rigida separazione tra la fase delle indagini e quella del dibattimento, prevedendo una restrittiva disciplina in tema di recupero, nella seconda sede, attraverso l'acquisizione della loro documentazione, dei contenuti degli atti formati nella prima, con la sentenza da ultimo citata si è invero chiarito che l'attribuzione della qualifica di "documento" in senso proprio e stretto (e la conseguente applicazione ad esso delle disposizioni codicistiche che riguardano i "documenti") ad un quid che si intenda acquisire al patrimonio risultante dall'istruttoria dibattimentale postuli il riscontro di un immancabile requisito: il fatto che quel quid si sia formato fuori e comunque non in vista né tantomeno in funzione del procedimento nel quale si chiede o si dispone che faccia ingresso.

Sulla base di tali premesse, le Sezioni Unite del 2006 hanno quindi escluso che le videoregistrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini possano essere introdotte nel processo come “documenti”, dovendosi tali atti qualificare piuttosto come “documentazione dell’attività investigativa” e concludendo che le stesse possano essere utilizzate nel processo solo se “riconducibili a un’altra categoria probatoria”, nel senso che:

a) ove eseguite in luoghi non fruanti di protezione costituzionale (luoghi pubblici, ovvero aperti o esposti al pubblico) dette riprese visive potranno essere utilizzate in giudizio come «prova atipica», ai sensi dell’art. 189 Cod. Proc. Pen.;

b) ove realizzate in luoghi riconducibili al concetto di «domicilio» di cui all’art. 14 Cost., le stesse debbono considerarsi inibite in assoluto, in assenza di una normativa che le consenta, disciplinandone i casi e i modi (restando perciò vietata la loro acquisizione e utilizzazione nel processo, in quanto prova illecita);

c) quando infine effettuate in luoghi non riconducibili al concetto di domicilio, ma meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 2 Cost., per la riservatezza delle attività che vi si compiono, tali riprese potranno essere eseguite dalla polizia giudiziaria, ma solo con un «livello minimo di garanzie», rappresentato da un provvedimento autorizzativo motivato dell’autorità giudiziaria.

L’insegnamento sopra ricapitolato deve essere applicato - per identità di ratio - anche all’ipotesi dell’audioregistrazione operata da uno degli interlocutori, su mandato (e con la collaborazione) della Polizia Giudiziaria.

Orbene, nella specie, risulta in primo luogo dagli atti che i Carabinieri provvidero il D.S. di un semplice registratore e non anche di un apparato in grado di trasmettere quanto captava ad una stazione remota consentendo alla Polizia Giudiziaria di ascoltare “in diretta” la conversazione.

Deve perciò escludersi che la fattispecie in questione possa qualificarsi alla stregua di una surrettizia forma di intercettazione di conversazione tra presenti, che certamente dovrebbe dichiararsi illecita in mancanza del rispetto dei presupposti (sostanziali e formali) contemplati dalle disposizioni del codice di rito di cui agli artt. 266 e ss.

Risulta inoltre che la registrazione di cui si tratta, ebbe ad oggetto una conversazione intercorsa tra il D.S. ed il T. all’interno di un bar (cfr. la trascrizione in atti) e, dunque, in luogo aperto al pubblico.

Ed allora, deve ritenersi, in coerenza con i principi enunciati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza del 2006, che ricorra l'ipotesi declinata al punto a) dell'elencazione appena sopra effettuata e che, di conseguenza, la registrazione e la relativa trascrizione, per quanto non qualificabili alla stregua di documento, debbano riguardarsi come prova atipica, perfettamente utilizzabili ai fini della decisione.

NOTA (1)

La sentenza della Corte d'Appello applica il principio che le Sezioni Unite (n. 26795/2006, Prisco) hanno affermato in relazione al caso di videoregistrazione di comportamenti non comunicativi tra presenti, eseguita su impulso della polizia giudiziaria e in assenza di provvedimento motivato di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, in luogo pubblico ovvero aperto o esposto al pubblico, al diverso caso dell'audioregistrazione di conversazioni tra presenti eseguita su impulso della polizia giudiziaria, in assenza di provvedimento motivato di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria.

Il tema della utilizzabilità di un documento fonografico formato per iniziativa di un operatore della polizia giudiziaria che occultamente registra il contenuto di una conversazione alla quale partecipa era stato posto all'attenzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte (SS.UU. 28/05/2003, dep. 24/09/2003, n.36747) che aveva affermato il principio secondo cui "non è utilizzabile come prova la registrazione fonografica effettuata clandestinamente da personale della polizia giudiziaria e rappresentativa di colloqui intercorsi tra lo stesso ed i suoi confidenti o persone informate dei fatti o indagati, perché urta contro i divieti di cui agli art. 63/2°, 191, 195/4°, e 203 c.p.p."

Con riferimento alla fattispecie, del tutto affine, della fonoregistrazione di conversazioni alle quali non partecipò l'operatore della polizia giudiziaria il quale abbia però fornito gli strumenti captativi all'interlocutore si è formato "il condivisibile indirizzo giurisprudenziale che si è venuto consolidando di recente" secondo cui "non sono utilizzabili, in assenza di un provvedimento motivato di autorizzazione del giudice o del P.M., le registrazioni fonografiche di conversazioni occultamente effettuate da uno degli interlocutori d'intesa

con la polizia giudiziaria e attraverso strumenti di captazione dalla stessa forniti (tra le altre, vedi Cass. Sez. 6, Sentenza n. 23742 del 07/04/2010, Angelini). ... con la conseguente inutilizzabilità della registrazione in oggetto". (Cassazione penale sez. II, 10/10/2012, dep. 07/11/2012, n.42939).

Tribunale di Pescara – Ord. 13.12.2019 – G.U.P. Sarandrea – Imp. P. + 6

Frode in processo penale e depistaggio (art. 375 c.p.) – Bene giuridico tutelato – Natura monoffensiva – Costituzione come parte civile del danneggiato dal reato (esclusione)

Il delitto di cui all'art. 375 c.p. (frode in processo penale e depistaggio) ha natura monoffensiva, in quanto il bene giuridico da esso tutelato è solo quello della retta amministrazione della giustizia, che è un interesse diffuso il quale, in quanto appartenente alla generalità dei consociati, non è in grado di consentire l'attribuzione di un diritto autonomamente e direttamente azionabile in capo a soggetti che si ritengono danneggiati dal reato.

Premesso che nell'ambito del procedimento penale sopra emarginato, all'udienza del 17.10.19 sono stati depositati gli atti di costituzione di parte civile nell'interesse di (*omissis*) ed all'odierna udienza sono state depositate altre costituzioni di parte civile nell'interesse del Ministero della Giustizia, dell'Associazione C.A. e di (*omissis*);

sentiti il PM ed i difensori degli imputati in ordine alle costituzioni sopra dette;

preso atto che i difensori degli imputati hanno chiesto l'esclusione delle parti civili costituite;

premessi che ad avviso del giudice il reato oggi ascritto agli odierani imputati al capo a) della rubrica [art. 375 c.p., n.d.r.], sia in ragione della sua collocazione sistematica e sia in ragione della descrizione analitica della fattispecie, appare senz'altro diretto ad tutelare la retta amministrazione della giustizia, di tal che non se ne può dedurre natura plurioffensiva;

tale assunto pare peraltro confermato dalla giurisprudenza di legittimità che, nel valutare le condizioni di una falsa perizia ha escluso la natura di parte offesa del privato quand'anche tale delitto fosse stato aggravato dall'ipotesi oggi trasfusa, per effetto della L. 11.7.16 n. 133 nell'art. 375 c.p., ritenendo che la "*ratio*" della condotta costituente in allora circostanza aggravante ed oggi figura autonoma di reato, sia da individuare nell'interesse della retta amministrazione della giustizia (cfr. Cass. sez. VI, 16/04/2015, n. 17375);

ritenuto che la riconosciuta natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 479 c.p., tutela oltre che l'interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, anche la posizione del soggetto privato sulla cui sfera giuridica l'atto sia destinato direttamente ad incidere;

considerato che nel caso di specie, dalla sola lettura dell'imputazione emerge che alcuna incidenza sui privati abbiano assunto le condotte ascritte all'imputata D.C. alla quale viene contestato il compimento di false attestazioni nelle relazioni a sua firma indirizzate ai Prefetto e trasmesse alla Squadra Mobile di Pescara, relativamente alle indagini susseguenti al processo relativo al crollo dell'Hotel R. ed alla vigenza nella zona di un Piano Provinciale di Protezione Civile;

considerato dunque che le condotte oggi contestate agli imputati vedono come sola parte offesa il Ministero della Giustizia, organo direttamente leso da tali condotte, di tal che alcun rilievo può fondarsi sul relativo atto di costituzione, che risulta completo in ogni sua parte, non condividendosi l'assunto della difesa circa il difetto di *legittimatio ad processum* per carenza della procura speciale indicativa della volontà di costituirsi in giudizio, ricavando l'avvocatura dello Stato lo ius postulandi direttamente dalla legge (tra le altre Cass., Sez. 5^a, 27 marzo 1999, n. 11441;

rilevato che con riguardo ai restanti atti di costituzione, riferiti dunque a persone asseritamente danneggiate, l'impegno argomentativo necessario a giustificare l'esercizio dell'azione civile nel processo penale dipende dalla natura delle imputazioni e dal rapporto tra i fatti lamentati e la pretesa azionata, occorrendo che il danneggiato sia titolare di una situazione soggettiva lesa dall'azione o dall'omissione del soggetto attivo del reato ed essendo altresì necessario che la lesione subita dal soggetto danneggiato sia eziologicamente riconducibile al fatto-reato oggetto dell'imputazione, ossia che ne sia conseguenza;

considerato che seppure i più recenti approdi giurisprudenziali non confinano il cd. danno risarcibile in ambito processuale penale ai soli danni che siano conseguenza diretta ed immediata del fatto criminoso, estendendo il risarcimento anche a quei danni che si pongono in rapporto di causalità con l'azione, vanno comunque esclusi dal novero dei danni risarcibili quelli che risultano solo occasionalmente legati al fatto-reato i quali, pur derivando da una catena causale in-

dotta dal reato, siano conseguenza di ulteriori eventi rispetto all'atto illecito;

rilevato che con riguardo all'atto di costituzione di parte civile presentato da M., dove questi ha lamentato che dalla condotta degli imputati ne sia derivato un danno patrimoniale da incapacità lavorativa, da sofferenza soggettiva per le privazioni personali, da perdita del rapporto parentale (morte della coniuge) e da perdita di chances, gli elementi causativi di danno appaiono certamente ricollegabili ai fatti relativi al procedimento n. (*omissis*) di tal ché alcuna incidenza si rinviene con i fatti contestati agli imputati nel presente processo;

considerato che del pari non ricorrono le condizioni per la legittimazione della parte civile presentata per il Comune di F. posto che le ragioni della richiesta risarcitoria si fondano sulle conseguenze derivanti dalla valanga che ha colpito l'Hotel R., non ravvisandosi diversamente dalle condotte di presunto sviamento delle indagini la causa di ulteriori ed. autonomi nocimenti per l'Ente, indicati dall'istante come connessi al pericolo "che informazioni essenziali al suo ristoro [danno derivante dal crollo dell'Hotel] siano ritardate o addirittura perse per sempre" non potendosi riconoscere alcun reale e concreto pregiudizio derivante dalle condotte ascritte agli odierni imputati;

ritenuto che con riguardo agli atti di costituzione di parte civile presentati nell'interesse dei parenti delle vittime del crollo dell'Hotel R. (*omissis*), le stesse, sia pure nelle diverse declinazioni con cui sono state rappresentate, fondano l'assunto costitutivo sul cd. "danno all'aspettativa di giustizia che subisce il soggetto privato", di tal ché tale fonte di pretesa risarcitoria costituisce un cd. interesse diffuso che, in quanto appartenente alla generalità dei consociati, non è in grado di consentire l'attribuzione di un diritto autonomamente e direttamente azionabile in capo alle costituite parti civili;

ritenuto che le pretese risarcitorie del C. e della associazione C. si fondano sui rispettivi statuti degli enti che legittimano la loro posizione a tutela di consumatori ed utenti, categorie queste non individuabili sulla base dei comportamenti ascritti agli odierni imputati, non potendosi riconoscere in ordine all'aspettativa del corretto agire della pubblica amministrazione quali destinatari di tale pretesa, la categoria dei consumatori o degli utenti, incedendo l'operato amministrativo sull'intera categoria dei consociati, non limitata né confinabile in quella tutelata dagli enti costi-

tuiti, né potendosi ritenere che le condotte ascritte agli odierni imputati abbiano potuto avere neppure in via mediata la benché minima incidenza sulle specifiche categorie oggetto di tutela del C. e di C.;

ritenuto che le costituzioni di parte civile presentate nell'interesse di L. e C. fondano le ragioni di danno alla tipologia dell'imputazione loro mossa nel proc. n. (*omissis*), assumendo che ove le investigazioni avessero seguito il loro corso naturale vi sarebbe stata una diversa formulazione delle imputazioni, visto che l'isolamento dell'Hotel R. era già noto alle autorità preposte al soccorso nell'emergenza attribuendosi altresì rilievo alla sottrazione dell'informazione sull'oggetto del depistaggio che avrebbe sottratto al procedimento n. (*omissis*) un importante elemento di prova ritenuto rilevante per la difesa;

considerato che gli elementi dedotti dagli istanti non consentono di rilevare una concreta ragione di danno dall'operato degli odierni imputati risultando oggetto di mera allegazione la circostanza che la presunta azione di depistaggio avrebbe assunto un ruolo determinante sull'attuale struttura delle imputazioni, né potendosi assumere che l'occultamento o la distruzione del documento mancante avrebbe comportato una riduzione del compendio probatorio a vantaggio degli imputati nel cd. processo principale, trattandosi in ogni caso di lamentate voci di danno di natura mediata in quanto afferenti la celebrazione del processo nei termini di cui all'imputazione che costituiscono il frutto di scelte giudiziarie di certo non condizionate dall'azione degli imputati nel processo relativo al cd. depistaggio, in ordine alla quale non può di certo rappresentarsi una condizione causativa di un autonomo danno per gli istanti né dunque un diritto al relativo risarcimento dagli stessi azionabile, non rinvenendosi in tal senso alcuna ingiustizia dello stesso, circostanza peraltro confermata dal PM nel corso dell'udienza del 29.11.19 dove ha evidenziato che la formulazione dell'imputazione del processo relativo al crollo all'Hotel R. risale ad epoca successiva il disvelamento delle condotte ascritte agli odierni imputati che dunque erano già note all'Ufficio di Procura

P.Q.M.

in parziale accoglimento della richiesta del PM e dei difensori degli imputati, dichiara l'esclusione di tutti gli atti di costituzione di p.c. presentati nell'ambito del presente processo ad eccezione di quello presentato nell'interesse del Ministero della Giustizia.

Tribunale di Chieti – Ord. 8.1.2020 – G.U.P. Di Berardino – Imp. S. + 11

Intercettazioni telefoniche – Separazione del procedimento – Utilizzabilità

In tema di intercettazioni telefoniche, il limite all'utilizzabilità di cui all'art. 270 c.p.p. (utilizzo in altri procedimenti) presuppone l'esistenza di più procedimenti tra loro distinti ab origine, e dunque non opera ove il P.M. decida di disporre la separazione dei procedimenti dopo che le operazioni captative siano state già autorizzate ed effettuate. (1)

Il giudice;

sentite le eccezioni difensive circa la inutilizzabilità delle intercettazioni nei confronti di N. e C. in quanto disposte quando costoro non erano ancora indagati, nonché quelle dei difensori degli altri imputati, i quali hanno fatto leva sulla diversità dell'originario titolo di reato ipotizzato a carico di S. allorquando, tra aprile e giugno 2014, furono registrate le conversazioni asseritamente incriminanti;

sentita, altresì, la richiesta, avanzata da tutte le difese, di trascrizione delle intercettazioni, in merito a cui il P.M. ha dedotto la recente entrata in vigore del decreto legge n. 161 del 30 dicembre 2019 – pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31 dicembre 2019 –, che prevedrebbe, in effetti, la trascrizione in questa fase;

rilevato che l'intera attività interpretativa su cui tra l'altro si fondano le accuse di cui all'imputazione risulta essere stata eseguita in forza di decreti progressivamente estesi a soggetti e reati ulteriori rispetto all'originario unico indagato del delitto ex art. 609 bis c.p., nell'odierno procedimento n. (omissis), ossia S., le cui conversazioni anche con i predetti deducenti sono il frutto di castrazioni previamente autorizzate sulla base di gravi indiziante del reato di cui all'art. 318 c.p. (v. decreto del (omissis), dunque antecedente alle conversazioni menzionate dalle difese) – ovvero di quello in contestazione nell'attuale sede (successivamente depurata dagli addebiti di cui all'art. 609 bis c.p., sicché si è trattato di separazione per sottrazione da un unico procedimento) –, indizi che, com'è noto, non devono implicare la prova della responsabi-

lità a carico di determinati soggetti ovvero l'immediata individuazione degli autori dello stesso, ciò costituisce anzi lo scopo per il quale viene disposto il mezzo di ricerca della prova disciplinato dall'art. 266 c.p.p.;

osservato che "i risultati delle intercettazioni telefoniche legittimamente acquisiti nell'ambito di un originario procedimento penale, che riguardino distinti reati per i quali sussistono le condizioni di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p., sono sempre utilizzabili, ancorché il procedimento iniziale sia successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati" (Cass. Sez. 6, n. 21740 del 1/3/2106, dep. 24/05/2016, Rv. 266921 – 01), principio non disatteso dalla più recente sentenza n. 51 pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte all'udienza del 28/11/2019 (depositata il 2/01/2020), la quale, per vero, smentisce espressamente l'equazione "procedimento/reato";

ritenuto che, nella specie, in considerazione della unicità formale (n. *omissis*) e sostanziale del procedimento nell'ambito del quale sono emersi indizi di reità ricadenti in un'area involgente tutti gli odierni imputati, non trova applicazione l'art. 270 c.p.p., il cui paradigma di riferimento postula, di contro, l'esistenza di più procedimenti tra loro distinti *ab origine* e una sanzione con effetti assoluti e non relativi come paventato dai difensori, giacché si appalesano inconferenti i richiami ai limiti previsti dalla citata disposizione, poiché il successivo atto di separazione dei reati di cui all'art. 609 *bis* c.p. si è verificato all'interno del più ampio ed iniziale procedimento "nel quale le intercettazioni sono state disposte", con riferimento a presupposti e condizioni la cui sussistenza il giudice ha già accertato – per i medesimi reati che ne hanno costituito l'oggetto –, ai fini dell'indispensabile controllo di legittimità sulle limitazioni del diritto alla riservatezza: controllo che non prevede una duplicazione allorquando il p.m., che abbia unitariamente proceduto per più reati ed abbia già richiesto ed ottenuto il provvedimento autorizzativo, decida di procedere separatamente per taluni di essi ai sensi degli artt. 130 e 130-bis disp. att. c.p.p., dal momento che ciò che il legislatore ha inteso sanzionare è la trasmigrazione del dato probatorio da un procedimento all'altro senza che il giudice abbia potuto esercitare alcuna forma di controllo sulla legittimità della sua acquisizione durante l'espletamento delle attività di indagine, la *ratio* della previsione essendo quella di evitare l'utilizzazione circolare dei

risultati delle operazioni di captazione dall'uno all'altro procedimento, i quali abbiano avuto autonoma e distinta origine (v., in motivazione, Sez. 6, n. 6702 del 16/12/2014, dep. 2015, La Valla, cit.), in violazione dei presupposti di ammissibilità di cui agli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.; se nonch , una volta verificatane la sussistenza per le varie figure di reato cui esse sono riferite – come per l'appunto avvenuto nel caso di specie –, la circostanza che dall'originario procedimento abbiano origine plurimi procedimenti non esplica alcuna rilevanza;

osservato, quanto alla invocata trascrizione, che le disposizioni del decreto legge 30 dicembre 2019 n. 161, entrato in vigore il 1.1.2020 – secondo cui “il giudice, anche nel corso delle attivit  di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni...” – “si applicano ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020” (v. art. 2 co. 8 d.l. cit.), sicch , tenuto conto delle peculiarit  del caso di specie, caratterizzato prevalentemente da videoriprese nello studio del prof. S. presso l'Ospedale Civile di Chieti e in conformit  al pacifico orientamento di legittimit  in materia, deve ribadirsi che la prova   costituita dalle bobine e dai verbali e il giudice pu  utilizzare il contenuto delle intercettazioni procedendo direttamente al loro ascolto ovvero, specialmente, alla loro visione, indipendentemente dalla trascrizione, che nel caso in disamina costituirebbe la trasposizione del solo contenuto fonico, peraltro in maniera nemmeno integrale, e che quindi, per le ragioni anzidette, sarebbe non utile n  proficua sotto il profilo probatorio, in quanto limitata ad un unico aspetto sensoriale;

P.Q.M.

rigetta le questioni e la richiesta sollevate dalle difese e dispone procedersi oltre.

Tribunale di Pescara – Sent. 10.7.2019 – G.U.P. Sarandrea – Imp. R. + 4

Intercettazioni telefoniche – Utilizzabilità in altri procedimenti – Limiti

Sono affette da inutilizzabilità patologica, ai sensi dell'art. 270 c.p.p., le intercettazioni autorizzate ed eseguite in un procedimento penale relativo a differente notizia criminis e poi acquisite in diverso fascicolo processuale. (2)

Ora, non ignora questo giudice che le intercettazioni appena esaminate siano in realtà affette da inutilizzabilità patologica, posto che vennero autorizzate ed eseguite in un procedimento penale relativo a differente *notitia criminis*, per cui erano in corso indagini da parte della Procura della Repubblica di L'Aquila.

Nel presente giudizio, esse incorrono nel divieto di cui all'art. 270 c.p.p. a tenore del quale “*i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*”, atteso che né il reato di falso ideologico né il reato di abuso d'ufficio contestati sono annoverabili, per cornice edittale o per espresso rinvio normativo, tra le fattispecie che impongono la misura precautelare in rassegna. (2)

NOTA (1) (2)

Le Sezioni Unite della Suprema Corte sono di recente intervenute a dirimere la questione relativa all'esatto significato da attribuire alla nozione di “procedimento diverso”, al fine di perimetrare la portata del divieto di utilizzazione degli esiti dell'attività di intercettazioni telefoniche di cui all'art. 270 c.p.p.

Il contrasto giurisprudenziale si era radicato per la presenza di tre distinti orientamenti: secondo il primo (tendenzialmente sostanzialistico) la nozione di procedimento diverso non coinciderebbe con quella di diverso reato, né la nozione di procedimento diverso potrebbe essere ricollegata a un dato di ordine meramente formale, quale il numero di iscrizione nell'apposito registro della notizia di reato: decisivo, invece, è il riferimento al contenuto della notizia di reato, ossia al fatto-reato in relazione al quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svol-

gono le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Ne consegue che va esclusa la diversità dei procedimenti ove sussista un legame tra la notizia di reato in relazione alla quale è stata autorizzata l'intercettazione e quella emersa dai risultati dell'intercettazione che, se riconosciuto, esclude la diversità dei procedimenti è delineato facendo riferimento ad indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato alla cui definizione il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato.

Il secondo orientamento, invece, valorizza l'inerenza delle risultanze relative a reati diversi da quelli oggetto del provvedimento autorizzativo al medesimo procedimento in cui il mezzo di ricerca della prova è stato disposto sostenendo che, qualora l'intercettazione sia legittimamente autorizzata all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui emerga la conoscenza dall'attività di captazione, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso ab origine, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270 c.p.p., e, cioè, all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza. Il dato dell'unitarietà iniziale del procedimento segna, dunque, nella prospettiva del secondo orientamento, il limite dell'operatività del divieto di utilizzazione ex art. 270 c.p.p., comma 1.

Un terzo orientamento non consente l'utilizzazione probatoria dei risultati dell'intercettazione con riguardo a reati diversi da quelli in relazione ai quali il mezzo di ricerca della prova era stato autorizzato, neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio: "procedimento" è inteso come sinonimo di "reato".

Le sezioni unite, aderendo al primo orientamento, hanno affermato il seguente principio: "Il divieto di cui all'art. 270 c.p.p., di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge".

Tribunale di Sulmona – Sent. 18.6.2019 -Est. Billi – Imp. Q. + 1

Infortunio sul lavoro – Lesioni colpose – Comportamento del lavoratore – Nesso causale (interruzione)

Interrompe il nesso causale tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'infortunio occorso al lavoratore il comportamento, tenuto da quest'ultimo, che sia esorbitante dalle mansioni affidate e che attivi un rischio del tutto eccentrico ed esorbitante rispetto alla sfera di rischio governata dal titolare della posizione di garanzia.

Costituisce comportamento esorbitante dalle mansioni affidate lo svolgimento di attività lavorativa affidata, nella divisione delle mansioni interna all'azienda, ad altro lavoratore.

(omissis)

Si ritiene che il quadro complessivo degli elementi di prova emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale non consenta di affermare la sussistenza della responsabilità penale degli imputati in ordine al reato a loro ascritto in cooperazione colposa. La parte civile ha ricostruito in modo assolutamente credibile e coerente la dinamica dell'infortunio accaduto il 14.6.16. In particolare V. ha spiegato che era adibito all'attività di spazzamento della strada e precedeva il percorso della spazzatrice a bordo della quale si trovava il suo collega D. C.; V. ha spiegato che, nello svolgimento della sua attività lavorativa, decise di sostituire un sacchetto dell'immondizia e, dopo averlo prelevato, lo poggiò in terra. Proprio in quel momento, secondo il ricordo della parte civile, dal sacchetto fuoriuscì un liquido urticante che lo attinse all'occhio procurandogli le lesioni. Tale dinamica appare assolutamente credibile e può essere assunta come punto di partenza per la valutazione in ordine alla sussistenza di profili di responsabilità penale a carico degli imputati. Si osserva, preliminarmente e in maniera assorbente rispetto a tutti gli altri profili, che difetta del tutto il nesso causale tra la condotta colposa oggetto di contestazione e l'evento lesivo patito da V. Il nesso causale, imprescindibile per l'affermazione della responsabilità penale degli imputati, è stato interrotto proprio dal comportamento in concreto tenuto dal lavoratore (come dallo stesso descritto in dibattimento). È da rilevare, sul punto, che V. il 14.6.16 (come

riferito dallo stesso, nonché dal collega D. C. e dal coordinatore D. R.) era adibito esclusivamente all'attività di spazzamento della strada. V., in altri termini, doveva pulire la strada con la scopa anticipando il percorso di un'apposita macchina, la spazzatrice, adibita alla raccolta del materiale residuo rimasto in terra. V., quel giorno, era munito di tutta l'attrezzatura e l'abbigliamento idonei allo svolgimento delle mansioni specifiche alle quali era adibito. Quel giorno V. non era assolutamente adibito, invece, allo svolgimento dell'attività di raccolta e sostituzione dei sacchetti della spazzatura. Tale diversa attività, come spiegato dal responsabile del servizio (D. R.) prevedeva l'impiego di uno specifico macchinario (un porter dotato di vasca di raccolta dei sacchetti con sistema di impedimento di dispersione dei liquami) che, proprio in considerazione della specifica attività da compiere quel giorno, a V. non era stata fornita. È da rilevare, sotto un diverso profilo, che V., indipendentemente dal fatto che decise in totale autonomia di svolgere un servizio di raccolta dei sacchetti di immondizia non richiesto e per il quale non era stato munito di attrezzatura idonea, in ogni caso operò in modo assolutamente irrituale e in violazione delle specifiche prescrizioni di settore. Il teste D. R., in proposito, ha illustrato come deve essere svolta la raccolta dei sacchetti ed ha chiarito che mai il lavoratore deve poggiare il sacchetto in terra, per evitare non solo eventuali schizzi ma anche il contatto di eventuali liquami con il suolo. È per tale ragione che, secondo quanto riferito dal teste D. R., per l'attività di raccolta dei sacchetti è necessario l'uso del porter che V. non aveva (né doveva avere) quel giorno. Si deve, dunque, ritenere che l'attività in concreto posta in essere da V. al momento dell'infortunio, non soltanto era del tutto non prevista (né prevedibile, atteso che lo stesso non aveva a disposizione il macchinario necessario), ma è stata in ogni caso autonomamente eseguita dal lavoratore in modo del tutto irrituale e non rispettoso delle specifiche regole precauzionali imposte. In tal senso, e per entrambi i profili appena accennati, si ritiene che la condotta di V. sia stata del tutto esorbitante ed imprevedibilmente colposa e, pertanto, idonea ad interrompere ed escludere il nesso causale. La condotta in concreto posta in essere dalla parte civile, infatti, non solo ha esorbitato dalle mansioni affidate, ma (con la contravvenzione alle specifiche regole precauzionali imposte) ha attivato un rischio del tutto eccentrico ed esorbitante rispetto alla sfera di rischio governata dal titolare della posizione di garanzia (cfr., sul punto, Cass. 5007/19).

Per mero spirito di completezza si osserva, inoltre, che non è stata raggiunta una prova certa neanche in ordine al nesso causale tra le lesioni in concreto patite dal lavoratore e lo schizzo che lo ha attinto all'occhio. La parte civile, infatti, non è stata in grado di fornire indicazioni precise sul tipo di sostanza che ha attinto il suo occhio (non provvedendo a far repertare il liquido in questione). Il teste C., medico aziendale [della società datrice di lavoro, n.d.r.], ha riferito peraltro che V. era affetto da una neuropatia del nervo ottico di origina diabetica, oltre che da una congiuntivite. Nel corso dell'istruttoria dibattimentale non è stato chiarito se la durata della malattia del lavoratore di cui al capo di imputazione sia stata riconducibile per intero all'infortunio, o invece sia almeno in parte riconducibile alla patologia pregressa di matrice diabetica dalla quale V. era afflitto. Per tali ragioni si ritiene, conformemente alle conclusioni rassegnate dallo stesso P.M. nel corso della discussione, che entrambi gli imputati devono essere assolti dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste.

Tribunale di Chieti – Sent. 31.12.2020 – Est. Mariotti – Imp. P.

Patrimonio degli enti ecclesiastici – Violazioni in materia di alienazione di beni culturali (art. 173 D.Lgs. n. 42/2004) – Elementi costitutivi

I beni di proprietà di una parrocchia che non sia ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, e che non siano stati oggetto di dichiarazione di interesse culturale a seguito di procedimento di verifica (ai sensi dell'art. 12 D.Lgs. n. 42/2004), non sono soggetti a limiti di circolazione ed alienazione, e quindi la loro vendita da parte del parroco non costituisce violazione dell'art. 173 D.Lgs. n. 42/2004.

(omissis)

Il fatto e la condotta dispositiva

-1- Non vi è dubbio, come emerge in modo cristallino dall'istruttoria espletata, che il prevenuto abbia venduto alla ditta (omissis) (dichiarazioni rese il 27.9.2019 da D. S.: "...lui (don P., ndr) si presentò da me nel 2013, mi sembra, con dell'oro da vendere e io acquistai l'oro, feci la ricevuta...e lo pagai...venne due volte...nel 2013 circa 2900 euro...io pagai in contanti...nel 2014 circa 18.000 euro...sapevo tutto (che trattavasi di parte del Tesoro di (omissis), ndr)...mi aveva spiegato che dovevano rifare, mi sembra il tetto...io andai nel 2014 a fare una ricognizione presso la Chiesa...presenti Don P. ...e la perpetua...e l'avvocato T. ...mi fecero vedere un panno dove c'era dell'oro...mi dissero: secondo te quanto può valere? È oro?...l'avvocato poi mi disse che dovevano fare questo lavoro (manutenzione strutturale Chiesa, ndr)... però prima avrebbero dovuto chiedere l'autorizzazione al Vescovo... dopo un paio di mesi venne da me Don P. con dell'oro che io controllai e quantificai e pagai...) un quantitativo di oro corrispondente a circa 1.500,00 grammi (di diversa concentrazione di metallo nobile, dai 750 agli 8 carati, trasfuso in monili, orecchini, anelli, collane, spille) in custodia presso la parrocchia San N., nel cui complesso canonico è compresa la Chiesa di San R.)".

Emerge altresì dall'istruttoria che lavori di riparazione al tetto della Chiesa di San N. vennero, poi, effettivamente realizzati. Si legga-

no le dichiarazioni dei testi P., il quale afferma che, nella Chiesa di San N. "...mi sono accorto che sopra l'abside pioveva... c'era il tetto diciamo crollato...abbiamo presentato i progetti alla Sovrintendenza, al Comune, al Genio civile...sono state ottenute le autorizzazioni...a settembre...ottobre...inizio ottobre 2014 abbiamo fatto i lavori...dopo qualche settimana mi richiama il parroco perché era crollata un'altra parte del tetto sulla scala che dà accesso ai locali dove fanno catechismo i ragazzi...nel contempo avevo notato ... che sull'arco trionfale ...c'era una lesione preoccupante...il parroco si è sentito con il Vescovo...per alcuni mesi le funzioni religiose sono state spostate alla Chiesa di San R. ...quindi in San N. si sono fatti questi lavori ...verso l'inizio del maggio 2015 la chiesa (San N., ndr) è tornata ad essere usufruibile...), dei testi F., D. V. e Ce. (titolari ditte ed imprese che realizzarono gli interventi edili descritti dall'Ing. P.) alcuni in gratuità altri verso corrispettivo regolarmente saldato dall'imputato, i quali hanno confermato gli interventi edili compiuti.

L'imputazione

-2- Al di là dell'avvenuto fatto dispositivo di parte del Tesoro di San R., come detto, e della serie di condotte antecedenti e consequenziali che hanno caratterizzato la vicenda, si giunge ora all'analisi del quadro normativo in cui risulta "incastonata" la contestazione.

L'accusa, a constatata rilevanza delle ragioni esposte dalle parti civili, ritenuti come raccolta di beni culturali gli oggetti alienati, ha preso le mosse, pur non indicandolo nella contestazione, dall'art. 10 del D. lgs n.42/2004 che recita, nelle parti qui di interesse: "(comma 1) ... sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (periodo aggiunto dall'art. 2 del D.lgs. n. 62 del 26 marzo 2008, pubblicato nella G.U. n. 84 del 9-4-2008), che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

(comma 2): *omissis*.

(comma 3). Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli

indicati al comma 1; *omissis* ...d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose; e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse [artistico o storico]".

L'art. 12, stesso decreto (verifica dell'interesse culturale) dispone inoltre che "(comma 1) ... Le cose immobili e mobili indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, sono sottoposte alle disposizioni del presente Titolo fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2. (comma 2) ... I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione".

Per completezza espositiva va richiamato, quindi, anche l'art. 13 decr. cit.: Dichiarazione dell'interesse culturale: "1. La dichiarazione accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'articolo 10, comma 3. 2. La dichiarazione non è richiesta per i beni di cui all'articolo 10, comma 2. ...*omissis*...".

Dall'esame dell'esposto prodotto dal PM il 25.10.2018 e dagli atti di costituzione delle parti civili si trae, infine, che "titolare" degli oggetti deve ritenersi il complesso parrocchiale (Chiesa di San R. ove è collocata la statua del santo e Chiesa di San N. scelta per la custodia degli oggetti) rappresentati fisicamente da Don P., responsabile del complesso parrocchiale, come detto.

A questo punto si evidenzia il difetto individuato dalla difesa nella tesi accusatoria, peraltro fatto proprio dal PM nelle proprie conclusioni, e che questo giudicante condivide: la Chiesa di San R., proprietaria dei beni in parola, non risulta essere ente ecclesiastico civilmente rico-

nosciuto (si confronti nota Prefettura di Chieti, prot. n. (*omissis*) del 28.6.2018, depositata dalla difesa il 27.9.2019), pertanto i beni in proprietà o custodia conservati dalla persona fisica reggente e responsabile dell'agglomerato canonico (il parroco designato) non possono essere considerati *ex se* beni di interesse storico/culturale/artistico o etnoantropologico, se non previa procedura di verifica dell'interesse culturale come disposto dalla normativa testè richiamata.

Se la Chiesa di San R. si fosse a suo tempo avvalsa della facoltà ricognitiva prevista dalle legge statale (l'accordo 18.2.1984 – modificativo del Concordato Lateranense e successivo protocollo del 15 novembre 1984 – ha previsto (art. 7, secondo comma) che gli enti costituiti o approvati dall'autorità ecclesiastica secondo le norme del diritto canonico possono essere riconosciuti nella Repubblica italiana, agli effetti civili, come persone giuridiche, ed in attuazione di tale accordo è stata emanata la legge 22/05/85, n. 222, con la quale è stato stabilito (all'art. 5) che gli enti ecclesiastici, una volta ottenuto il decreto di riconoscimento da parte della competente autorità italiana, devono iscriversi nel Pubblico Registro delle persone giuridiche attualmente tenuto dalle Prefetture-Uffici Territoriali del Governo), avrebbe dovuto attenersi alle prescrizioni autorizzative di cui al Codice dei Beni culturali.

-3- Né medio tempore è intervenuta la procedura di verifica dell'interesse culturale del "tesoro", non potendo a tanto sopperire l'apprezzabile ed appassionato sforzo compiuto dalle parti civili e dal Comitato Recupero Oro, teso alla dimostrazione del valore culturale, storico, artistico dei beni; valore etnoantropologico e religioso indubbiamente riconosciuto dalla comunità locale e confortato da studi specifici del settore (cfr testimonianza dr.ssa G. e documenti prodotti dal PM il 22.2.2018) ma non incardinato nella procedura di legge che, se esperita, avrebbe sottoposto la circolazione e l'alienazione di detti beni alla necessaria autorizzazione ministeriale di cui all'imputazione. E ciò anche in mancanza del requisito in capo alla parrocchia di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto.

Non può che derivare, dalla ricostruzione testè completata, declaratoria di assoluzione dell'imputato, in quanto la condotta, non potendo essere collocata nella fattispecie contestata, non costituisce crimine.

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo – L'Aquila (Sezione Prima) – Sentenza del 12.02.2020
n. 45 - Pres. Umberto Realfonzo - Est. Maria Colagrande

Concessioni demaniali marittime - Richiesta di subingresso – Rapporto tra l'art. 46 del Codice Navigazione e l'art. 18 del Piano Demaniale Comunale – Conflitto tra fonti di diverso rango - Divieto preventivo ed assoluto di cessione dell'attività

1. L'art. 46 del codice della navigazione, nel subordinare il subingresso all'autorizzazione del concedente, attribuisce allo stesso un potere ampiamente discrezionale che nulla esclude possa essere esercitato anche a priori per particolari tipologie di concessioni, in seno ad atti amministrativi generali, nel senso di precludere ex ante la possibilità di subingresso nella concessione, così ristabilendo senza eccezioni la regola del divieto di cessione del rapporto concessorio.

2. A tale conclusione è pervenuta anche la Corte costituzionale (con la sentenza n. 157/2017) dichiarando non fondata la questione di legittimità di una norma regionale – impugnata per violazione (anche) dell'art. 46 del codice della navigazione – che subordina il rilascio della concessione demaniale con finalità turistico-ricreative all'impegno, assunto dal concessionario, di 'non affidare a terzi le attività oggetto della concessione'.

3. La Corte, in particolare, ha stabilito che la disciplina del subingresso, in quanto afferente alla gestione del rapporto concessorio, può essere posta anche nell'esercizio delle funzioni amministrative regolatorie delle regioni e, per esse, dei comuni.

4. Non ricorre, pertanto, un conflitto fra fonti di diverso rango – tra l'art. 46 cod. nav., e l'art. 18 del piano demaniale comunale – da risolvere secondo il principio gerarchico, ma l'esercizio di un potere amministrativo, che il Comune ha esercitato nell'ambito della sua competenza, nel decidere ex ante se consentire o no il subingresso nella concessione in casi particolari come quello in decisione.

(*omissis*)

Il ricorrente ha presentato, in data 9.1.2014, istanza di subingresso della figlia D.B.A. nella concessione demaniale marittima n° 43 del 23/5/2008 *rilasciata* in suo favore dal Comune di T. per l'istallazione e gestione di giochi stagionali sulla spiaggia libera.

Detta istanza è stata respinta con provvedimento prot. n. 006525 del 6 marzo 2014 che il ricorrente ha impugnato con due motivi di ricorso.

Con il primo motivo – *violazione dell'articolo 18 del Piano Demaniale Comunale, approvato con delibera di Giunta Municipale di Tortoreto del 16/5/2007 — eccesso di potere per difetto di motivazione* – il provvedimento viene censurato perché motiva il diniego di subingresso richiamando il divieto di cessione delle attività oggetto di concessione demaniale previsto dall'art. 218 del piano demaniale comunale sebbene l'art. 46 del codice della navigazione preveda il subingresso nella concessione demaniale previa autorizzazione che l'ente concedente può rilasciare previa verifica in capo subentrante dei requisiti richiesti per l'esercizio della concessione.

Ulteriori critiche introdotte con il secondo motivo evidenziano vizi di *violazione di legge ex art 21 octies l. n. 241/1990, per contrasto tra l'art. 18 del piano demaniale comunale e gli artt. 46 e 47 cod. nav.*

L'art. 18 del piano demaniale, nel porre il divieto di cessione della concessione, si limiterebbe a confermare il tenore dell'art. 46 cod. nav. che impone il previo rilascio dell'autorizzazione, mentre, se interpretato come divieto assoluto di subentro, si porrebbe in contrasto con la norma primaria e sarebbe lesivo dell'affidamento del ricorrente sulla possibilità di trasmettere alla figlia la gestione dell'attività mediante subingresso nella concessione.

Il Comune eccepisce l'inammissibilità del ricorso:

– per difetto di legittimazione del ricorrente che non risulterebbe titolare ed esercente di alcuna impresa sul suolo demaniale oggetto di concessione e neppure sua figlia risulterebbe iscritta alla camera di commercio;

– per carenza d'interesse perché il ricorrente non avrebbe mai integrato la richiesta proroga della concessione *ex art. 34 duodecies* del d.l. n. 179/2012;

– per carenza d'interesse non avendo impugnato l'art. 18 del piano demaniale sulla base del quale l'istanza di subingresso è stata respinta.

Con atti di motivi aggiunti il ricorrente ha impugnato la revoca della concessione disposta dal Comune lamentando *eccesso di potere per manifesta illogicità, palese irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria, sviamento – violazione artt. 2 e 3 L. n° 241/1990*, perché:

– non avrebbe potuto essere assunto in pendenza del ricorso principale sul diniego di subingresso;

– si fonderebbe principalmente sulla mancata integrazione dell'istanza di parte per la definizione della proroga art. 34-*duodecies* del d.l. 18/10/2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla l. n. 22117 dicembre 2012;

– non terrebbe conto dell'impossibilità per il concessionario di pagare il canone concessorio e stipulare la polizza fideiussoria richiesta *ex lege*, a causa del mancato rinnovo della concessione.

Si è costituita A.D.B. per proseguire il giudizio intrapreso dal padre, deceduto in corso di causa, del quale è erede legittima.

All'udienza pubblica del 15 gennaio 2020 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1.§. Il ricorso principale è infondato.

1.1. Muovendo dall'esame del primo motivo rileva innanzitutto l'art. 18 del piano demaniale comunale che prevede un'ipotesi speciale di concessione del demanio marittimo per la localizzazione e l'esercizio di giochi stagionali e ne traccia la disciplina fin dei dettagli, ponendo un divieto preventivo e assoluto di cessione dell'attività.

Il contrasto della disposizione con l'art. 46 del codice della navigazione imporrebbe, secondo il ricorrente, l'annullamento del provvedimento, perché meramente ricognitivo del divieto assoluto di cessione posto dall'art. 18 del piano demaniale.

In tal caso, come è ampiamente ammesso dalla giurisprudenza, la norma secondaria in contrasto con quella primaria, anche se non impugnata, dovrebbe essere disapplicata dal giudice, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, con la conseguenza, nel caso in decisione, che dovrebbe annullarsi il diniego impugnato per non avere l'Amministrazione comunale verificato la possibilità di autorizzare il subingresso.

È necessaria preliminarmente una breve premessa sul regime normativo applicabile alle concessioni demaniali marittime.

Nell'ambito delle concessioni demaniali marittime, l'art. 01 del d.l. n. 400/1993, integrando il codice della navigazione, ha disposto che la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, anche per l'esercizio di attività di gestione di stabilimenti balneari, di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio, noleggio di imbarcazioni e natanti e gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive.

L'art. 105, commi 1 e 2, lettera l, del d.lgs. n. 112 del 31.3.1998 ha devoluto alla competenza delle Regioni – e, per esse, degli enti locali – le funzioni amministrative in materia di concessioni del demanio marittimo.

Per quanto di rilievo ai fini della decisione, la Regione Abruzzo, con le leggi n. 141/1997 e n. 42/2006, ha demandato ai Comuni l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di concessioni del demanio marittimo per finalità turistico – ricreative, mediante adozione del piano demaniale comunale attuativo degli indirizzi del piano demaniale marittimo approvato dal Consiglio regionale, sulla base del quale rilasciare le concessioni.

È in questo contesto che si inserisce la disciplina del subingresso nella concessione demaniale marittima prevista dall'art. 46 del codice della navigazione e si pone il quesito sotteso al gravame che verte sul se sia consentito, in via amministrativa, escludere, da parte del Comune, la stessa possibilità di sostituzione del concessionario.

Occorre in proposito considerare che l'art. 46 del codice della navigazione, nel subordinare il subingresso all'autorizzazione del concedente, attribuisce allo stesso un potere ampiamente discrezionale che nulla esclude possa essere esercitato anche a priori per particolari tipologie di concessioni, in seno ad atti amministrativi generali, nel senso di precludere *ex ante* la possibilità di subingresso nella concessione, così ristabilendo senza eccezioni la regola del divieto di cessione del rapporto concessorio.

In tal senso si è già espressa la giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto legittima l'esclusione del subingresso in via generale mediante atti amministrativi quali le direttive approvate dalla Giunta regionale (TAR Sardegna n. 193/2009).

A tale conclusione è pervenuta di recente anche la Corte costituzionale con sentenza n. 157/2017 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità di una norma regionale – impugnata per violazione

(anche) dell'art. 46 del codice della navigazione – che subordina il rilascio della concessione demaniale con finalità turistico-ricreative all'impegno, assunto dal concessionario, di “*non affidare a terzi le attività oggetto della concessione*”.

La Corte ha infatti ritenuto che *la norma censurata si inserisce a pieno titolo nell'ambito delle già descritte competenze amministrative e di indirizzo ascritte alle Regioni in materia di demanio marittimo. All'amministrazione competente spetta infatti il potere di assentire l'affidamento a terzi, sia dell'attività principale sia di quelle secondarie ed accessorie. Con la disposizione censurata la Regione ha esercitato, in via generale, le prerogative di sua pertinenza, restringendo a monte le possibilità di gestione indiretta delle iniziative economiche di rilievo principale legate all'area demaniale concessa in uso.*

In sintesi la Corte ha stabilito che la disciplina del subingresso, in quanto afferente alla gestione del rapporto concessorio, può essere posta anche nell'esercizio delle funzioni amministrative regolatorie delle regioni e, per esse, dei comuni.

Non ricorre pertanto un conflitto fra fonti di diverso rango – l'art. 46 cod. nav, e l'art. 18 del piano demaniale comunale – da risolvere secondo il principio gerarchico, ma l'esercizio di un potere amministrativo, che il Comune ha esercitato nell'ambito della sua competenza, nel decidere *ex ante* se consentire o no il subingresso nella concessione in casi particolari come quello in decisione.

1.2. Non si ravvisa infine alcuna lesione dell'affidamento del ricorrente nella possibilità di ottenere il subentro in favore della figlia.

L'affidamento tutelabile presuppone la lesione di una posizione di vantaggio che il ricorrente abbia già conseguito in seguito all'adozione di un atto amministrativo, non certo la pretesa di soddisfazione di un interesse pretensivo.

2.§. Anche il ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto.

La revoca della concessione si giustifica per tre ragioni, ciascuna in sé idonea a giustificarne l'adozione.

Fra queste il ricorrente si limita a contestare le prime due ritenendole inidonee a fondare la revoca: l'omessa integrazione della documentazione necessaria per disporre la proroga del rapporto concessorio ai sensi dell'art. 34 *duodecies* del d.l. n. 179 del 18.10.2012 e il mancato rinnovo della polizza fideiussoria e pagamento del canone concessorio.

Nulla viene dedotto sul terzo motivo posto a sostegno della revoca, il quale fa riferimento alla mancanza, in capo al ricorrente, dei requisiti di *carattere imprenditoriale ... ritenuti indispensabili per la tutela del pubblico interesse* in quanto la ditta individuale concessionaria non risulta iscritta alla Camera di commercio.

L'indispensabilità ascritta dal Comune a detti requisiti dimostra l'autonomia del capo di motivazione che dispone la revoca perché ne è stata accertata la mancanza.

Ne consegue che, ove pure le altre censure fossero accolte, il Collegio non potrebbe annullare il provvedimento perché definitivamente sostenuto da un capo di motivazione non impugnato.

3.§. La non agevole ricostruzione del sistema delle competenze e delle fonti normative e amministrative in materia di concessioni demaniali marittime giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

4.§. Quanto infine all'istanza di contestuale liquidazione dei compensi professionali per la difesa in giudizio con oneri a carico dello Stato, occorre considerare, da un lato, che il beneficio è stato concesso a persona diversa da quella nei confronti della quale la sentenza è destinata a far stato, in quanto al ricorrente è succeduta la figlia A.D.B. e, dall'altro, che l'art. 127, comma 4, del d.P.R. n. 115 del 2002 prevede che l'effettiva permanenza delle condizioni stabilite dall'art. 76 per l'ammissione al patrocinio è in ogni tempo, anche successivo all'ammissione, verificata su richiesta dell'autorità giudiziaria.

Trattandosi di un beneficio intrasmissibile, in quanto è concesso sulla base di condizioni personali e reddituali del richiedente, il Collegio non può che revocare l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato disposta in favore di At.D.B., salva la presentazione, ove ne ricorrano le condizioni, di analoga istanza da parte dell'erede cui si trasmette per successione il debito per l'attività professionale prestata del difensore.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

– respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti;

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – L'Aquila (Sezione Prima) – Sentenza del 14.02.2020
n. 67 - Pres. Umberto Realfonzo – Est. Mario Gabriele Perpetuini

**Demanio marittimo – Ordinanza di demolizione di opere abusive –
Legittimazione processuale – Attività vincolata della pubblica am-
ministrazione – Avviso di avvio del procedimento**

1. Nel giudizio promosso avverso l'ordinanza di demolizione di opere abusive su suoli demaniali, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio sono carenti di legittimazione processuale passiva.

2. L'art. 35 del d.P.R. 380/01 non lascia all'Ente locale alcuno spazio per valutazioni discrezionali; pertanto, una volta accertata la realizzazione di interventi eseguiti in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire sui suoli demaniali, va ordinata la loro demolizione a cura del Comune e a spese del responsabile dell'abuso.

3. La disciplina de quo richiede soltanto una previa diffida (senza un termine preciso) al responsabile per il ripristino, che può essere surrogata dall'avviso di avvio del procedimento (considerato che l'art. 35 del testo unico dell'edilizia non rappresenta norma posta a presidio del diritto di difesa del privato ma è volta a prescrivere al dirigente incaricato di non procrastinare – accordando ulteriori diffide – l'attuazione delle misure necessarie a ripristinare la legalità).

4. L'ordine di demolizione di opere edilizie abusive non necessita di una particolare motivazione, atteso che il presupposto per la sua adozione è costituito dalla constatata esecuzione delle opere in totale difformità dal permesso di costruire o in assenza dello stesso, sicché tale provvedimento è atto dovuto ed è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività delle opere.

5. Per le stesse considerazioni, l'ordine di demolizione non necessita di un bilanciamento di interessi, in quanto attività tipica del potere discrezionale ma che non trova spazio nell'ambito dell'esercizio di poteri totalmente vincolati.

(Omissis)

Con il ricorso in epigrafe la società ricorrente impugna l'ordinanza del Comune di G. n. 34 del 13 febbraio 2018 avente ad oggetto "Ordi-

nanza di ripristino dello stato *ante operam* nell'area demaniale sita sul Lungomare Z., identificata in catasto al foglio n. 3 particella 1425, in concessione a M. S.r.l.” e la nota del Comune di G. prot. n. 11726 del 21 marzo 2018 con la quale è stata rigettata l'istanza di proroga del termine di demolizione dei manufatti abusivi.

Il ricorso è affidato ad un unico, articolato motivo di ricorso con il quale si contesta la “*Violazione art. 35 D.P.R. 6 giugno 2001, n.380; Eccesso di potere per difetto di istruttoria; irragionevolezza; ingiustizia manifesta*”.

Il comune intimato non si è costituito.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio costituendosi in giudizio, hanno eccepito l'assoluta carenza di legittimazione processuale, chiedendo l'estromissione dal giudizio.

Con ordinanza n.108/2018, il TAR accoglieva la proposta di istanza cautelare, sospendendo il suddetto ordine di demolizione, ritenendo sussistente il danno grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2019 il ricorso è stato trattato in decisione.

DIRITTO

1.§. In primo luogo il Collegio ritiene di respingere la richiesta di cancellazione dal ruolo del ricorso in epigrafe motivata sulla necessità di attendere il pronunciamento del Comune resistente in ordine alla domanda formulata, dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 1, del comma 246, legge n. 145/2018.

Si osserva, infatti, che per il principio del *tempus regit actum* la legittimità dei provvedimenti deve essere valutata in relazione al momento in cui vengono adottati essendo ininfluenti le vicende verificatesi in data successiva all'adozione stessa.

2.§. Ritiene il Collegio di poter prendere in esame l'eccezione di carenza di legittimazione processuale delle Amministrazioni resistenti.

2.§.1. Il ministero dell'Economia e delle Finanze asserisce l'assoluta carenza di legittimazione processuale passiva in quanto, a seguito della riorganizzazione dell'amministrazione finanziaria, con decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, l'Agenzia del Demanio, al pari di tutte le Agenzie fiscali, è stato configurato come Soggetto distinto ed autonomo dotato di una propria organizzazione e di un proprio bilancio.

Con successivo decreto legislativo n. 173/2003 l'Agenzia del Demanio è stata poi soppressa e trasformata in Ente Pubblico Economico (EPE) con propri obiettivi da raggiungere e con proprie modalità organizzative, oltre che con strumenti operativi di tipo privatistico.

L'eccezione è fondata, in quanto il M.E.F è del tutto estraneo all'impugnato provvedimento di demolizione; inoltre non vengono impugnati atti di detta Autorità, né comunque vengono proposte domande nei suoi confronti.

La stessa conclusione vale per l'Agenzia del Demanio – Direzione Regionale, data la non impugnazione di alcun provvedimento di detto Ente.

3.§. Procedendo ora alla disamina del merito, va affrontato l'unico motivo di ricorso, con cui si deduce la violazione dell'art.35 co.1, D.P.R. 6 giugno 2001, n.380, eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Il ricorso è infondato.

L'art. 35 co.1 recita testualmente che *“qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo”*. Muovendo dalla citata disposizione, sostiene la ricorrente che l'ordine di ripristino dello stato dei luoghi avrebbe dovuto essere preceduto da una *“diffida non rinnovabile”*, nei confronti del responsabile dell'abuso, atto che, nella fattispecie, è mancato.

La censura è infondata.

L'art. 35 del d.P.R. 380/01, che dispone la demolizione delle costruzioni abusive eseguite su suoli demaniali, è una norma notoriamente di particolare rigore, in quanto l'abuso, se commesso ai danni del suolo pubblico, è ancor più grave che se commesso su suolo privato in assenza di titolo.

Pertanto, come ribadito da questa Sezione la disposizione in questione non lascia all'Ente locale alcuno spazio per valutazioni discrezionali, una volta accertata la realizzazione di interventi eseguiti in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire sui suoli demaniali, che

impone di ordinarne la demolizione a cura del Comune e a spese del responsabile dell'abuso. La disciplina de quo non richiede un termine preciso per la diffida al ripristino bensì soltanto una previa diffida al responsabile per il ripristino.

Ricostruita in questi termini, si può affermare che la diffida possa essere surrogato dall'avviso di avvio del procedimento (in specie prot. N. 34761 del 19 settembre 2016), considerato che l'art. 35 del testo unico dell'edilizia non rappresenta norma posta a presidio del diritto di difesa del privato ma, quando precisa che in presenza "di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici" l'Amministrazione comunale ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi "previa diffida non rinnovabile", non intende con quest'ultima locuzione assoggettare il potere di vigilanza ad una sorta di decadenza o sanatoria, bensì semplicemente prescrivere al dirigente incaricato di non procrastinare (accordando ulteriori diffide) l'attuazione delle misure necessarie a ripristinare la legalità (Cons. Stato sez. VI, 23/07/2019, n.5208).

In relazione alle altre censure contenute nello stesso motivo di ricorso, e segnatamente sulla rilevanza della concessione n. 278/2003, la tesi della ricorrente non può essere accolta considerato che le seguenti strutture:

- tettoia in legno adiacente la cucina verso sud;
- tettoia in legno adiacente la cucina verso nord;
- tettoia adibita a sala ristoro;
- sistema ombreggiante lato es costituito da una struttura in alluminio e telo retrattile in tessuto plastificato;
- sistema ombreggiante lato ovest costituito da una struttura di pilastri e travi in legno con sovrastante cannucciata e telo in rete ombreggiante;
- sistema ombreggiante lato es del bar costituito da una struttura di pilastri e travi in legno con sovrastante cannucciata e telo rete ombreggiante;
- piattaforma scoperta costituita da una pavimentazione in lastre di cemento posate a secco sull'arenile; risultano eseguite in assenza del permesso di costruire ex art.35 T.U. Edilizia, in assenza di autorizzazione paesaggistica ed in assenza di autorizzazione e deposito del progetto

strutturale presso il competente ufficio del Genio Civile. Non è quindi consentito il rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica in quanto l'intervento realizzato abusivamente ha determinato un aumento del volume legittimamente realizzato.

Infine, per quanto riguarda l'ingiustizia manifesta e la carenza di motivazione dell'impugnato provvedimento di demolizione e del diniego di proroga, parte ricorrente censura l'omesso bilanciamento da parte del Comune tra interesse pubblico alla rimozione dell'abuso e quello privato all'esercizio dell'attività di intrapresa nelle more del procedimento di approvazione del progetto edilizio.

Va, in proposito, rilevato che l'ordine di demolizione di opere edilizie abusive non necessita di una particolare motivazione, atteso che il presupposto per la sua adozione è costituito dalla constatata esecuzione delle opere in totale difformità dal permesso di costruire o in assenza dello stesso, sicché tale provvedimento è atto dovuto ed è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività delle opere.

Per le stesse considerazioni, essendo un atto vincolato, non necessita di un bilanciamento di interessi, attività tipica del potere discrezionale ma che non trova spazio nell'ambito dell'esercizio di poteri totalmente vincolati.

4.§. Per i motivi suesposti il ricorso deve essere respinto.

Spese liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

1. estromette dal giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio;
2. respinge il ricorso.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) – Sentenza del 15.01.2020 n. 22 – Pres. Renata Emma Ianigro – Est. Paolo Amovilli

Processo amministrativo – Ordine dell'esame delle domande giudiziali – Radicale illegittimità del provvedimento – Ammissibilità impugnativa – Interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica – Interesse effettivo e concreto – Art. 80 D.Lgs. 50/2016 – Grave illecito professionale – Omessa dichiarazione

1. Il Giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato(i), per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali d'illegittimità (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5).

2. Ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa, l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione dell'intera gara o di un suo solo segmento non è di per sé sufficiente, dovendo altresì sussistere, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, al fine di evitare la soddisfazione di aspettative meramente ipotetiche o del tutto eventuali; il ricorrente, cioè, deve dimostrare di avere un interesse effettivo e concreto provando che, in caso di legittima celebrazione della gara, egli sarebbe riuscito (o quanto meno avrebbe avuto una ragionevole probabilità in tal senso) a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale.

3. Ai fini della valutazione dell'interesse al ricorso con cui un'impresa denunci la violazione dell'art. 51 Codice dei contratti pubblici, l'eventuale lesività di siffatta disciplina di gara è ravvisabile solo in capo alle imprese appartenenti alla categoria normativa delle imprese lato sensu di minori dimensioni (PMI), cioè considerando le tre sotto-categorie di cui all'art. 3, lett. aa) D.Lvo. n. 50/2016 in maniera tendenzialmente unitaria.

4. Il verbale di gara ha natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell'art. 2699 c.c. e del seguente art. 2700 c.c., i quali dispongono che l'atto pubblico, in quanto docu-

mento formato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso.

5. Sotto un profilo strettamente oggettivo le condotte antitrust possono essere positivamente apprezzate in relazione all'art. 80 c. 5, lett c), D.Lgs. 50/2016, in virtù delle indicazioni vincolanti provenienti dal giudice comunitario (Corte di giustizia U.E., ordinanza 4 giugno 2019 (causa C-425/18)) che ha affermato "che la nozione di "errore nell'esercizio della propria attività professionale" comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico', sulla sua integrità o sulla sua affidabilità, per cui essa 'non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico'".

6. L'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016 non menziona il socio unico persona giuridica tra i soggetti obbligati né tantomeno il socio unico persona giuridica del socio unico persona giuridica; perciò una applicazione analogica della disciplina anche a tali soggetti comporterebbe una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (oggi affermato dall'art. 83, comma 8, del vigente Codice contratti pubblici e, comunque, di valenza comunitaria – C.G.U.E. Grande sez. 16 dicembre 2008, causa C-213/07), che ricomprende, oltre la prede-terminazione dei requisiti morali, l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni.

7. Le informazioni dovute alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), comprendono ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura.

8. È, dunque, rimesso alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un 'grave illecito professionale', tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità, anche oltre le ipotesi elencate nell'art. 80 D.Lgs. 50/2016, si da comprendere gli inadempimenti contrattuali 'sub iudice' a prescindere dalla definitività degli accertamenti giudiziari, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio, ferma restando tuttavia la necessità di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante circa l'inaffidabilità.

9. Anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell'omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea ad indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà, sanzionata anche dall'art. 75 d.P.R. 445/2000, a prescindere da ogni valutazione circa la colpa del dichiarante.

10. In caso di dichiarazione carente e non falsa non ricorre una fattispecie di esclusione di tipo automatico, bensì rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che dovrà valutare il disvalore della condotta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; in tal caso, pertanto, dovrà essere garantito il contraddittorio con l'operatore economico interessato, il quale deve essere edotto sugli specifici profili che sono considerati dirimenti dall'Amministrazione stessa ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale.

(omissis)

1.- È materia del contendere la legittimità della gara volta alla conclusione, ai sensi dell'art. 54 del D. Lgs. n. 50/2016, di un accordo quadro, di durata di sette anni, con operatore di servizi per la centrale di sterilizzazione dell'ASL di P., comprensivi di servizio di sterilizzazione e fornitura, noleggio e manutenzione dello strumento chirurgico, con aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m. ovvero a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara è stata aggiudicata a S.I. con complessivi 92,43 punti mentre il RTI capeggiato da S.O. è giunto secondo con 89,19 e St. quarta con 71,60.

Con il ricorso Rg. 228/2018 St. ha impugnato tutti gli atti della gara, lamentando articolate doglianze di tipo eterogeneo comunque esclusivamente dirette all'annullamento dell'intera gara o del solo giudizio di valutazione delle offerte tecniche, così dolendosi della lesione del proprio interesse strumentale alla riedizione della gara.

Con il ricorso Rg. 221/2018 S.O. quale capogruppo del costituendo RTI con M. F. e f.lli A., ha impugnato l'aggiudicazione unitamente agli ulteriori atti del procedimento di gara in epigrafe indicati, deducendo

motivi idonei ove fondati a determinare l'annullamento dell'aggiudicazione, invocando lesione del proprio interesse legittimo al conseguimento del contratto.

La controinteressata S.I. nell'ambito del ricorso Rg. 221/2018 ha altresì proposto ricorso incidentale diretto a contestare la mancata esclusione dalla gara di S.O. e dunque l'inammissibilità per difetto di legittimazione e/o interesse del ricorso principale.

2.— In “*limine litis*” va disposta la riunione ai sensi dell'art. 70 c.p.a. dei due giudizi attesa l'evidente connessione, vertendo entrambi i ricorsi sull'impugnazione degli atti della medesima procedura di gara indetta dall'ASL n. 3 di P.

3.— Ritiene il Collegio quanto all'ordine di trattazione dei due ricorsi di esaminare prioritariamente il ricorso proposto da St. (Rg. 228/2018) in quanto, come visto, diretto ad introdurre censure idonee ove fondate a comportare la caducazione dell'intera gara, la quale non potrebbe all'evidenza più essere aggiudicata né alla controinteressata S.I. né tantomeno a S.O. quale seconda classificata e ricorrente principale nel ricorso rubricato al Rg. n. 221/2018.

Il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato(i), per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali d'illegittimità (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5).

4.— Con il ricorso Rg. 228/2018 St. ha dedotto — come esaminato — vizi idonei ove fondati a determinare l'annullamento della gara o di un suo segmento, segnatamente la mancata suddivisione in lotti funzionali, la mancata pubblicazione delle modifiche apportate al bando, la illegittima composizione della Commissione, il mancato giudizio individuale tipico del previsto confronto a coppie per la valutazione degli elementi di natura qualitativa.

Lamenta dunque la ricorrente la lesione non già dell'interesse finale al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato quanto un interesse esclusivamente strumentale alla caducazione dell'intera gara (o di suoi segmenti) e alla sua riedizione.

5. – Devono essere prioritariamente esaminate le eccezioni in rito di inammissibilità del ricorso sollevate dalla controinteressata e dalla stazione appaltante.

5.1. – In primo luogo occorre stabilire se ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa, nel processo amministrativo sia sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione dell'intera gara o di un suo solo segmento, come argomentato da parte ricorrente, o se invece debbano sussistere in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, come diffusamente argomentato dalla difesa di S.I.

5.2. – Va detto che sul punto sussiste un contrasto giurisprudenziale, dal momento che secondo una prima tesi l'interesse strumentale sarebbe di per sé sufficiente senza necessità di alcuna prova di resistenza (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 2 marzo 2018, n. 1312; id. sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258; id., sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1288);

Seconda altra tesi, invece, ai fini dell'ammissibilità l'interesse strumentale non sarebbe di per sé sufficiente dovendo altresì sussistere, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, dovendosi in ogni caso evitare la soddisfazione di aspettative meramente ipotetiche o del tutto eventuali. Più in particolare, nel caso di impugnazione degli atti di una gara pubblica, il ricorrente deve dimostrare di avere un interesse effettivo e concreto provando in particolare che, in caso di legittima celebrazione della gara, egli sarebbe riuscito (o quanto meno avrebbe avuto una ragionevole probabilità in tal senso) a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale: l'eventuale violazione della procedura censurabile in giudizio deve quindi concretarsi in una lesione effettiva della posizione del ricorrente stesso, per cui, in mancanza di un indice di lesività concreto e specifico, non potrebbe ammettersi un annullamento della procedura al mero fine strumentale di una rinnovazione della gara (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2018, n.2399; cfr. T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12 gennaio 2017, n. 494; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 aprile 2015, n. 1011; Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014 n. 571; id. sez. III, 1 settembre 2014 n. 4449; Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861; T.A.R., Piemonte, sez. I, 25 gennaio 2018).

5.3. – Ritene il Collegio preferibile tale seconda tesi in considerazione anche della particolarità del caso di specie, caratterizzato da

evidente distacco di punteggio tra la ricorrente, quarta classificata con punti 71,60, e la controinteressata, prima con punti 92,43, distacco che in assenza di allegazione di elementi da parte della ricorrente rende inverosimile anche solo la probabilità di un diverso esito della gara di segno favorevole per la ricorrente in ipotesi di riedizione (in questo senso vedi T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207). La ricorrente è risultata infatti tra le quattro imprese ammesse quella ad aver presentato la peggior offerta tecnica e offerta economica per oltre 2 milioni di euro più onerosa dell'aggiudicazione.

Ciò vale per tutti i motivi di gravame, sia dunque per quelli diretti a contestare la legittimità della composizione della commissione che del solo segmento della valutazione delle offerte tecniche mediante confronto a coppie, non dando dimostrazione nemmeno in questo caso la società St. che a fronte di un diverso giudizio valutativo individuale e non collegiale avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione, limitandosi a dolersi di vizi di carattere procedimentale, senza invece ad esempio evidenziare profili di pregio della sua offerta ingiustamente obnubilati dalla Commissione tali da far presumere un diverso esito (ancora T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207).

Del resto la stessa giurisprudenza che non richiede ai fini della protezione dell'interesse strumentale alcun ulteriore elemento, precisa che una prova di resistenza sugli esiti alternativi della gara risulterebbe esigibile nell'ipotesi in cui l'accoglimento dell'impugnativa prefigurasse un annullamento parziale della gara e una rinnovazione della stessa mediante rivalutazione delle offerte già formulate. A fronte di un siffatto svolgimento del giudizio, sarebbe certamente onere della parte ricorrente dimostrare il proprio interesse all'azione, allegando elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole della successiva fase valutativa delle offerte (Consiglio di Stato sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258).

5.4. – Giova infine evidenziare da ultimo come la stessa Consulta, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del c.d. rito super accelerato di cui all'oggi abrogato art. 120 comma 2 bis d.lgs. 104/2010, pare delimitare nella giurisdizione amministrativa la tutela dell'interesse strumentale alle ipotesi in cui “sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carat-

tere dispositivo” (Corte Costituzionale sent. 13 dicembre 2019, n. 271) ponendo gli artt. 24, 103 e 113 Cost. – in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato – al centro della giurisdizione amministrativa l’interesse sostanziale al bene della vita.

5.5. – Alla luce delle suesposte considerazioni, non sussistendo un interesse concreto ed attuale della ricorrente all’accoglimento del gravame, il ricorso Rg. n. 228/2018 va dichiarato inammissibile.

6. – Per mera completezza il ricorso è manifestamente inammissibile, in necessaria sintesi, anche sotto ulteriori concorrenti profili.

6.1. – Quanto al primo motivo – anche a voler prescindere dal pur eccepito profilo di tardività trattandosi di clausola del bando direttamente lesiva (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. III, 16 marzo 2018, n. 3002) – è infatti evidente la carenza di interesse in capo alla ricorrente, che non riveste natura di PMI e che anzi è una grande impresa parte di un gruppo multinazionale che ha potuto singolarmente partecipare alla gara in questione. Secondo indirizzo giurisprudenziale che il Collegio appieno condivide, ai fini della valutazione dell’interesse al ricorso con cui un’impresa denunci la violazione dell’art. 51 Codice dei contratti (nella specie, di nuovo per l’individuazione di macro lotti di valore asseritamente troppo elevato), l’eventuale lesività di siffatta disciplina di gara è ravvisabile solo in capo alle imprese appartenenti alle anzidetta categoria normativa delle imprese *lato sensu* di minori dimensioni (PMI), cioè considerando le tre menzionate sotto-categorie di cui all’art. 3, lett. aa) D.Lvo. n. 50/2016 in maniera tendenzialmente unitaria (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611; id. sez. V, 22 novembre 2019, n. 7978; T.A.R. Toscana sez. I, 11 febbraio 2019, n.224).

6.2. – Parimenti inammissibili per genericità e difetto di interesse sono le doglianze di cui al primo motivo, non avendo le modifiche al bando apportate dalla stazione appaltante minato la possibilità della ricorrente di partecipare utilmente alla gara, non indicandosi infatti alcun profilo di concreta lesività.

6.3. – Infine quanto al VII motivo non può non rilevarsi il concorrente profilo di inammissibilità per mancata proposizione della querela di falso avverso i verbali di gara, i quali hanno comunque attestato l’effettuazione del confronto a coppie mediante giudizio individuale da parte di ciascun commissario e non collegiale, senza che parte ricorren-

te abbia indicato elementi idonei ad evidenziare il maggior pregio della propria offerta tecnica rispetto a quello della controinteressata e degli altri due concorrenti che la precedono in graduatoria.

Il verbale di gara ha infatti – come ampiamente noto – natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell'art. 2699 c.c. e del seguente art. 2700 c.c., i quali dispongono che l'atto pubblico, in quanto documento formato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270).

6.4. – Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della complessità delle questioni trattate.

7. – Deve invece esser dichiarata improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'impugnativa di cui ai motivi aggiunti, risultando la procedura negoziata gravata da prima sospesa poi definitivamente ritirata e sostituita da altra procedura, con compensazione anche in questo caso delle spese.

8. – Venendo all'esame del giudizio promosso da S.O. (Rg. 221/2018) ritiene il Collegio di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata in quanto avente carattere escludente o paralizzante (*ex multis* Consiglio di Stato Ad. Plen., 18 maggio 2018, n. 8) seppur per effetto della recente sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, n. 333 tale regola deve ritenersi in parte attenuata.

8.1. – Può prescindersi dall'eccepita questione di tardività del gravame incidentale sollevata da Servizi Ospedalieri essendo l'impugnativa infondata nel merito.

8.2. – Con unico motivo lamenta S.I. la mancata esclusione della ricorrente principale per omessa dichiarazione in violazione dell'art. 80 c. 5, lett c) d.lgs. 50/2016 di condotte *antitrust* ascrivibili a "grave errore professionale" poste in essere dal socio unico (M.F.M.) e dal socio unico del socio unico (M.) antecedentemente alla presentazione dell'offerta.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha accertato che M.F.M. (con la C.N.S.), la società R.M. e la società K.), in occasione di una gara d'appalto indetta dalla CONSIP s.p.a. per l'affidamento, mediante stipula di convenzioni, dei servizi di pulizia e di altri servizi, avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concor-

renza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis*, irrogando alle predette imprese le sanzioni amministrative pecuniarie, che per M. è stata in origine superiore a 48 milioni di euro; la condotta collusiva è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 928/2017, pubblicata il 28 febbraio 2017, quindi antecedentemente la presentazione dell'offerta nella gara per cui è causa.

8.3. – Sotto un profilo strettamente oggettivo le condotte *antitrust* possono essere positivamente apprezzate in virtù delle indicazioni vincolanti provenienti dal giudice comunitario (Corte di giustizia U.E., ordinanza 4 giugno 2019 (causa C-425/18)) che ha affermato “che la nozione di “errore nell'esercizio della propria attività professionale” comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico”, sulla sua integrità o sulla sua affidabilità, per cui essa “non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico” (punti 29 e 30).

La Corte ha tuttavia delimitato l'ampiezza della nozione dell'“errore grave” stabilendo che esso:

a) “si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico...che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità” (punto 31);

b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato (punto 32);

c) deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di “una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico” e “non può comportare l'esclusione automatica” dello stesso (punto 34).

Tale arresto consente di superare l'orientamento invalso presso la giurisprudenza amministrativa secondo cui nel concetto di grave errore professionale, pur ampio e indeterminato (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119) potevano farsi rientrare le sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici e non a quelle poste in essere in sede di partecipazione alla gara (seppur in riferimento alla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 vedi Consiglio di Stato sez.

V, 28 agosto 2019, n. 5926; id. sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973, id. 15 giugno 2017, n. 2934; id., V, 4 agosto 2016, n. 3542; id. 25 febbraio 2016, n. 771; id. 21 luglio 2015, n. 359).

8.4. – Ciò premesso, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente incidentale, appare secondo il Collegio decisivo come l'art. 80 comma 3 d.lgs. 50/2016 non menzioni il socio unico persona giuridica tra i soggetti obbligati né tantomeno il socio unico persona giuridica del socio unico persona giuridica.

Diversamente opinando ovvero effettuando una applicazione analogica verrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, oggi affermato dall'art. 83 comma 8 del vigente Codice contratti pubblici e comunque di valenza comunitaria (C.G.U.E. Grande sez. 16 dicembre 2008, causa C-213/07) principio che ricomprende naturalmente oltre la predeterminazione dei requisiti morali l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni (*ex multis* T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218) dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche.

Nel caso di specie – sempre poi che il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM possa ricondursi nelle ipotesi di illecito professionale di cui all'art. 80 comma 5 – erano dunque soltanto gli esponenti di S.O., quale operatore economico proponente l'offerta in RTI, che avrebbero dovuto rendersi colpevoli di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità ed affidabilità, per poter giustificare una esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80 c. 5. lett. c.

8.5. – Ad ogni modo, anche a voler seguire la tesi estensiva propugnata dalla ricorrente incidentale ed invero avallata da parte della giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 30 giugno 2017, n.3178), ritiene il Collegio decisiva la circostanza evidenziata dalla ricorrente principale secondo cui l'obbligo informativo relativo alle vicende del socio unico ed a quelle del socio del socio unico è espressamente escluso dall'art. 2.3 pag 17 del disciplinare il quale richiede all'operatore di indicare esclusivamente la ragione sociale e gli elementi identificativi del socio unico persona giuridica, che l'RTI capeggiato da S.O. ha fornito.

8.6. – Per i suesposti motivi il ricorso incidentale è infondato e va respinto.

9. – Deve dunque essere esaminato anche il gravame principale, mantenendo la società S.O. completamente intatta la legittimazione e l'interesse quale impresa seconda classificata a censurare l'aggiudicazione disposta nei confronti di S.I.

10. – Preliminarmente va esaminata l'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, secondo cui in applicazione dell'art. 120 comma 2-bis c.p.a. *pro tempore* vigente, il ricorso, notificato il 3 luglio 2018 avrebbe dovuto proporsi entro il termine di 30 giorni decorrente dalla pubblicazione o comunque dalla comunicazione personale del verbale del 24 maggio 2017 avvenuta il 25 maggio 2017.

10.1 – In punto di fatto va evidenziato che la stazione appaltante ha pubblicato sul proprio profilo committente e comunicato via PEC alla ricorrente principale il 25 maggio 2017 il verbale del 24 maggio 2017 con cui, a scioglimento della riserva apposta al verbale della seduta del 2 maggio, è stata disposta l'ammissione definitiva della gara all'attuale controinteressata, dando atto nei due verbali tanto dell'attestazione ad opera di Servizi Italia del possesso dei requisiti ex art. 80 che di quelli di fatturato specifico e della definitiva ammissione.

10.2. – Dal verbale del 24 maggio in particolare emergeva il possesso del fatturato specifico mentre dal verbale del 2 maggio l'avvenuta verifica circa il possesso dei requisiti morali di cui all'art. 80.

Se si eccettua la parte relativa al possesso del fatturato specifico, i suindicati verbali non contengono la motivazione dell'ammissione circa l'osservanza degli obblighi informativi con particolare riferimento ai motivi di gravame relativi all'omessa dichiarazione del carico pendente in capo ai legali rappresentanti di S.I. nonché all'omessa attivazione del sub procedimento di anomalia.

La circostanza, in particolare, dell'omessa dichiarazione rilevante ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) ed f bis) non poteva essere recuperata dai contenuti dei verbali, risultando indispensabile l'accesso alla documentazione di gara mentre la notizia del rinvio a giudizio dei legali rappresentanti risulta appresa successivamente alla fase di ammissione ovvero dalla rassegna stampa del 27 febbraio 2018.

Ciò d'altronde coerentemente con il fondamentale arresto del giudice comunitario (C.G.U.E. ordinanza 14 febbraio 2018 causa C-54/18) che nel respingere la questione di compatibilità comunitaria del citato

art. 120 comma 2-bis ha però imposto che il provvedimento di ammissione “sia accompagnato da relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell’Unione dagli stessi lamentata”.

Alla luce di tale pronuncia l’applicazione del rito c.d. super-accelerato di cui agli artt. 120, comma 2-bis, c. p. a. e 29, d.lgs. n. 50 cit., postula che i provvedimenti recanti le ammissioni e le esclusioni siano “resi in concreto disponibili, corredati di motivazione” giacché, in assenza di quest’ultima, la sola pubblicazione dell’ammissione non è idonea a far decorrere i termini utili all’impugnazione dell’atto (Corte UE, sez. IV, 14 febbraio 2019 n. C-54/18; Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2019 n. 1923; sez. V, 28 gennaio 2019, n. 699; sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6139).

È pertanto indubbio che l’individuazione del “*dies a quo*” coincida con il momento in cui l’interessato ha avuto cognizione degli atti della procedura ed in particolare quanto al secondo motivo dei documenti amministrativi contenuti nella busta a) di S.I.

10.3 – Sul punto va rilevato come la ricorrente sia stata concretamente messa in condizione di ritirare la documentazione di gara soltanto il 4 settembre 2018, non reputandosi sufficiente la mail del 4 luglio 2018 con cui la stazione appaltante ha invitato S.O. a ritirare tale documentazione, non essendovi prova del concreto rilascio della stessa in data antecedente.

L’eccezione alla luce delle suesposte argomentazioni può dunque dirsi fondata limitatamente al motivo inerente il possesso del fatturato specifico, risultando tale requisito già oggetto di precedente riserva si da renderne pienamente apprezzabile la lesività, ma non in riferimento agli altri profili di ammissione di S.I. contestati con il ricorso introduttivo.

10.4. – Il ricorso va dunque dichiarato ai sensi dell’art. 35 c. 1 lett. a) c.p.a. irricevibile limitatamente al suindicato motivo, essendo per la restante parte tempestivo.

10.5. – Per mera completezza, infine, giova rilevare come il motivo oltre che tardivo si appalesi altresì inammissibile per difetto di interesse, non essendo posto in dubbio il pieno possesso da parte di Servizi Italia dei requisiti di capacità tecnica richiesti.

11. – Venendo al merito il ricorso principale è fondato e va accolto.

11.1. – Preliminarmente vanno disattese le eccezioni sollevate da S.O. in punto di tardività della documentazione depositata dall'ASL resistente (doc. n.4) e da S.I. (doc. n. 12).

A prescindere infatti da ogni altra considerazione va evidenziato che alla luce dei rinvii disposti dall'adito Tribunale senza fissazione di preclusioni per l'esercizio del diritto di difesa, vale il generale disposto di cui all'art. 73 c.p.a. secondo cui "le parti possono produrre documenti fino a 40 (20 nel rito appalti) giorni liberi prima dell'udienza" nel caso di specie rispettato.

11.2. – In particolare reputa il Collegio fondato il motivo della mancata esclusione per omessa dichiarazione di fatti integranti "grave errore professionale" circa il rinvio a giudizio per fatti inerenti ad altra gara d'appalto, dunque sia ai sensi della lettera c) che f-bis) del d.lgs. 50/2016.

In punto di fatto è emerso da alcuni articoli della stampa locale il rinvio a giudizio risalente al 13 aprile 2017 dell'amministratore e legale rappresentante di S.I. per il reato di cui all'art. 319 c.p. (corruzione) a seguito di inchiesta in merito all'appalto G.S. del Policlinico di M., che ha peraltro visto coinvolto anche il Presidente del Consiglio di Amministrazione della predetta società, soggetti comunque entrambi tenuti a rendere in sede di gara le dichiarazioni ex art. 80 d.lgs. 50/2016.

Non essendo tali circostanze state indicate in sede di gara, lamenta la ricorrente principale la violazione del disposto di cui comma 5, lett. c) nonché della lett. f-bis dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 non avendo l'impresa aggiudicataria adempiuto al proprio obbligo informativo, si da mettere in condizione la stazione appaltante di effettuare la valutazione sulla rilevanza ai fini della verifica della sussistenza delle ipotesi di "grave illecito professionale", ed anzi avendo presentato dichiarazioni non veritiere e comunque fuorvianti ai fini della partecipazione alla gara.

Trattasi, secondo il Collegio, di vicenda processuale la quale seppur non giunta al momento dell'indizione della gara nemmeno a condanna non definitiva né caratterizzata dall'adozione di misure cautelari a carico del legale rappresentante, avrebbe ugualmente dovuto essere indicata nelle dichiarazioni rese dal legale rappresentante di S.I. in sede di gara.

11.3. – Come noto, sussiste ampio dibattito giurisprudenziale sulla individuazione del concetto di "grave illecito professionale" di cui al

comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 e s.m. nonché sulla delimitazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo a carico dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti morali.

Secondo una tesi, l'onere dichiarativo relativo a vicende rilevanti ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) sussisterebbe solo laddove la vicenda abbia dato luogo a iscrizione nel casellario ANAC (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 12 luglio 2018, n. 4266; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 8 febbraio 2019, n. 226).

La prevalente giurisprudenza afferma tuttavia che le informazioni dovute alla stazione appaltante comprendono ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; id. sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; id. sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

È dunque rimesso alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un "grave illecito professionale", tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità, anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, si da comprendere gli inadempimenti contrattuali "*sub iudice*" (Consiglio di Stato sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; id. sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; id. sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70) a prescindere dalla definitività degli accertamenti giudiziali, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 16 maggio 2019, n. 1120) ferma restando tuttavia la necessità di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante circa l'inaffidabilità.

11.4. – Tale assunto è stato peraltro di recente confermato anche dal giudice comunitario, affermandosi che "l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi

valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce (Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, 19 giugno 2019, C-41/18 a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal T.A.R. per la Campania, sez. IV, ordinanza 13 dicembre 2017 n. 5893). Secondo la Corte di Giustizia – in estrema sintesi – le cause di esclusione facoltative devono essere valutate secondo il principio di proporzionalità (art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE) ed il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale. Il richiamato art. 80 c. 5, lett c) non è idoneo a preservare l'effetto utile della previsione dell'art. 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva n. 2014/24/UE poiché il potere discrezionale dell'amministrazione è paralizzato dalla proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto d'appalto di cui l'offerente era firmatario “quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione” (punto 38).

Tali episodi, peraltro “*sub iudice*” ma connotati da indubbia gravità, non sono stati portati all'attenzione della stazione appaltante in sede di gara.

Diversamente da quanto sostenuto dalla controinteressata, gli elementi rilevanti ai fini dell'operatività della citata norma possono essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367)

Si è, infatti, chiarito come “aderire alla prospettazione delle parti resistenti, che ritengono irrilevante il provvedimento interdittivo, poiché adottato dall'Autorità giudiziaria penale e non da una stazione appaltante in seno ad una contestazione civilistica, condurrebbe al paradosso di attribuire valenza espulsiva agli illeciti professionali che abbiano determinato sanzioni negoziali, escludendola, invece, per quelli che sfociano in provvedimenti di rilevanza penale (evidentemente ben più gravi), con evidente violazione dei principi di coerenza dell'ordinamento, proporzionalità e ragionevolezza (in tal senso v. Consiglio di Stato n. 4192/2017)” (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 aprile 2018, n. 593).

La mancanza di tipizzazione, da parte dell'ordinamento, delle fattispecie a tale fine rilevanti, non comporta che i concorrenti dispongano

di un filtro valutativo circa gli episodi di “errore grave” da far emergere in gara, e quindi di una loro facoltà di scelta dei fatti da denunciare [...] La gravità dell’evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l’operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l’esclusione dalla gara specifica (cfr. Consiglio di Stato, n. 4051/2017). L’omissione di tale dichiarazione non consente, infatti, all’amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell’impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione, resa in sede di gara, la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all’art. 38 c. 2 bis del d.lgs. 163/06 (Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527; id. n. 4227/2017; id. n. 3652/2017; id. sez. III n. 2167/2017)» (Consiglio di Stato sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Ciò appare al Collegio coerente con il principio assolutamente pacifico, affermato anche in vigenza dell’art. 38 del d.lgs. 163/2006, in merito alla valenza espulsiva della mancata dichiarazione in sede di gara di tutte le condanne penali riportate dal concorrente ivi comprese quelle pacificamente non attinenti alla moralità professionale e dunque irrilevanti ai fini del giudizio di ammissione, non operando la pur sostenuta teoria del falso “innocuo” ed essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità non potendo il concorrente sostituirsi ad essa (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 6 marzo 2019, n.3024; Consiglio di Stato, sez. III, n. 4019 del 2016; id., sez. IV, n. 834 del 2016; id., sez. V, n. 4219 del 2016; id., n. 3402 del 2016; id., n. 1641 del 2016; id. sez. III, 29 maggio 2017 n. 2548; id. sez. V, 28 settembre 2015 n. 4511; id. sez. III, 15 gennaio 2014 n. 123; id. sez. V, 27 novembre 2018, n. 6726).

D’altronde, restringere il contenuto dell’obbligo dichiarativo circa l’esistenza di un grave errore professionale priverebbe la stazione appaltante della conoscenza di elementi idonei nel giudizio di verifica del possesso dei requisiti morali, trattandosi di elementi che in quanto rientranti nella sola disponibilità del dichiarante – diversamente dalle condanne e dai procedimenti penali riportate nel casellario giudiziale – rimarrebbero del tutto ignoti fatta salva l’ipotesi della segnalazione

operata da parte di altri concorrenti. Verrebbe così meno il rispetto dei principi di lealtà ed affidabilità professionale che presiedono ai rapporti dei concorrenti con la stazione appaltante con compromissione del rapporto fiduciario che deve intercorrere con quest'ultima a prescindere dalla gravità dell'errore professionale o dalla definitività o meno dell'accertamento (*ex multis* in riferimento all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 T.A.R. Piemonte sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1359; Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3375; id. sez. V, 14 febbraio 2018, n. 956; T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 18 giugno 2018, n. 591).

Costituisce del resto un principio oramai del tutto pacifico che nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali, è, già di per sé, un valore da perseguire, laddove consente, anche in omaggio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile, perché – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – incompleta, deve ritenersi, in quanto tale, lesiva degli interessi tutelati dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3765; id. sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014; id. sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70).

11.5 – Il motivo deve essere pertanto accolto, avendo il legale rappresentante di Servizi Italia omissso di dichiarare tale vicenda penale “*sub iudice*” rendendo così una dichiarazione non veritiera o comunque gravemente incompleta, dal momento che da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell'omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea ad indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 comma 1 del medesimo decreto o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà (Consiglio di Stato sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7271; T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 18 giugno 2018 n. 4015) sanzionata anche dall'art. 75 d.P.R. 445/2000 pacificamente applicabile in “*subiecta materia*” (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172) a prescindere da ogni valutazione

circa la colpa del dichiarante, comportando “*ipso iure*” la decadenza dei benefici ottenuti con la dichiarazione *id est* l’ammissione alla gara. Anche poi a non voler ricomprendere nelle dichiarazioni non veritiere le omissioni (Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; id. sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387) la dichiarazione sarebbe comunque gravemente incompleta in violazione dell’esaminato principio di necessaria completezza della dichiarazione anche sulle irregolarità rilevanti in merito all’art. 80 c. 5 lett. c).

Va evidenziato che ai sensi del testo del d.lgs. 80/2016 vigente al momento dell’indizione della gara rilevavano comunque quale motivo di esclusione non solo le dichiarazioni non veritiere (comma 5 lett. c) e f-bis) bensì anche quelle “fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

12. – Non ritiene il Collegio di poter condividere sul punto le peraltro ampie argomentazioni difensive depositate da S.I.

Se è vero che il rinvio a giudizio è stato concretamente conosciuto solamente dopo la presentazione dell’offerta, ovvero il 13 aprile 2017, è innegabile come ben prima il legale rappresentante fosse a conoscenza dell’indagine in corso e dunque dell’informativa di P.G., dei verbali di perquisizione, dei sequestri e degli interrogatori, come emerge dallo stesso decreto di rinvio a giudizio depositato in giudizio.

12.1.– Quanto al periodo di commissione dei fatti oggetto del rinvio a giudizio risalenti al periodo 2007/2012 rileva – diversamente da quanto sostenuto da S.I. – non già la data del fatto bensì quella dell’accertamento definitivo.

Posto che è invero dubbia la stessa delimitazione della rilevanza temporale, non contenendo l’art. 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016 alcuna previsione (T.A.R. Lazio Roma sez. III Ter 23 luglio 2019, n. 9832) nella vigenza dell’art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell’entrata in vigore della modifica apportata dal d.lgs. n. 56 del 2017, il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57,

§ 7, aveva durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale (Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895).

12.2. – Non ritiene dunque il Collegio necessaria sul punto la rimessione *ex art. 267 TFUE* alla Corte di Giustizia richiesta in subordine da S.I..

12.3. – Irrilevante è poi il richiamo operato dal modello allegato al disciplinare di gara alle Linee Guida ANAC che a giudizio della controinteressata avrebbe peraltro reso necessaria, a pena di inammissibilità, l'impugnazione della *lex specialis* oltre che delle stesse Linee Guida nel testo vigente alla data di pubblicazione del bando.

Se è vero che in tale testo non erano ricompresi nel concetto di "grave illecito professionale" i provvedimenti di rinvio a giudizio, va ribadito come le Linee Guida ANAC non vincolanti quali le n. 6 (Consiglio di Stato Adunanza Commissione Speciale parere n. 2296/2016, 3 novembre 2016; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 17 giugno 2019 n. 7836) assimilabili a circolari interpretative intersoggettive (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 3 luglio 2019, n. 8678; T.A.R. Umbria ord. 31 maggio 2017, n. 426) non possono di per sé rivestire autonomo rilievo ai fini dell'esclusione dalla gara (*ex multis* T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 28 marzo 2019, n. 519) potendo essere disapplicate dalla stazione appaltante ove in contrasto con disposizioni di rango normativo (T.A.R. Lazio Roma sez. II, 17 giugno 2019, n.7836).

Per tanto era conseguentemente da escludersi anche l'obbligo di impugnazione tanto del bando quanto delle stesse Linee Guida, secondo i comuni principi in tema di lesività delle circolari interpretative.

12.4. – Parimenti non meritevole di adesione è l'assunto della controinteressata secondo cui l'esclusione che la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre nel caso di specie, avrebbe fonte soltanto pretoria non risultando indicata nel bando e comunque non prevista a livello normativo, richiamandosi ai principi indicati dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza 10 novembre 2016 causa C 140/2016 in tema di omessa indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendali.

Per quanto infatti l'art. 80 c. 5 lett. c) introduca una fattispecie di tipo aperto (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70; T.A.R. Lazio Roma sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119) essa consente l'individuazione delle condotte potenzialmente rilevanti e del con-

tenuto dell'obbligo informativo, attribuendo alla stazione appaltante l'esclusivo compito di valutazione (C.G.U.E. sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/2018) sicché viene in rilievo nel caso di specie non già la rilevanza ai fini dell'affidabilità professionale della indagine in corso per corruzione ai fini dell'esclusione, rientrando nell'esclusiva attribuzione dell'Amministrazione, quanto la violazione dell'obbligo informativo.

La sopra richiamata decisione del giudice comunitario poi, oltre che riguardare una fattispecie diversa, è stata resa sulla base del preminente quadro normativo nazionale e comunitario (D.lgs. 163/2006 e direttiva 2004/18/CE)

12.5. – Non ritiene pertanto il Collegio, anche in tal caso, la sussistenza di ragioni per disporre il richiesto (in subordine) rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

12.6. – Ugualmente non meritevole di adesione è il lamentato contrasto con l'art. 6 C.E.D.U., qui inteso come principio di presunzione di innocenza, appartenendo alla stazione appaltante e non all'autorità giudiziaria la valutazione della sussistenza del grave illecito professionale (CGUE sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/2018).

Ove anzi come pretenderebbe S.I. dovesse attendersi l'accertamento definitivo, che solo supererebbe la presunzione di innocenza, verrebbe meno tutto l'impianto dell'art. 80 c. 5 lett. c) che in nessuna ipotesi subordina l'obbligo dichiarativo ed il potere di valutazione dell'Amministrazione a tale definitività (*ex multis* quanto al mancato completamento del giudizio penale Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3604).

12.7. – Il secondo motivo va dunque accolto, ai fini del necessario esame da parte della stazione appaltante, in contraddittorio, della posizione dell'aggiudicataria, alla luce della fattispecie sussumibile nel "grave illecito professionale" non dichiarata in sede di gara.

Trattandosi infatti di dichiarazione carente e non falsa – secondo la distinzione tracciata *in subiecta materia* dalla più recente giurisprudenza (così Consiglio di Stato sez. V 12 aprile 2019, n. 2407; id. V, 30 dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387) – non ricorre una fattispecie di esclusione di tipo automatico, bensì rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che dovrà valutare il disvalore della condotta ai sensi del citato comma 5 lett. c) nell'ottica dell'affidabilità del concorrente (ancora Consi-

glio di Stato sez. V 12 aprile 2019, n. 2407; id. V, 30 dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387).

In relazione al descritto carattere discrezionale e non automatico della fattispecie escludente dovrà essere garantito il contraddittorio con l'operatore economico interessato, il quale deve essere edotto sugli specifici profili che sono considerati dirimenti dall'Amministrazione stessa ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale (*ex multis* T.A.R. Marche 7 gennaio 2020, n. 7; T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 24 luglio 2019, n. 1737).

12.8. – Non merita invece adesione il terzo motivo.

La controinteressata, anteriormente alla seconda riparametrazione, si è vista riconoscere, per l'offerta tecnica un punteggio nettamente inferiore ai 4/5 del massimo previsto (soglia rilevante ai fini dell'anomalia), precisamente punti 59 su 80, punteggio quindi che ne ha, correttamente, comportato la valutazione quale offerta non anomala.

Il disciplinare di gara, neppure specificamente impugnato sul punto dalla ricorrente, a pag. 36, avvertiva espressamente che “Si procederà, quindi alla individuazione delle offerte anomale – con riferimento ai punteggi tecnici ante seconda riparametrazione...”.

Del tutto corretta è quindi la non sottoposizione a valutazione di anomalia dell'offerta della ricorrente, che non ha superato le soglie a tal fine previste dal disciplinare di gara; disciplinare anche su questo punto neppure impugnato dalla ricorrente.

Per quanto sopra, conseguentemente, non aveva e non ha alcun rilievo la circostanza invocata da S.O. che solo a valle della seconda riparametrazione la ricorrente ha conseguito un “fittizio”, punteggio più alto, in tesi avversa rilevante rispetto alla soglia di anomalia.

Del resto – e fermo che la regola cui occorreva ed occorre attenersi per individuare le offerte anomale è quella fissata dal disciplinare di gara del punteggio ottenuto prima (e non dopo) la seconda riparametrazione – anche la giurisprudenza ricorda che, in caso di riparametrazione, il punteggio da prendere in considerazione al fine di accertare il superamento delle soglie rilevanti ai fini dell'anomalia, è quello realmente assegnato dalla Commissione di gara, prima della riparametrazione, e non quello, per così dire puramente matematico, discendente dalle operazioni (artificiose) proprie della riparametrazione (T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 agosto 2016, n. 689; T.A.R. Pie-

monte, sez. I, 18 marzo 2016, n. 370; Consiglio di Stato, sez. V, 30 gennaio 2017, n. 373).

13. – Quanto ai motivi aggiunti può prescindersi dall'esame dell'eccepita questione di tardività, essendo i vizi dedotti di tipo formalistico e comunque infondati.

13.1. – Quanto alla mancata erronea indicazione in cifre ed in lettere del prezzo complessivo offerto, non vi erano infatti dubbi per la stazione appaltante nello stimare con certezza l'importo esatto del ribasso offerto dalla società S.I.

Partendo, infatti, dall'importo presunto posto a base di gara, stimato dalla stazione appaltante in € 18.672.500,00 (cfr. pag. 7 del disciplinare), e sottraendo da quest'ultimo il valore complessivo dell'offerta formulata da S.I. (pari ad € 2.134.000,00 annui, che, moltiplicati per i 7 anni di durata contrattuale, ammonta ad € 14.938.000,00), risultante dalla somma dei ribassi offerti sia relativamente agli "interventi chirurgici ordinari" (€ 1.914.000,00) che agli "interventi chirurgici in DH e SDAC") (€ 220.000,00), è possibile ottenere l'esatto importo della proposta economica di S.I., pari ad € 3.734.000,00 (€ 18.672.500,00 – € 14.938.000,00).

La giurisprudenza, d'altronde, non dubita circa l'emendabilità dell'errore materiale riconoscibile anche in riferimento alla formulazione dell'offerta purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto senza necessità di attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; id. sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827; id. sez. III, 21 ottobre 2014, n. 5196; id., sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2018, n. 7361; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 18 giugno 2018, n. 887; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 179).

13.2. – Quanto infine agli oneri interni o aziendali per la sicurezza, l'indicazione in misura pari al 100 % del prezzo offerto è del tutto inverosimile e costituisce, all'evidenza, un refuso riconoscibile dalla stazione appaltante nella indicazione dei decimali, si che l'importo dovesse intendersi quantificato in 21.340,00 euro. La giurisprudenza, come sopra indicato, non dubita circa l'emendabilità dell'errore materiale riconoscibile persino in riferimento alla formulazione dell'offerta, si che a maggior ragione può invocarsene l'applicazione quanto all'erronea indicazione degli oneri aziendali.

14. – Per i suesposti motivi il ricorso principale Rg. 221/2018 proposto da S.O. va accolto con l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione ai fini del riesame. Vanno invece respinti i motivi aggiunti.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della obiettiva complessità delle questioni esaminate e dei descritti contrasti giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione così decide:

a) respinge il ricorso proposto da St. Rg. 228/2018;

a.1) dichiara improcedibile l'atto di motivi aggiunti;

b) respinge il ricorso incidentale proposto da S.I. relativo al ricorso principale Rg. 221/2018;

b.1) dichiara il ricorso principale Rg. 221/2018 in parte irricevibile ed in parte accolto e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione ai fini del riesame della posizione dell'aggiudicataria, come da motivazione.

b.2.) respinge i motivi aggiunti di cui al ricorso principale Rg. 221/2018.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – Sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) – Sent. 25 febbraio 2020, n. 77 - pres. Ianigro – est. Balloriani

Corsi di laurea medico-scientifica – Test d’ingresso – Non necessità – Percorso formativo didattico – Corsi di laurea affini – Università italiane e estere – Mobilità studentesca - Meritevolezza all’iscrizione senza riserva – Studente ripetente della stessa Università - Studente proveniente da altro percorso universitario – Non discriminazione – Diritto al trasferimento – Regolamenti di Ateneo – Disapplicazione – Diritto vivente – Adeguamento dei posti alla domanda di trasferimento – Concreta previsione – Iscrizione in sovrannumero

1. *Se il superamento di uno o due esami del corso di laurea medico a numero programmato consente ad uno studente ivi iscritto, a seguito del superamento del test d’ingresso, di mantenere l’iscrizione agli anni successivi (sebbene come ripetente o fuori corso), senza rischiare la radiazione dai corsi per inidoneità; lo stesso diritto non può essere negato a chi, provenendo da altri percorsi universitari affini nazionali o esteri, abbia titolo per il riconoscimento di un numero pari o maggiore di crediti formativi nella stessa Università a cui chiede l’iscrizione. Difatti “il trasferimento interviene, sia per lo studente che eserciti la sua “mobilità” in ambito nazionale che per lo studente proveniente da università straniere, non più sulla base di un requisito pregresso di ammissione agli studi universitari ormai del tutto irrilevante perché superato dal percorso formativo-didattico già seguito in ambito universitario, ma esclusivamente sulla base della valutazione dei crediti formativi affidata alla autonomia universitaria, in conformità con i rispettivi ordinamenti, sulla base del principio di autonomia didattica di ciascun ateneo (cfr. l’art. 11 della legge n. 341 del 1990, che affida l’ordinamento degli studi dei corsi e delle attività formative ad un regolamento degli ordinamenti didattici, denominato “regolamento didattico di ateneo”)” (Consiglio di Stato adunanza plenaria I del 2015; Tar Pescara, sentenza breve 78 del 2018).*

2. *In sostanza, se l’Università giudica, a esempio, il superamento di un solo esame nell’anno accademico come sufficiente all’iscrizione, nell’anno successivo, come “ripetente” il primo anno; allo stesso modo deve considerare sufficiente a tal fine il riconoscimento di un numero pari di crediti formativi maturati presso altri percorsi universitari; senza*

poter discriminare – per le ragioni ormai pacifiche in giurisprudenza – le due posizioni solo in virtù del superamento del test d'ingresso, tanto più che il rendimento universitario effettivo è senz'altro una prova di idoneità e meritevolezza a seguire i corsi concreta, specifica ed effettiva e quindi di valenza prognostica superiore rispetto all'accertamento delle conoscenze maturare nelle scuole superiori.

3. I regolamenti di ateneo non possono disporre (pena la loro disapplicazione), né essere interpretati, in modo discriminatorio nel senso testé illustrato; e ciò anche nel prevedere i posti disponibili per trasferimento, nel senso che devono tenere conto del diritto vivente sinteticamente richiamato e quindi rendere il diritto al trasferimento concretamente esercitabile, adeguando i posti alla domanda concretamente prevedibile (e quello delle istanze formulate negli anni precedenti può essere solo un dato di partenza); tenuto conto vieppiù che, come appena illustrato, i ripetenti vengono ammessi agli anni successivi anche in soprannumero.

(omissis)

Considerato che:

il ricorrente ha impugnato, previa sospensione dell'efficacia:

– il verbale del 22 ottobre 2018 (portato a conoscenza in data del 24 ottobre) della Commissione Curriculum del Corso di Laurea Magistrale in Odontoiatria e Protesi Dentaria dell'Università degli Studi "G. D'A.", con cui il curriculum universitario di questi è stato dichiarato non compatibile con l'iscrizione agli anni successivi al primo del Corso ordinario di Odontoiatria e protesi dentaria;

– la nota di trasmissione, prot. n. 56/18 del 23 ottobre 2018 (portato a conoscenza il 24 ottobre), del presidente della Commissione Curriculum del corso di Laurea Magistrale in Odontoiatria e Protesi dentaria, con cui richiamandosi il verbale della medesima commissione del 22 ottobre 2018, il ricorrente è stato dichiarato non idoneo all'iscrizione agli anni successivi al primo del Corso ordinario di Odontoiatria e protesi dentaria e con cui è stata definitivamente rigettata la sua istanza del 30 aprile 2018 di iscrizione ai corsi ordinari di odontoiatria dell'Università "G. D'A";

– nonché ogni atto presupposto, consequenziale e connesso a quelli principalmente impugnati, compreso, per quanto di interesse, il Regolamento didattico del Corso di Laurea magistrale in Odontoiatria e protesi dentaria dell'Università degli Studi "G. D'A." e il Manifesto degli studi

dei corsi liberi dell'Università D'Annunzio per l'anno accademico 2016-2017.

Considerato che il ricorrente ha frequentato i corsi liberi istituiti dalla medesima Università presso la Facoltà di Odontoiatria e Protesi Dentaria a partire dall'anno accademico 2016/2017, superando tutti gli esami accessibili dei corsi disponibili e cioè "Biologia e Genetica", "Chimica Medica", "Istologia" e "Anatomia Umana" conseguendo un totale di 36 crediti formativi;

– il medesimo ha impugnato il diniego all'istanza di iscrizione all'anno successivo al primo del Corso Ordinario di Laurea Magistrale in Odontoiatria e Protesi Dentaria per l'anno accademico 2018/2019;

– più in particolare dal verbale del 22 ottobre 2018 della Commissione curriculum si evince che allo stesso sono stati riconosciuti tutti e 36 i crediti formativi maturati ma è stato rilevato un debito di 24 crediti, per raggiungere i 60 crediti del primo anno; se ne desume quindi che l'Università abbia presupposto come requisito per l'iscrizione a un anno successivo al primo il raggiungimento di tutti i crediti formativi del primo anno;

– tuttavia, come si evince anche dall'articolo 8 del regolamento del corso di laurea di laurea magistrale a ciclo unico in odontoiatria e protesi dentaria Università degli studi "G. D'A." di Chieti – Pescara (conforme del resto a quanto accade anche nelle altre Università), nel caso, come quello di specie, in cui lo studente non è riuscito a ottenere tutti i crediti formativi degli anni precedenti, può essere iscritto come "fuori corso" se ha già ottenuto tutte le frequenze obbligatorie ma deve ancora superare gli esami necessari a completare il percorso formativo (secondo il regolamento in questione, infatti, solo "a decorrere dal IV anno di corso, non è consentito allo studente sostenere esami dell'anno in corso se non sono stati superati tutti gli esami degli anni precedenti"), o come "ripetente", se deve anche completare le frequenze obbligatorie; e ciò, espressamente, anche "in soprannumero";

– per anno successivo al primo deve quindi intendersi anche l'iscrizione come "ripetente" o, ove possibile (cioè nel caso in cui non vi siano frequenze obbligatorie residue), come fuori corso, se occorre completare rispettivamente ancora alcuni esami e frequenze o solo alcuni esami del primo anno; e a tal fine i crediti formativi richiesti – per l'iscrizione a un anno successivo a quello d'ingresso come ripetente lo stesso anno

o come fuori corso – non possono ovviamente discriminare chi accede dall'esterno rispetto a chi ha superato il test d'ingresso (che come chiarito in giurisprudenza può riguardare solo coloro che provengono dalle scuole superiori e non quelli che provengono da un percorso universitario affine e riconoscibile in qualche esame sul piano dei crediti formativi, cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria 1 del 2015; Tar Pescara sentenza breve 78 del 2018);

– se il superamento di uno o due esami del corso di laurea consente cioè a uno studente ivi iscritto, a seguito del superamento del test d'ingresso, di mantenere l'iscrizione agli anni successivi (sebbene come ripetente o fuori corso), senza rischiare la radiazione dai corsi per inidoneità; lo stesso diritto non può essere negato a chi, provenendo da altri percorsi universitari affini nazionali o esteri, abbia titolo per il riconoscimento di un numero pari o maggiore di crediti formativi nella stessa Università a cui chiede l'iscrizione;

– difatti *“il trasferimento interviene, sia per lo studente che eserciti la sua 'mobilità' in ambito nazionale che per lo studente proveniente da università straniere, non più sulla base di un requisito pregresso di ammissione agli studi universitari ormai del tutto irrilevante perché superato dal percorso formativo-didattico già seguito in ambito universitario, ma esclusivamente sulla base della valutazione dei crediti formativi affidata alla autonomia universitaria, in conformità con i rispettivi ordinamenti, sulla base del principio di autonomia didattica di ciascun ateneo (cfr. l'art. 11 della legge n. 341 del 1990, che affida l'ordinamento degli studi dei corsi e delle attività formative ad un regolamento degli ordinamenti didattici, denominato 'regolamento didattico di ateneo')”* (Consiglio di Stato adunanza plenaria 1 del 2015; Tar Pescara, sentenza breve 78 del 2018);

– in sostanza, se l'Università giudica, a esempio, il superamento di un solo esame nell'anno accademico come sufficiente all'iscrizione, nell'anno successivo, come “ripetente” il primo anno; allo stesso modo deve considerare sufficiente a tal fine il riconoscimento di un numero pari di crediti formativi maturati presso altri percorsi universitari; senza poter discriminare – per le ragioni appena illustrate e ormai pacifiche in giurisprudenza – le due posizioni solo in virtù del superamento del test d'ingresso, tanto più che il rendimento universitario effettivo è senz'altro una prova di idoneità e meritevolezza a seguire i corsi concreta, specifica

ed effettiva e quindi di valenza prognostica superiore rispetto all'accertamento delle conoscenze maturare nelle scuole superiori;

– sicché i regolamenti di ateneo non possono disporre (pena la loro disapplicazione), né essere interpretati, in modo discriminatorio nel senso testé illustrato; e ciò anche nel prevedere i posti disponibili per trasferimento, nel senso che devono tenere conto del diritto vivente qui sinteticamente richiamato e quindi rendere il diritto al trasferimento concretamente esercitabile, adeguando i posti alla domanda concretamente prevedibile (e quello delle istanze formulate negli anni precedenti può essere solo un dato di partenza); tenuto conto vieppiù che, come appena illustrato, i ripetenti vengono ammessi agli anni successivi anche in soprannumero;

– sulla base dei principi qui enunciati la domanda del ricorrente (il quale ha peraltro superato tutti e quattro gli esami del medesimo corso di laurea resi disponibili dalla stessa Università come di libero accesso) appare fondata e deve essere accolta;

– le spese seguono il criterio della soccombenza e 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 accoglie.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo - Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) – Sentenza del 05.05.2020 n. 145 – Pres. Est. Paolo Passoni

Processo amministrativo - Rito Appalti - Notifica a mezzo p.e.c. – Esame dei criteri valutativi discrezionali e vincolati – Regole di cautela e accorgimenti prudenziali – Illegittimità da pericolo astratto – Omessa indicazione dei costi della manodopera – Costi amministrativi – Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale

Nel processo amministrativo risulta applicabile la disciplina della notifica a mezzo p.e.c. di cui all'art. 16-quater del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (aggiunto dall'art. 46, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90) in quanto (così come chiarito dall'Adunanza Plenaria del 19 settembre 2017 n. 6), pur in presenza di un duplice canale di attuazione del processo telematico (civile e amministrativo), in considerazione delle differenze esistenti tra gli ordinamenti processuali, ciò non comporta che possa ritenersi impedita la notifica a mezzo p.e.c., la quale, oltre ad essere prevista da distinta norma primaria, risulta non essere condizionata dalla disciplina specifica del processo amministrativo telematico; né alcuna preclusione in tal senso scaturisce dall'art. 13 delle disposizioni di attuazione al Cpa (1).

L'esame dei criteri valutativi discrezionali deve sempre precedere il vaglio di quelli vincolati (anche a prescindere da diverse od omesse disposizioni di gara sul punto), al fine di evitare che, nella fase più delicata e soggettiva del giudizio, il seggio di gara abbia già presente la provvista di punteggio attribuita meccanicamente a tutti i concorrenti, così da conoscere se anche un decimale (da attribuire discrezionalmente) possa o meno fare la differenza vincente per uno o per l'altra ditta partecipante (2).

Specie nei procedimenti concorsuali le regole di cautela e gli accorgimenti prudenziali sono importanti corollari della trasparenza pubblica; pertanto, quando l'azione amministrativa si discosta in modo percepibile da tali regole comportamentali, si determina una illegittimità di per sé rilevante e insanabile, venendo in rilievo una condotta già ex ante implicitamente considerata come offensiva, poiché in grado di minacciare il bene protetto dalle suddette regole ('illegittimità da pericolo c.d. astratto' in quanto vizio derivante da una

violazione della presupposta norma d'azione, come tale sanzionabile presuntivamente) (3).

Dalla mancata o incompleta indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera non può che scaturire un diretto ed univoco effetto espulsivo, finanche quando l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara di appalto; di contro, l'esperibilità del soccorso istruttorio viene limitata ai soli casi in cui la normativa nazionale non sia chiara sul punto (ma quella italiana ex art. 95 comma 10 è stata ritenuta del tutto univoca), ovvero quando le disposizioni della gara di appalto non dovessero consentire in radice a tutti gli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche (come nel caso di modulo predisposto dalla stazione appaltante privo di uno spazio 'fisico' sufficiente per l'indicazione dei costi in parola) (4).

Non può essere messo in dubbio che l'allegazione dei costi della manodopera comprenda anche i costi amministrativi che l'azienda è tenuta a sostenere, trattandosi anch'esso di un regime retributivo che riguarda i lavoratori coinvolti nell'espletamento dell'appalto (5).

In caso di proposizione, nella medesima causa, di un ricorso principale e di uno incidentale, aventi entrambi carattere di reciproca esclusione, va applicata l'ormai univoca giurisprudenza europea (da ultimo, in modo perentorio, Corte Giustizia UE sez. X 5.9.2019 C-333/2018) secondo la quale il Collegio Giudicante deve procedere ad esaminare entrambi i gravami (a prescindere dalla fondatezza di quello incidentale e dal numero delle ditte utilmente graduate) e, in caso di simultaneo accoglimento, procedere all'espulsione in sede giurisdizionale di entrambi i concorrenti dalla gara (6).

Tuttavia, se gli acclarati vizi di metodo nella scelta del contraente in cui sono incorsi i commissari di gara hanno fatalmente compromesso la legittimità dell'intera graduatoria (ivi compresa la posizione delle ditte estranee al contenzioso) occorre valorizzare l'interesse strumentale delle ricorrenti (in via principale e incidentale) alla riedizione integrale della procedura, senza il rischio di alcuno scorrimento della graduatoria (pur delineato dalla stessa Corte di Giustizia per il caso in cui le due ditte contendenti non siano le sole rimaste in gara) (7).

Nell'ipotesi in cui venga annullata la fase valutativa delle offerte economicamente più vantaggiose, per l'illegittima precedenza di scruti-

nio data alla componente vincolata rispetto a quella discrezionale, non è possibile salvare i precedenti atti, ivi compresa la presentazione delle offerte, non essendo ammissibile che l'originaria (o eventualmente nuova) Commissione reiteri le operazioni valutative dopo che le offerte tecniche ed economiche siano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate; si assisterebbe ad una sorta di paradosso canzonatorio, in cui il rimedio sarebbe di gran lunga peggiore del vulnus originario, con una procedura sostanzialmente 'finta' e artificiosa, ormai pregiudicata dall'avvenuta apertura delle offerte (8).

Differente è il caso in cui si debba semplicemente riammettere in gara un'offerta illegittimamente esclusa, poiché in quel caso la conseguente valutazione dell'offerta pretermessa avviene in un momento in cui i giudizi sulle offerte concorrenti sono ormai del tutto definiti, senza lesione dei principi di segretezza e di par condicio tra le imprese concorrenti (così come statuito dal Consiglio di Stato A.P.30/2012) (9).

(omissis)

Si premette che l'ASL di P. ha indetto gara per l'affidamento quinquennale del "Servizio di gestione e trattamento dell'acqua calda e fredda sanitaria finalizzata alla prevenzione e controllo del rischio Legionella nelle strutture ospedaliere residenziali dell'ASL di P." del valore di € 1.500.000,00.

Con il ricorso in epigrafe O.S. (partecipante alla gara insieme ad altre due ditte, entrambe intime) impugna la delibera n. 1206 dell'11/10/2019 con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata B.F.

La ricorrente contesta le modalità con le quali la Commissione giudicatrice ha valutato le offerte tecniche, assumendo che la stessa avrebbe illegittimamente:

1. violato il principio di concentrazione delle operazioni di gara;
2. invertito l'ordine di esame dei criteri valutativi, antepo-
nendo la disamina di quelli vincolati (tabellari e quantitativi) a quelli di natura discrezionale;
3. assegnato collegialmente i coefficienti di valutazione dei criteri discrezionali, omettendo pure di motivare le ragioni dei corrispondenti punteggi.

Si sono costituite in giudizio l'Asl intimata e la controinteressata aggiudicataria, che hanno controdedotto con memorie. La controinteressata ha proposto altresì ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente per i seguenti motivi:

–impossibilità per la ricorrente principale di eseguire le prestazioni oggetto della propria offerta, perché non in grado di reperire sul mercato i filtri da installare presso i presidi ospedalieri della ASL di P.;

–inadeguato numero di impianti di biossido di cloro proposto da O.S.;

–violazione della *lex specialis* per asserita carenza di marcatura CE dei pre-filtri offerti da Omnia Servitia;

–violazione e falsa applicazione del combinato disposto dagli artt. 95, comma 10, 97, comma 5, e 23, comma 16, del DLgs n. 50/16, per omessa indicazione del costo del personale amministrativo-organizzativo impiegato nell'appalto.

Nel corso della camera di consiglio del 24.1.2020, il tar ha accolto l'istanza di sospensiva ai fini di una sollecita trattazione della causa nel merito, ai sensi dell'articolo 55 comma 10 CPA (ordinanza 10/2020).

Dopo ampio dibattito intercorso con memorie scritte dalle parti costituite, la causa è passata in giudizio nel corso dell'udienza da remoto del 22.4.2020.

DIRITTO

Il Collegio procede all'esame di entrambi i ricorsi, sia quello principale che quello incidentale, sulla base di considerazioni che saranno in seguito esternate.

Sempre anticipando l'esito finale del giudizio, tutti e due i reciproci gravami trovano accoglimento, con le conseguenze anch'esse successivamente illustrate.

Quanto al ricorso principale, va in primo luogo esaminata l'eccezione in rito sollevata dalla ASL intimata, secondo cui sarebbe nulla la notifica del ricorso effettuata a mezzo pec, per inapplicabilità al processo amministrativo dell'art. 16-quater del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (aggiunto dall'art. 46, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90).

L'eccezione è infondata.

In contrario, l'Adunanza Plenaria del 19 settembre 2017 n. 6 ha infatti chiarito che, pur in presenza di un duplice canale di attuazione del processo telematico, in considerazione delle differenze esistenti tra gli ordinamenti processuali, "ciò, tuttavia, non comporta che possa ritener-

si impedita la notifica a mezzo PEC, la quale, oltre ad essere prevista da distinta norma primaria, risulta non essere condizionata dalla disciplina specifica del processo amministrativo telematico, che concerne l'applicazione della telematica al sistema processuale amministrativo a partire dal deposito (in via telematica) dell'atto instaurativo del giudizio...". Né alcuna preclusione in tal senso scaturisce dall'art. 13 delle disposizioni di attuazione al Cpa, così che la suddetta disciplina della notifica a mezzo pec "deve essere ritenuta pienamente efficace nell'ambito del processo amministrativo" (AP 6/17 citata).

Passando al merito del ricorso principale trovano condivisione il secondo e il terzo motivo.

Circa la doglianza con la quale si è censurato il modus operandi della commissione per aver anteposto l'esame di criteri discrezionali rispetto a quelli vincolati (tabellari e quantitativi) emerge in fatto che:

Il Disciplinare di gara, ai paragrafi 18 e 18.1, prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo qualitativo di 70 punti, ripartiti fra i criteri ivi descritti e da valutarsi, da parte della Commissione, mediante l'attribuzione di punteggi discrezionali, ovvero quantitativi o tabellari, secondo le predeterminazioni del Disciplinare stesso, contrassegnati rispettivamente con le lettere (D), (Q) e (T)

In particolare i punteggi vincolati erano riservati alle seguenti voci:

- b 1) dotazione organico – sistema quantitativo – Q;
- c) caratteristiche tecniche dei sistemi di disinfezione – criterio tabellare – T;
- d) caratteristiche tecniche dei sistemi di prefiltrazione – criterio tabellare T;
- e) caratteristiche tecniche dei sistemi di filtrazione terminale – criterio tabellare T.

I punteggi discrezionali riguardavano invece le seguenti voci:

- a): sistema integrato di gestione della proposta –D;
- b): organizzazione servizio post-vendita –D.

Dalla cronologia dei verbali depositati in atti, emerge il seguente ordine temporale di esame delle varie voci qui in rilievo:

–Verbale n. 2: valutazione voci TABELLARI (vincolate) di cui alle lettere c) ed e);

–Verbale n. 3 del 25.2.2019: valutazione voce QUANTITATIVA (vincolata) di cui alla lettera b1) prima parte;

–Verbale n. 4 del 27.2.2019: valutazione voce QUANTITATIVA (vincolata) di cui alla lettera b1) seconda parte;

–Verbale n. 5 dell'11.3.2019: valutazione voce DISCREZIONALE di cui alla lettera b) – prima parte;

–Verbale n. 6 del 25.3.2019: ancora sulla valutazione della voce discrezionale di cui alla lettera b) – seconda parte;

–Verbale n. 7 del 3.4.2019: valutazione della voce TABELLARE (vincolata) di cui alla lettera d);

–Verbale n. 8 dell'8.4.2019: valutazione della voce DISCREZIONALE di cui alla lettera a).

Emerge quindi per *tabulas* che la commissione ha prima esaminato due voci tabellari c) ed e) (vincolate) riferite alle caratteristiche tecniche rispettivamente dei sistemi di disinfezione e dei sistemi di filtrazione terminale; poi ha proseguito sempre con un'altra voce vincolata (la b1, relativa alla dotazione organico del sistema quantitativo –Q); solo a questo punto è iniziato l'esame delle componenti discrezionali con la voce b), relativa all'organizzazione servizio post-vendita; il seggio di gara ha tuttavia ritenuto poi di tornare subito sulla componente vincolata, esaminando il criterio tabellare di cui alla voce b) relativa alle caratteristiche tecniche dei sistemi di prefiltrazione; solo alla fine è stata vagliata la seconda componente discrezionale, tra l'altro la più importante per il punteggio in gioco, vale a dire la voce a) relativa all'organizzazione del servizio post vendita.

Pertanto appare evidente come il seggio di gara abbia proceduto in una sorta di metodo intermittente, alternando criteri vincolati a quelli discrezionali, dando comunque prevalente priorità di esame ai criteri vincolati. Quanto sopra, in assenza di disposizioni specifiche della *lex specialis*.

Tale *modus operandi* non può ritenersi condivisibile, in applicazione del pacifico principio giurisprudenziale secondo cui l'esame delle componenti discrezionali deve sempre rigorosamente precedere il vaglio di quelle vincolate (anche a prescindere da diverse od omesse disposizioni di gara sul punto), al fine di evitare che nella fase più delicata e soggettiva del giudizio il seggio di gara abbia già presente la provvista di punteggio attribuita meccanicamente a tutti i concorrenti, così da conoscere se anche un decimale (da attribuire discrezionalmente) possa o meno fare la differenza vincente per uno o per l'altra ditta partecipante (su detto ormai pacifico principio, tra le tante Consiglio di Stato n. 824 del 29.2.2016).

La società controinteressata si è difesa sul punto, da una parte affermando che alcune voci vincolate sarebbero state vagliate successivamente a quelle discrezionali, e dall'altra rammentando che il principio invocato da controparte riguarderebbe la diversa fattispecie dell'ordine di esame fra offerta tecnica ed economica (dove appunto la giurisprudenza afferma che la prima deve trovare priorità di esame rispetto alla seconda).

Ora, riguardo al primo punto si richiama quanto detto in precedenza in ordine alla cronologia di esame seguita dalla commissione, la quale ha iniziato con due componenti vincolate, ha poi fatto seguire l'esame di una sola delle due componenti discrezionali, salvo poi definire l'ultima voce vincolata, per riservare in chiusura la più importante (discrezionale) attribuzione di punteggio: in buona sostanza, nessuna discrezionalità è stata vagliata senza essere indebitamente preceduta da riconoscimenti vincolati di punteggio; in ogni caso i poteri discrezionali-valutativi di maggiore impatto sono stati addirittura esercitati per ultimo, con ciò violando apertamente i suddetti principi di precauzione e di trasparenza procedimentale.

Né possono condividersi gli assunti mirati a delimitare tali principi all'interno della distinzione fra offerta tecnica ed offerta economica, atteso che in entrambi i casi non cambia la ratio cautelativa preordinata a salvaguardare il giudizio discrezionale dalla conoscenza previa di punteggi, scaturiti da mero meccanismo applicativo. Quanto infine alla rilevanza di tali regole procedimentali – indipendentemente dalla prova di un vulnus valutativo specifico – si rinvia alle argomentazioni che da qui a poco saranno esternate, a proposito della cd. illegittimità di pericolo.

Passando al secondo motivo del ricorso principale – anch'esso fondato – resta comprovato in causa che la commissione ha assegnato collegialmente i coefficienti di valutazione dei criteri discrezionali, nonostante il disciplinare di gara, per l'esame di tali voci, avesse disposto un vaglio individuale di ciascun commissario con un range da 0 a 1, da porre successivamente in media con i coefficienti attribuiti, allo stesso modo, dagli altri commissari.

La circostanza risulta confermata dalla stessa relazione sui fatti di causa depositata dalla ASL intimata in data 27.11.2019, in cui si afferma testualmente che “..Circa il *modus procedendi* della Commissione nell'effettuazione dell'analisi valutativa delle offerte, effettivamente i commissari non hanno espresso il proprio giudizio singolarmente, come peraltro previsto nella *lex specialis* di gara (conforme al Bando

tipo n. 1 Anac nonché alle Linee Guida Anac n. 2 in materia di offerta economicamente più vantaggiosa), avendo ritenuto di esprimere lo stesso giudizio/punteggio, in relazione all'unanimità di valutazione.”

Trattasi di una evidente, conclamata violazione della *lex specialis*, che comporta l'accoglimento dell'eccepita doglianza.

In contrario, non può certo condividersi quanto ipotizzato dalla controinteressata, secondo cui in mancanza di verbalizzazioni ad hoc dovrebbe presumersi una sorta di volontà individuale dei singoli commissari scaturita in modo casuale ma perfettamente conforme fra tutti i commissari stessi, anche perché – a tutto concedere – se così fosse stato (ipotesi più che altro scolastica) non si vede perché mai non sarebbe stato verbalizzato alcunché di tutto questo.

Come correttamente evidenziato nel ricorso principale, con tale metodo prescelto dalla *lex specialis* (ma unilateralmente disatteso dall'Organo di gara) “... si è inteso preferire la media dei coefficienti individualmente e autonomamente apposti da ciascuno, in tal modo valorizzando al massimo il coinvolgimento di ciascun commissario e rendendo appunto il singolo giudizio del tutto autonomo da condizionamenti interni di tipo collegiale (e quindi “umani” e non matematici), pur essendo alla fine esso il prodotto dell'operato di tutti i componenti della commissione, attraverso appunto la sua riconduzione a unità mediante la media matematica”.

La frontale disattenzione della prescrizione di gara costituisce quindi un decisivo vulnus nella regolarità della procedura di gara, a prescindere dal fatto che le linee guida Anac n. 2 (le quali prevedono questo metodo) non sarebbero vincolanti, come sostenuto da controparte. Se pure non era vincolante la *soft law* dell'*authority*, non poteva comunque non esserlo la *lex specialis* di gara, tra l'altro – come sopra visto – in presenza di una finalità tutt'altro che irrazionale e/o incomprensibile.

A questo proposito, il Collegio intende confutare insistenti argomentazioni della difesa della controinteressata, mirata a sostenere che le censure sollevate nel ricorso principale sarebbero tutte connotate da contenuti meramente formalistici in relazione alle modalità di conduzione prescelte dai commissari, senza alcuna concreta prova, e finanche senza alcuna prospettazione ricorsuale (così si afferma) che il censurato *modus operandi* abbia in qualche modo influito sulle scelte di gara e/o abbia comunque penalizzato la posizione partecipativa della ricorrente stessa.

Osserva in proposito il collegio che non ogni violazione delle forme o delle procedure (*in primis* quelle *lato sensu* comparative, ma non solo) può essere vista e apprezzata in relazione alla prova complementare di una sua concreta portata offensiva, attraverso una malintesa ultra-applicazione dell'art. 21 octies legge 241/90 (e/o del soccorso istruttorio previsto in via generale dalla legge sul procedimento all'art. 6 oltreché in via specifica dall'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016).

In particolare, va ribadito che specie nei procedimenti concorsuali le regole di cautela e gli accorgimenti prudenziali sono importanti corollari della trasparenza pubblica; pertanto, quando l'azione amministrativa si discosta in modo percepibile da tali regole comportamentali, si determina "una *illegittimità di per sé rilevante e insanabile*, venendo in rilievo una condotta già *ex ante* implicitamente considerata come offensiva", poiché in grado di minacciare il bene protetto dalle suddette regole (Tar Lazio sez. I quater – sentenza n. 1988 del 21-02-2018, ove si argomenta, a proposito della violazione delle regole precauzionali di anonimato, di una "*illegittimità da pericolo c.d. astratto*" in quanto vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione, come tale sanzionabile presuntivamente).

L'acclarata fondatezza delle due doglianze sopra scrutinate determina conclusivamente l'accoglimento del ricorso principale, assorbito ogni altro motivo.

Passando al ricorso incidentale, va disattesa l'eccezione di inammissibilità dedotta dalla ricorrente principale, per via del fatto che tale gravame non presenta la rituale epigrafe. In realtà i motivi sono comunque argomentati in modo chiaro e specifico, così da escludere qualsiasi profilo di genericità.

Nel merito, il rimedio incidentale va accolto, per l'assorbente fondatezza del motivo basato sulla violazione dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016.

L'art. 17 del disciplinare di gara disponeva espressamente quanto segue: "La busta "C – Offerta economica" contiene a pena di esclusione (...) d) la stima dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10 del codice".

Nei giustificativi economici dell'offerta della soc. O.S. la complessiva incidenza della manodopera è stata determinata tenendo esclusivamente conto del personale tecnico addetto al servizio, e segnatamente degli

operai di 2°, 3° e 4° livello, senza considerare la rilevante componente organizzativa affidata a strutture ed uffici di supporto (es. ufficio tecnico, ufficio del personale, ufficio legale ufficio logistica ufficio acquisti, magazzini depositi etc...): ne deriva pertanto che la concorrente O.S. ha omesso di indicare nella dovuta sede il costo del personale amministrativo-organizzativo impiegato nell'appalto, nonostante espressa indicazione in tal senso della *lex specialis*. Detti costi sarebbero stati successivamente spiegati ed illustrati alla commissione solo nel corso della verifica di anomalia, attivata dalla commissione stessa per tutti e tre i concorrenti in gara.

Da qui la censura incidentale di mancata esclusione della ditta ricorrente, in virtù dei noti principi giurisprudenziali – in specie di matrice europea – che non ammetterebbero soccorsi istruttori di sorta nella soggetta materia.

La ricorrente principale replica affermando in primo luogo che le regole di gara non avrebbero comminato alcuna correlata sanzione espulsiva in caso di offerta carente dell'indicazione degli oneri della manodopera; ciò in quanto l'art. 17 del disciplinare avrebbe previsto l'esclusione dalla gara solo in caso di mancato inserimento nella busta C dell'offerta economica ("La busta "C – Offerta economica" contiene, a pena di esclusione, l'offerta economica ...") e non anche con riguardo al contenuto della medesima. In ogni caso, a tutto concedere, si tratterebbe di disposizione non inequivoca, che ben avrebbe potuto (e dovuto) consentire soccorso istruttorio e richiesta di chiarimenti circa il rispetto sostanziale dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 (viene invocata a sostegno la sentenza del Cons. St. Sez. V, n. 6688/2019). Tale interlocuzione si sarebbe poi correttamente verificata nel caso di specie, mediante positivo esito della verifica di anomalia, come emergerebbe dallo stralcio dei secondi giustificativi. Sempre secondo la ricorrente principale, la stazione appaltante sarebbe stata pertanto in grado di conoscere ogni dettaglio sui costi della manodopera, ivi compresi i costi amministrativi (sempre che questi pertengano a quella categoria), senza che la ricorrente incidentale abbia in qualche modo contestato tale validazione, portando avanti pertanto una impugnativa basata su un semplice irrilevante vizio di forma.

Ritiene il collegio che la questione possa essere ormai agevolmente risolta (nel senso adesivo alle tesi del ricorrente incidentale), secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia UE con sentenza sez. IX 2 maggio 2019 C-309/18.

Con detta pronuncia, specificamente diretta a considerare gli effetti della mancata o incompleta indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, è stato chiarito che da tale lacuna non può che scaturire un diretto ed univoco effetto espulsivo, finanche quando l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara di appalto (nel caso di specie tale obbligo risulta peraltro chiaramente indicato nella *lex specialis*); di contro, l'esperibilità del soccorso istruttorio viene limitata ai soli casi in cui la normativa nazionale non sia chiara sul punto (ma quella italiana *ex art. 95 comma 10* è stata ritenuta del tutto univoca), ovvero quando le disposizioni della gara di appalto non dovessero consentire in radice a tutti gli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, come nel caso di modulo predisposto dalla stazione appaltante privo di uno spazio "fisico" sufficiente per l'indicazione dei costi in parola (ipotesi del tutto estranea al caso di specie, mai portata ad esimente dalla ricorrente principale, in presenza comunque di altra domanda concorrente – quella della ricorrente incidentale – ritualmente compilata).

In quell'occasione poi la Corte di Lussemburgo –rettificando l'esposizione del giudice amministrativo rimettente, che aveva evidenziato nel caso in esame una carenza prescrittiva della sanzione espulsiva – precisava invece che da quel fascicolo sarebbe emerso il contrario, visto che la legge di gara avrebbe comunque specificato che "per quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare si applicano le norme del codice dei contratti pubblici". Da questo semplice richiamo infatti il giudice europeo ne ha testualmente inferito che "...qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara di cui al procedimento principale, incluso l'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera".

In buona sostanza, la Corte UE non distingue troppo fra prescrizione dell'obbligo (*recte* dell'onere) e sanzione dello stesso, ritenendo che l'adempimento di un facere al concorrente in sede di offerta (anche se esternato mediante semplice e generico rinvio *ob relationem* al codice dei contratti, che a sua volta al suo interno tale adempimento prevede) rappresenti una sufficiente avvertenza, potenzialmente in grado di sen-

sibilizzare “qualsiasi offerente ragionevolmente informato” sulle conseguenze espulsive della violazione.

Alla luce delle illustrate considerazioni, resta dunque del tutto marginale il dibattito circa l'interpretazione dell'art. 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui quest'ultimo, secondo il ricorrente principale, non avrebbe esternato con sufficiente chiarezza le conseguenze della mancata indicazione dei costi di manodopera.

Torna a ripetersi, infatti, che, quanto al caso in esame, tale disciplinare non solo ha operato un richiamo tutt'altro che generico al codice dei contratti pubblici ed in specie all'articolo di riferimento 95 comma 10, ma ha per di più esplicitamente evidenziato – circostanza questa rimasta pacifica – l'obbligo di indicare (tutti) i costi della manodopera all'interno dell'offerta economica.

Nel delineato contesto prescrittivo e monitorio, rimane così influente la mancata specifica avvertenza sulle conseguenze espulsive che sarebbero scaturite dalla mancata osservanza della prescrizione in esame.

Né di contrario avviso si è posta la sentenza del Consiglio di Stato (invocata da controparte) sezione V n. 6688 del 4.10.2019 la quale, lungi dall'affievolire i contenuti della citata pronuncia europea, ha giustificato, nella vicenda al suo esame, il soccorso istruttorio per via di equivoci ed inesattezze del modello allegato al bando, che avrebbero ingenerato una diffusa propensione all'errore e all'omissione dichiarativa *ex art. 95 comma 10 codice degli appalti*. Circostanza, quest'ultima, come sopra visto, del tutto estranea al caso di specie.

Né infine può essere messo in dubbio che l'allegazione dei costi della manodopera comprenda anche i costi amministrativi che l'azienda è tenuta a sostenere, trattandosi anch'esso di un regime retributivo che riguarda i lavoratori coinvolti nell'espletamento dell'appalto (nella specie, come sopra visto, la ricorrente principale presenta una importante organizzazione di sostegno). Né possono valorizzarsi le eccezioni difensive basate sull'ininfluenza dell'omissione e/o sul suo carattere meramente formale, attesa l'importanza dell'adempimento e della necessità che quest'ultimo sia verificabile agevolmente a prima vista all'interno dell'offerta economica, ferma restando tra l'altro la necessità di rispettare la par condicio in relazione ai concorrenti che hanno impiegato sul punto la dovuta diligenza. Pertanto anche il ricorso incidentale trova accoglimento, per l'assorbente fondatezza della illustrata censura.

Una volta accolti entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), il collegio deve farsi carico degli effetti sulla futura attività amministrativa che scaturiscono dai disposti annullamenti.

In proposito, mentre la ricorrente principale ha invocato le pronunce della Corte di giustizia UE che precludono di conferire al ricorso incidentale – quando accolto – effetti paralizzanti sul ricorso principale, di contro la ricorrente incidentale ha patrocinato l'opposto principio, sostenendo che, nel caso di specie, il ricorso principale – diversamente da quello incidentale – non sarebbe escludente perché si sarebbe limitato ad impugnare, pur se sotto svariati profili, le modalità di scrutinio delle offerte condotte dalla Commissione, senza obiettare alcunché sulla legittimazione della ditta aggiudicataria a partecipare alla selezione; ne conseguirebbe che dall'accoglimento del ricorso incidentale (escludente) nessun qualificato interesse, neanche strumentale, conserverebbe la ricorrente principale verso l'accoglimento del proprio gravame; infatti – prosegue sempre il patrono della ditta aggiudicataria – a tutto concedere (vale a dire nella simultaneità caducatoria di tutti gli atti impugnati nel processo), la gara verrebbe ripetuta a partire dalla fase valutativa delle offerte, senza tuttavia la partecipazione della stessa ricorrente principale, ormai estromessa dalla gara per gli acclarati vizi partecipativi.

Il Collegio non condivide l'esposta ricostruzione giuridica, con particolare riguardo agli effetti conformativi che scaturirebbero dall'accoglimento del ricorso principale.

Al contrario di quanto sostenuto dalla ditta aggiudicataria, infatti, la caducazione degli atti valutativi della commissione – inficiati da illegittimità nel loro *modus procedendi* – non possono postulare una riedizione limitata alle sole fasi di gara interessate dalle censure, poiché la ripetizione delle procedure causerebbe fatalmente – ad offerte ormai aperte – il potenziamento, anziché l'eliminazione di quelle "illegittimità di pericolo" illustrate in precedenza.

In particolare, la giurisprudenza ha condivisibilmente osservato che, nell'ipotesi in cui venga annullata la fase valutativa delle offerte economicamente più vantaggiose, per l'illegittima precedenza di scrutinio data alla componente vincolata rispetto a quella discrezionale (situazione analoga a quella di specie), non è possibile salvare i precedenti atti, ivi compresa la presentazione delle offerte, non essendo ammissibile che l'originaria (o eventualmente nuova) Commissione reiteri le ope-

razioni valutative dopo che le offerte tecniche ed economiche siano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate. Si assisterebbe ad una sorta di paradosso canzonatorio, in cui il rimedio sarebbe di gran lunga peggiore del vulnus originario, con una procedura sostanzialmente “finta” e artificiosa, ormai pregiudicata dall’avvenuta apertura delle offerte (sul punto cfr. Tar Piemonte n. 503 del 15 aprile 2016); quanto sopra si atteggia ben diversamente dal caso in cui si debba più semplicemente riammettere in gara un’offerta illegittimamente esclusa, poiché in quel caso la conseguente valutazione dell’offerta pretermessa avviene in un momento in cui i giudizi sulle offerte concorrenti sono ormai del tutto definiti, senza lesione dei principi di segretezza e di par condicio tra le imprese concorrenti (così Consiglio di Stato A.P.30/2012).

Sintetizzando sul punto, entrambi gli avversi ricorsi decisi (e accolti) nella medesima causa hanno presentato carattere di reciproca esclusione, con conseguente applicabilità, nella specie, dell’ormai univoca giurisprudenza europea (da ultimo, in modo perentorio, Corte Giustizia UE sez. X 5.9.2019 C-333/2018), che oltre a prescrivere sempre il doveroso esame di tutti e due i gravami (a prescindere dalla fondatezza di quello incidentale e a prescindere dal numero delle ditte utilmente graduate), conferisce ai loro eventuali simultanei accoglimenti dei concreti effetti annullatori, mediante l’espulsione in sede giurisdizionale di entrambi i concorrenti dalla gara, in vista di possibili future utilità strumentali. Queste ultime risultano peraltro potenziate nella specie, poiché la tipologia di vizi censurata con il ricorso principale (id est, modalità di scrutinio delle offerte tecniche) non solo impedisce, per le ragioni di cui sopra, di salvare in sede conformativa le fasi di gara a monte, ma a maggior ragione non consente alla stazione appaltante qualsivoglia ripescaggio discrezionale di ditte estranee al contenzioso, rimaste in graduatoria dopo la doppia espulsione (nel caso di specie si tratta della terza ditta in gara, comunque ritualmente intimata in causa e non costituitasi in giudizio). Quanto sopra, poiché gli ormai acclarati vizi di metodo nella scelta del contraente in cui sono incorsi i commissari di gara hanno fatalmente compromesso la legittimità dell’intera graduatoria, ivi compresa la posizione della ditta estranea al contenzioso. In buona sostanza, nel caso di specie viene maggiormente valorizzato l’interesse strumentale delle odierne due ricorrenti (in via principale e incidentale) alla riedizione integrale della procedura, senza il rischio di alcuno scor-

rimento della graduatoria, pur delineato dalla stessa Corte di Giustizia nel caso in cui le due ditte contendenti non siano le sole rimaste in gara.

Resta in ogni caso salva la discrezionalità dell'amministrazione di indire nuova gara, integrando, ove del caso, i contenuti prestazionali dell'appalto con una aggiornata *lex specialis*.

In conclusione, trovano accoglimento, con gli effetti conformativi sopra illustrati, sia il ricorso principale che quello incidentale, con conseguente annullamento degli atti di gara impugnati dalle due ditte concorrenti.

La peculiarità delle questioni trattate oltre alla reciprocità di soccombenze consigliano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara accoglie sia il ricorso principale che il ricorso incidentale con gli effetti indicati in motivazione.

(omissis)

NOTA (1~9)

La decisione affronta numerose problematiche, tutte interessanti ed attuali, che in molti casi richiamano principi e tematiche approfonditi da importanti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, vere e proprie pietre miliari della giurisprudenza amministrativa.

Risulta, pertanto, opportuno procedere ad una distinta disamina di ciascuno degli argomenti più rilevanti.

1. In primo luogo, in relazione alla preliminare eccezione in rito – sollevata dall'amministrazione resistente – di nullità della notifica del ricorso effettuata a mezzo p.e.c. in base all'asserita inapplicabilità al processo amministrativo dell'art. 16 quater del decreto legge 18.10.2012 n. 179, il Collegio ritiene di superarla proprio attraverso il richiamo al principio enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6/2017, secondo il quale 'la notificazione del ricorso instaurativo del processo amministrativo può avvenire per posta elettronica certificata (PEC), nel rispetto delle disposizioni che la regolano, anche prima dell'adozione del DPCM 16.02.2016 n. 40 ed indipendentemente dall'autorizzazione presidenziale, di cui all'art. 52, comma 2, del codice del processo amministrativo'.

In verità il contrasto giurisprudenziale, che ha portato all'enunciazione del suddetto principio, riguardava una vicenda precedente all'entrata in vigore del DPCM 16.02.2016 n. 40 (secondo quanto previsto dall'art. 13, all.2 – norme di attuazione del c.p.a.) in quanto parte della giurisprudenza (in effetti minoritaria) riteneva che fin quando non fossero state emanate le regole tecniche per il processo amministrativo, il 'difetto di disciplina' rendeva impossibile l'applicazione della notificazione a mezzo PEC.

Sul punto il massimo Consesso amministrativo ha sciolto ogni dubbio, rilevando che:

a) il legislatore ritiene, ormai, la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata in materia civile, amministrativa e stragiudiziale, un mezzo ordinario di notificazione (art. 1 l. n. 94/1993);

b) il medesimo legislatore, nell'apportare modifiche alla l. n. 94/1993, ha previsto la necessità di adeguamento delle regole tecniche di cui al decreto del Ministero della Giustizia 21 febbraio 2011 n. 44 e, per altro verso ancora, ha fissato l'entrata in vigore delle modifiche alla legge n. 94/1993, al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto recante adeguamento delle regole tecniche (art. 16-quater, co. 3);

c) in tale contesto il comma 3bis, successivamente introdotto, che prevede che 'le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa', lungi dal poter essere interpretato nel senso di non consentire l'applicabilità immediata al processo amministrativo della notifica a mezzo PEC, esclude che disposizioni specificatamente previste per il processo civile e penale (e segnatamente quella sul differimento dell'entrata in vigore) possano essere estese anche al processo amministrativo, per di più producendo un effetto di 'paralisi' della notifica a mezzo PEC nell'ambito di quest'ultimo.

Corollario di tutto ciò, sempre secondo la Plenaria, è che 'la natura di mezzo generale di notificazione (e di immediata applicazione) riconosciuta alla notifica a mezzo PEC consente di affermare che la stessa non risulta impedita fin tanto che non è stato emanato il DPCM previsto dall'art. 13, all. 2 (norme di attuazione) del CPA; decreto recante regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l'aggiornamento del processo telematico (che come noto è stato successivamente emanato: DPCM 16 febbraio 2016 n. 40)'.

Orbene, è indubbio che il completo recepimento di questo utile mezzo tecnologico per la notifica dei ricorsi è risultato, quantomeno nella giustizia amministrativa, tutt'altro che agevole, ma è altresì pacifico che, intervenuto il DPCM n. 40/2016 e senza scomodare i principi della Plenaria n. 6/2017, non vi è più alcun possibile dubbio sulla piena applicabilità della disciplina della notifica a mezzo PEC.

2. Un secondo profilo, ugualmente interessante, riguarda la doglianza – avanzata dalla ricorrente principale – volta a censurare il modus operandi della commissione di gara, la quale ultima avrebbe anteposto l'esame dei criteri discrezionali rispetto a quelli vincolati (tabellari e quantitativi).

Il Collegio, infatti, condividendo l'impostazione difensiva della ricorrente, ha ritenuto illegittimo il comportamento del seggio di gara per aver 'proceduto in una sorta di metodo intermittente, alternando criteri vincolati a quelli discrezionali' e 'dando comunque prevalente priorità di esame ai criteri vincolati'.

Tutto ciò sulla base del principio giurisprudenziale secondo il quale 'L'esame dei criteri valutativi discrezionali deve sempre precedere il vaglio di quelli vincolati (anche a prescindere da diverse od omesse disposizioni di gara sul punto), al fine di evitare che, nella fase più delicata e soggettiva del giudizio, il seggio di gara abbia già presente la provvista di punteggio attribuita meccanicamente a tutti i concorrenti, così da conoscere se anche un decimale (da attribuire discrezionalmente) possa o meno fare la differenza vincente per uno o per l'altra ditta partecipante'.

Tale assunto, in realtà, non è altro che un corollario di un più generale principio, espresso ancora una volta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con la sentenza n. 30/2012) secondo il quale, relativamente alle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come quella nel caso di specie), risulta di primaria importanza il mantenimento dinanzi alla commissione della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche, al fine di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto (elemento vincolato) possa influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi tecnici (discrezionali); assunto, peraltro, ribadito più di recente dalla Quinta Sezione del Su-

premo Consesso Amministrativo¹, la quale ultima ha affermato² che 'il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali; costituisce, dunque, presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione'.

Ebbene, partendo proprio da tale granitico principio, la giurisprudenza delle Corti amministrative e l'Anac (con i pareri di precontenzioso nn. 8 del 29.07.2014 e 110 del 17.12.2014) ne hanno fatto discendere il corollario, fatto proprio dal T.a.r. Pescara nella sentenza in commento, secondo il quale 'nel caso di ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere evitato che una eventuale conoscenza degli elementi di valutazione di carattere automatico possa influenzare la valutazione degli elementi discrezionali'³.

3. Anche il secondo motivo di merito del ricorso principale (ugualmente volto a censurare il modus operandi della commissione) ha dato adito ad un interessante spunto di riflessione da parte del Collegio.

*Quest'ultimo, infatti, dovendo valutare la legittimità o meno del comportamento della commissione di gara, che non si era attenuta alle norme della *lex specialis*⁴ relative all'attribuzione dei coefficienti di va-*

1. Con la sentenza n. 6017 del 02.09.2019 (ma sul punto, in ultimo, anche Consiglio di Stato, Sezione III, n. 1350 del 24.02.2020).

2. Richiamando sul punto consolidata giurisprudenza del Giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7395 del 28.10.2019; id. n. 6017 del 02.09.2019).

3. Sul punto si era anche pronunciato molti anni prima il Tar Venezia affermando che 'costituisce principio generale nelle procedure concorsuali che gli elementi di valutazione aventi carattere automatico, come il prezzo, debbano essere conosciuti ed esaminati solo dopo che sia esaurita la valutazione dei profili implicanti apprezzamenti di ordine discrezionale, al fine di evitare che i primi possano influenzare i secondi (C.d.S., V, 2 maggio 1996, n. 501; id. 23 aprile 1998, n. 123; T.A.R. Veneto, sez. I, 19 dicembre 2001, n. 4305 e 14 novembre 2001, n. 3812; T.A.R. Puglia bari, sez. I, 4 agosto 1999, n. 1009)' (T.A.R. Venezia, Sez. I, n. 4648 dell'08.09.2003).

4. Il disciplinare di gara aveva ritenuto necessario, per l'esame dei coefficienti di valutazione dei criteri discrezionali, un vaglio individuale di ciascun commissario (con un range da 0

lutazione dei criteri discrezionali da parte dei singoli commissari, ha ricordato che, specie nei procedimenti concorsuali (e, dunque, a maggior ragione negli appalti pubblici), le regole di cautela e gli accorgimenti prudenziali sono importanti corollari della trasparenza pubblica.

Pertanto, sul punto ha richiamato e fatto proprio un noto principio dettato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵ (nella sentenza n. 26/2013)⁶, secondo il quale "Allorché l'Amministrazione si scosta in modo percepibile dall'osservanza di tali vincolanti regole comportamentali si determina una illegittimità di per se rilevante e insanabile, venendo in rilievo una condotta già ex ante implicitamente considerata come offensiva in quanto appunto connotata dall'attitudine a porre in pericolo o anche soltanto minacciare il bene protetto dalle regole stesse".

Si tratta, cioè, di quella che è stata definita dalla stessa Plenaria, 'mutuando la antica terminologia penalistica', come 'illegittimità da pericolo c.d. astratto', in quanto vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione, come tale sanzionabile presuntivamente, ovvero senza necessità di accertarne l'effettiva lesione.

Pertanto, sulla base di tali considerazioni e principi giurisprudenziali, il Collegio ha concluso ritenendo illegittimo il comportamento della Commissione di gara avendo quest'ultima superato quella che è stata definita dall'Adunanza Plenaria citata la c.d. 'soglia di criticità'.

4 e 5. Il Tar Pescara, oltre ad accogliere le doglianze avanzate dalla ricorrente principale, ha ritenuto altresì fondato il ricorso incidentale (promosso dalla società controinteressata) volto a censurare la mancata indicazione nell'offerta della ricorrente principale del costo del personale amministrativo-organizzativo⁷, nonostante l'espressa in-

a 1, da porre successivamente in media con i coefficienti attribuiti, allo stesso modo, dagli altri commissari), così rendendo il singolo giudizio del tutto autonomo da condizionamenti interni di tipo collegiale (e quindi 'umani' e non matematici), pur essendo alla fine esso il prodotto dell'operato di tutti i componenti della commissione, attraverso appunto la sua riconduzione a unità mediante la media matematica.

5. In verità sul punto il Collegio pescarese ha richiamato la sentenza del Tar Lazio, Sez. I quater, n. 1988 del 21.02.2018, che però a sua volta fa riferimento alla citata Adunanza Plenaria, che per prima ha statuito il principio.

6. Decisione che ha affrontato la annosa problematica della violazione dell'anonimato da parte della Commissione nei pubblici concorsi.

7. Sul punto il Tar Pescara, nella sentenza in commento, ha ritenuto che "Non può essere messo in dubbio che l'allegazione dei costi della manodopera comprenda anche i costi ammi-

dicazione in tal senso della lex specialis; costi, peraltro, esplicitati solo in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Il Collegio, infatti, tornando ancora una volta sulla annosa questione relativa all'obbligo di indicazione dei costi della manodopera (ai sensi dell'art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/16) e alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio (ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/16) al fine di sanare una tale omissione, ha ritenuto di aderire integralmente all'orientamento comunitario delineato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza Sez. IX 02.05.2019 C-309/18 (tema sul quale sono state svolte già in passato considerazioni – con la nota su P.q.m. III/2015, pag. 170 e ss. in relazione alla sentenza del T.a.r. Pescara n. 417/2015 – ed alle quali si rinvia integralmente in ordine alla situazione precedente alla suddetta decisione della Corte Europea).

Quest'ultima, infatti, era stata chiamata a dirimere la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della normativa dettata in materia dal vigente Codice degli Appalti (secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera in un'offerta economica, presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto) con i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24.

Ebbene, sul punto la Corte Lussemburghese ha sottolineato che il principio di parità di trattamento impone che tutte le offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti, mentre l'obbligo di trasparenza (che non è altro che un corollario del precedente principio) ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'obbligo in questione implica, in particolare, che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onere, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta

nistrativi che l'azienda è tenuta a sostenere, trattandosi anch'esso di un regime retributivo che riguarda i lavoratori coinvolti nell'espletamento dell'appalto”.

portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione¹.

Tali principi, a detta della Corte Europea, devono essere pertanto interpretati nel senso che non possono ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore.

Né tantomeno l'amministrazione aggiudicatrice può ammettere, sul punto, qualsiasi rettifica a omissioni concernenti i medesimi obblighi² nell'ipotesi in cui questi ultimi fossero richiesti dai documenti relativi all'appalto pubblico a pena di esclusione.

Da tali premesse la Corte di Giustizia ha, pertanto, concluso nel senso di ritenere che i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale, secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio "anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione"³.

Tale decisione è stata, pertanto, impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende sia dalle Sezioni del Consiglio di Stato (si veda Consiglio di Stato, V, 24.01.2020, n. 604; id., V, 10.02.2020 n. 1008) sia dal Giudice di prime cure (T.A.R. Lazio,

1. Così come già sostenuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 02.06.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36.

2. Per analogia, sentenze del 06.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 02.06.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10.11.2016, Cielat, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30.

3. Invece, per il caso opposto in cui le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, la Corte di Giustizia ha ritenuto che "i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

14.02.2020 n. 1994, emessa peraltro nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).

In queste occasioni, in particolare, una volta affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state sostanzialmente rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei moduli predisposti dalla stazione appaltante.

*Si tratta esattamente di ciò che è avvenuto nel caso di specie in cui il Tar Pescara ha ritenuto di concludere nel senso che dalla mancata o incompleta indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera "non può che scaturire un diretto ed univoco effetto espulsivo, finanche quando l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara di appalto (nel caso di specie tale obbligo risulta peraltro chiaramente indicato nella *lex specialis*); di contro, l'esperibilità del soccorso istruttorio viene limitata ai soli casi in cui la normativa nazionale non sia chiara sul punto (ma quella italiana ex art. 95 comma 10 è stata ritenuta del tutto univoca), ovvero quando le disposizioni della gara di appalto non dovessero consentire in radice a tutti gli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, come nel caso di modulo predisposto dalla stazione appaltante privo di uno spazio 'fisico' sufficiente per l'indicazione dei costi in parola (ipotesi del tutto estranea al caso di specie)".*

Nel caso in esame, infatti, il disciplinare non solo prevedeva un richiamo tutt'altro che generico al codice dei contratti pubblici ed in specie all'art. 95 comma 10, ma per di più esplicitamente evidenziava l'obbligo di indicare (tutti) i costi della manodopera all'interno dell'offerta economica.

6 e 7. A fronte dell'acclarata illegittimità del comportamento della commissione di gara e, dunque, a seguito dell'accoglimento dei suesposti motivi di ricorso (principale ed incidentale), il Collegio si è trovato a dover affrontare la delicata questione relativa al rapporto intercorrente tra il ricorso principale e quello incidentale (entrambi 'escludenti').

Ebbene, anche in questo caso il Tar ha ritenuto di condividere (ma, come si vedrà più avanti, non integralmente) l'ormai univoca giuri-

sprudenza europea (che ha trovato conferma nell'ultima decisione della Corte di Giustizia UE, Sez. X, 5.9.2019 C-333/2018), secondo la quale, in caso di proposizione nella medesima causa di un ricorso principale e di uno incidentale, aventi entrambi carattere di reciproca esclusione, il Collegio Giudicante deve procedere ad esaminare entrambi i gravami, a prescindere dalla fondatezza di quello incidentale e dal numero delle ditte utilmente graduate.

Occorre, infatti, ricordare che la sopra menzionata decisione della Corte di Giustizia ha ribadito che, dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma e paragrafo 3 della direttiva 89/665, risulta che i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

Così, quando, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, gli interessi perseguiti da entrambi sono considerati equivalenti.

Da tale principio il Giudice comunitario ne ha fatto discendere l'obbligo (come avvenuto nel caso di specie), per i Giudici nazionali investiti di tali decisioni, "di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente".

Tuttavia, la Corte Europea ha concluso nel senso di ritenere che, in caso di simultaneo accoglimento dei due ricorsi (principale ed incidentale), il Giudice nazionale deve procedere all'espulsione in sede giurisdizionale di entrambi i concorrenti dalla gara, con conseguente scorrimento della graduatoria ai fini dell'aggiudicazione della procedura (per il caso in cui, ovviamente, vi siano ancora imprese in gara).

Ebbene, solo su tale ultimo aspetto il Tar Pescara ha deciso di prendere le distanze dall'orientamento del Giudice comunitario, sino a quel momento seguito pedissequamente (considerato che aveva deciso di esaminare e accogliere entrambi i ricorsi).

Infatti, sul punto il Collegio, piuttosto che procedere all'esclusione dalla gara delle due ricorrenti (principale ed incidentale), ha ritenuto più opportuno 'valorizzare l'interesse strumentale' di queste ultime alla

riedizione integrale della procedura, "senza il rischio di alcuno scorrimento della graduatoria".

Tutto ciò alla luce degli acclarati vizi di metodo nella scelta del contraente in cui sono incorsi i commissari di gara, che hanno fatalmente compromesso la legittimità dell'intera graduatoria, ivi compresa la posizione delle ditte estranee al contenzioso.

8 e 9. Proprio su tale ultimo punto il Collegio si è dovuto soffermare in una interessante riflessione al fine di dirimere un ultimo punto controverso.

A fronte dell'acclarata illegittimità del comportamento della commissione di gara, infatti, il Tar si è trovato a dover decidere quale sorte dovesse spettare alla procedura di gara in questione, ormai irrimediabilmente compromessa.

Le possibili strade percorribili, prospettatesi al giudicante al momento della decisione, erano fondamentalmente due: da una parte la riedizione integrale della procedura in questione (con l'annullamento di tutti gli atti di gara), dall'altra parte la riedizione limitata alle sole fasi interessate dalle censure sopra esposte.

La questione non risultava di poco conto, alla luce dei numerosi principi amministrativi coinvolti nella scelta.

Ai fini della risoluzione della questione va, infatti, preliminarmente ricordato che lo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti della p.a. è soggetto in via generale ai principi di continuità delle operazioni e di contestualità delle valutazioni, al fine di assicurare al massimo grado l'obiettività ed omogeneità delle determinazioni della stazione appaltante nel rigoroso rispetto della par condicio dei partecipanti.

Va, altresì, ricordato che relativamente alle procedure incentrate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nel caso di specie), vale il già enunciato principio di mantenimento dinanzi alla commissione della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche, al fine di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi tecnici.

Ma, d'altra parte, non è senza rilevanza il principio di conservazione degli atti giuridici, che trova notoriamente variegata espressione in ambito civilistico negli artt. 1419 e segg. del Codice Civile e che è

riscontrabile in campo amministrativo nei molteplici condizionamenti e limiti imposti prima dalla giurisprudenza e poi esplicitamente dall'art. 21-octies della legge n. 241/90 e successive modificazioni, riguardo all'annullabilità degli stessi provvedimenti illegittimi.

Nel medesimo senso depone, infine, il principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa sancito in via generale dall'art. 1, comma 1, della stessa legge n. 241/90 e che trova significativa rispondenza nella regola di ragionevole speditezza dei procedimenti contemplata dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È proprio contemperando tali principi che il Tar Pescara affronta e dirime la questione, ritenendo di privilegiare e tutelare i principi di segretezza delle offerte e di par condicio tra le imprese concorrenti, irrimediabilmente compromessi nel caso di una rinnovazione 'parziale' della procedura: quest'ultima, infatti, determinerebbe il mantenimento delle offerte già presentate, con la evidente conseguenza che il seggio di gara si ritroverebbe a giudicare su offerte non solo note ma anche valutate.

Ciò genererebbe, dunque, quello che viene definito dal Collegio stesso 'una sorta di paradosso canzonatorio', in quanto il rimedio sarebbe di gran lunga peggiore del vulnus originario, con una procedura sostanzialmente 'finta' e artificiosa, ormai pregiudicata dall'avvenuta apertura delle offerte.

Pertanto, sul punto il Tar ha ritenuto di aderire all'orientamento giurisprudenziale prevalente⁴, ma non unanime⁵, secondo il quale, nelle procedure che si svolgono secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶, risulta necessaria la rinnovazione della gara a partire dalla ripresentazione delle offerte.

4. Consiglio di Stato, Sezione V, n. 8230 del 25.09.2010; id. n. 2612 dell'11.05.2006; Sezione IV, n. 3731 del 10.06.2004.

5. Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3136 del 12.06.2007; id. n. 1194 dell'08.03.2006; Sezione VI, n. 1168 dell'11.12.1998.

6. A differenza di ciò che avviene nelle procedure che si svolgono secondo il criterio del prezzo più basso, per le quali la prevalente giurisprudenza è nel senso di ritenere che l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività dei principi di continuità e segretezza possa comportare effetti pregiudizievoli in ordine alla obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 8230 del 25.09.2010; id. n. 2612 dell'11.04.2006; Sezione VI, n. 3174 del 16.06.2005, nonché numerose sentenze di primo grado).

Ciò in quanto l'alto tasso di discrezionalità, che caratterizza tale tipo di procedura, postula che il principio di segretezza⁷ venga comunque rispettato e, quindi, recuperato attraverso la ripresentazione delle offerte, onde evitare il rischio di parzialità in favore dell'uno o dell'altro dei concorrenti.

Una tale conclusione, come sottolineato dal Collegio, non enterebbe neppure in contrasto con i principi delineati dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012, in quanto relativa alla diversa fattispecie in cui un'offerta sia stata illegittimamente pretermessa e venga riammessa in gara a seguito del giudicato di annullamento dell'esclusione⁸.

In quel caso, infatti, la conseguente valutazione dell'offerta pretermessa non può che avvenire in un momento in cui i giudizi sulle offerte concorrenti sono ormai del tutto definiti, senza lesione dei principi di segretezza e di par condicio tra le imprese concorrenti⁹.

Pietro Cerceo

7. Il principio di segretezza dell'offerta economica si pone, infatti, a presidio dell'attuazione della regola costituzionale di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti.

8. Così come, peraltro, statuito anche dal Tar Piemonte n. 503 del 15.04.2016, richiamato nella sentenza in commento.

9. Difatti il principio di diritto dettato dalla Adunanza Plenaria era il seguente: "Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura".

III
INTERVENTI

Le procedure di allerta e di composizione assistita nella nuova legislazione sulla crisi di impresa

Premessa 1 – Rinvio dell'entrata in vigore

Con il Decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 è stata emanato il nuovo “Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza”, che doveva entrare in vigore dal 15 agosto 2020.

Vi è stato prima un rinvio, al 15 febbraio 2021, per le sole procedure di allerta, ovvero le procedure volte a favorire l'emersione anticipata della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 14 e 15) e poi un rinvio al 1° settembre 2021 dell'intero provvedimento legislativo, con il D.L.8 aprile 2020 n. 23.

Probabilmente le procedure di allerta (e comunque la nuova legge sulla crisi di impresa in generale, che presenta aspetti innovativi rispetto all'attuale legge fallimentare) rischiavano di essere fortemente “impat-tanti” a causa del COVID 19, soprattutto in un momento in cui l'intero tessuto economico è colpito da una grave forma di crisi economica recessiva e gli indicatori predittivi della crisi di impresa potrebbero non svolgere alcuna azione concreta ed anzi rischierebbero di aggravare la situazione; infatti scopo della norma che si intende esaminare (le procedure di allerta) è quello di intervenire sulle forme di crisi dell'impresa e di prevenire lo stato di insolvenza, ma l'impatto rischierebbe di essere imprevedibile in un tessuto economico alterato, che finirebbe con l'evidenziare eccessivamente ed impropriamente apparenti situazioni di crisi.

Il rinvio generale della nuova normativa, visto che ha avuto un lungo periodo di vacanza, è forse meno giustificabile ma probabilmente si è preferito continuare ad operare su un tessuto giuridico già noto, rimandando le novità, per intero, a tempi più tranquilli; il che appare ragionevole.

Del resto, in un momento di transizione e di difficoltà, è preferibile affidarsi ad una legislazione consolidata, con le sue certezze, che non affrontare una nuova legislazione, che presumibilmente darà problemi di adattamento, per via delle novità introdotte e che potrebbe non rispondere pienamente allo scopo di salvaguardare le imprese, dato il difficile momento economico, ed anzi rischierebbe di non svolgere un

ruolo selettivo, in quanto fin troppe imprese rischierebbero di essere coinvolte nella procedura di allerta e non verrebbero così correttamente individuate le imprese effettivamente capaci di proseguire l'attività economica, al di là del momento contingente.

Del resto, già nella situazione ordinaria, come vedremo e come anticipiamo, sono state sollevate perplessità sugli indici delle procedure di allerta, che rischiano di essere eccessivamente impattanti sul tessuto economico italiano, composto essenzialmente da piccole imprese, non sempre solide.

In ogni caso, nell'auspicio che una situazione economica risanata possa consentire l'applicazione della nuova legislazione, nei nuovi termini previsti, andiamo ad esaminare l'aspetto che ci riguarda.

Prima, però, un brevissimo cenno di carattere generale.

Premessa 2 – Cenni sul nuovo codice della crisi di impresa

Il nuovo codice disciplina le situazioni di crisi e insolvenza del debitore che eserciti una attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli Enti pubblici.

Il nuovo codice andrà quindi a sostituire la vigente normativa fallimentare, fatte salve alcune disposizioni contenute in leggi speciali (come previsto all'art. 1 – Ambito di applicazione, c.2: amministrazione straordinaria delle grandi imprese, ecc).

Il nuovo codice utilizza le nuove parole “crisi d'impresa” ed “insolvenza” e non menziona più le parole “fallimento” o “fallito”, tanto che si preoccupa anche di andare a modificare gli articoli del codice civile che menzionano le parole fallimento o fallito.

L'intento evidente, già dai titoli, è quello di spostare l'angolo visuale dal fallito, e quindi dalla crisi aziendale, al tentativo di soluzione, e possibilmente, di prevenzione della crisi stessa e comunque di considerare la crisi quale fenomeno oggettivo da risolvere nel migliore dei modi, anche sotto il profilo economico.

Il termine “fallimento” è quindi sostituito dall'espressione “liquidazione giudiziale”, al fine di evitare l'onta personale che si accompagna alla parola “fallito”

Ed è dovere dell'imprenditore adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

Quindi, l'angolo visuale privilegiato della nuova normativa è quello della prevenzione e della trasparenza, al fine anche di instaurare un rapporto di collaborazione leale tra debitore e creditori.

Infatti il debitore (art. 4 – Doveri delle parti) è tenuto ad illustrare la propria situazione in modo veritiero, completo e trasparente e ad assumere le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura mentre i creditori hanno il dovere di collaborare lealmente con il debitore e con i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi e con gli organi preposti alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Mi permetto, per converso, di ricordare alcune conseguenze, per il fallito, della dichiarazione di fallimento, nella stesura originale della legge fallimentare del '42, che oggi suscitano una certa impressione, e che fanno comprendere di come la visuale del legislatore sia del tutto mutata:

Il fallito era privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni e finanche la corrispondenza diretta al fallito doveva essere consegnata al curatore, il quale aveva il diritto di trattenere quella riguardante interessi patrimoniali, nel mentre il fallito aveva solo il diritto di prenderne visione. E (fortunatamente) il curatore doveva conservare il segreto sul contenuto della corrispondenza estranea agli interessi patrimoniali!

Da questo breve richiamo si comprende quale fosse l'ottica di partenza dell'attuale legge fallimentare e quanti gravi fossero, per il fallito, le conseguenze civili ed umane del fallimento.

E per quanto la legge fallimentare sia stata soggetta e numerose revisioni, lo spirito originario, in certo senso, permane; e sotto tale profilo, la nuova legislazione può considerarsi sicuramente opportuna e innovativa.

La procedura di allerta – finalità

La procedura di allerta, fondata su indici che fanno presumere una situazione di difficoltà economica dell'impresa, ha lo scopo di evidenziare la crisi, nel tentativo di porre in essere una risoluzione prima che si pervenga allo stato di insolvenza.

Infatti, il ritardo nel percepire i segnali di crisi possono portare ad una crisi irreversibile, ed invece l'intento del legislatore è quello di consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e di salvare le capacità imprenditoriali di chi potrebbe andare incontro ad un fallimento, favorendo invece una gestione "morbida" della crisi, che non sfoci nella insolvibilità.

E soprattutto, la prevenzione della crisi ha la funzione di salvare l'occupazione, che è sottesa all'impresa in crisi; in definitiva, in caso di fallimento, oltre ai costi per l'imprenditore (ammesso – aggiungo una cattiveria – che qualcuno fallisca con "i soldi in mano"), ed ai costi per i creditori, vi è un costo sociale legato alla perdita dell'occupazione, che grava in parte sui lavoratori ed in parte sui sistemi di previdenza, già in affanno.

Quale breve digressione, si evidenzia che, anche al fine favorire la prevenzione della crisi, le imprese dovranno dotarsi di sistemi informativi e di adeguate piattaforme, per avere un controllo dei flussi, per rilevare eventuali segnali di crisi e per avere un controllo di gestione di cassa e che, ai sensi dell'art. 379, le società a responsabilità limitata o cooperative dovranno nominare un organo di controllo o un revisore quando negli ultimi due esercizi consecutivi è superato almeno uno dei seguenti tre limiti:

- 1) Il totale dell'attivo dello stato patrimoniale è maggiore di due milioni di euro;
- 2) I ricavi delle vendite e delle prestazioni superano i due milioni di euro;
- 3) I dipendenti occupati in media durante l'esercizio superano le 10 unità.

Quindi, almeno per una categoria di società a responsabilità limitata l'impatto della nuova legislazione sulla crisi sarà notevole ed imporrà anche modifiche statutarie.

La regola generale, che orienta poi anche l'istituto che andremo ad esaminare, è che in caso di allerta (art 375) l'imprenditore (in questo caso, collettivo) deve "attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale".

Si evidenzia che è indicatore di crisi lo stato di difficoltà economico finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le

imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

Più precisamente l'art 13, detta dei criteri di carattere generale e specifica che "costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa ... rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso"; costituiscono indici utili quelli che misurano la sostenibilità degli oneri di indebitamento con i flussi di cassa e sono indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.

Il legislatore, dopo aver dettato criteri di carattere generale, demanda (comma 2) al Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti di elaborare, con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica, secondo le classificazioni I.S.T.A.T., i suddetti indici, da valutarsi unitariamente.

È abbastanza singolare il ricorso ad indici esterni, e futuri e, al di là della oggettiva ragionevolezza della norma, potrebbe dubitarsi della sua legittimità formale; senonché lo stesso legislatore si premura di fissare una "valvola di sfogo": l'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio ma, al contempo, deve indicare gli indici ed un professionista ne deve attestare la loro idoneità in rapporto alla specificità dell'impresa; l'attestazione dovrà essere allegata alla nota integrativa.

In sintesi, l'elemento rilevante è l'oggettiva possibilità (o impossibilità) di gestire, in termini prospettici, l'azienda in una situazione di economicità complessiva; e le procedure di allerta e composizione sono dirette a riportare in equilibrio l'azienda, o a trovare un accordo con i creditori, cercando di evitare in ogni caso lo stato di insolvenza ed il ricorso alle relative procedure.

Le procedure di allerta – ambito di applicazione.

Gli strumenti di allerta che, come vedremo, hanno una funzione non solo preventiva ma anche consultiva, non sono destinati alla generalità delle imprese ma sono dirette ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, ad esclusione però delle grandi imprese, dei gruppi di rilevanti dimensioni, delle società quotate diffuse tra il pubblico e co-

munque di tutta una serie di attività bancarie, finanziarie e assicurative descritte all'art. 12, società, queste ultime, per le quali lo strumento delle procedure di allerta sarebbe chiaramente inadeguato.

Le procedure di allerta, in questa ottica, si applicano invece alle imprese agricole ed alle imprese minori.

Le procedure di allerta, per la loro natura non giudiziale, sono residuali e sono destinate ad essere chiuse, o a non essere avviate, qualora penda una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dalla nuova legislazione fallimentare.

Le procedure di allerta – gli aspetti operativi – la segnalazione all'OCRI.

È previsto, come vedremo meglio in seguito, un apposito Organismo di Composizione della Crisi, da istituirsi presso ciascuna Camera di Commercio (OCRI), che opera attraverso un referente, individuato nel segretario generale della camera di commercio o in un suo delegato.

Il ricorso all'organismo potrà avvenire su richiesta dell'imprenditore o mediante due differenti binari: un sistema di allerta interno, che rimette la segnalazione dei sintomi del malessere aziendale oltre che all'imprenditore stesso anche ad organismi di controllo "interni" al sistema, quali il collegio sindacale, il revisore contabile, la società di revisione ed un sistema esterno, che rimette la segnalazione dei sintomi ai creditori pubblici qualificati.

Gli organismi interni (sindaci e revisori) saranno tenuti a segnalare le situazioni di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario o il rischio di continuità aziendale dettati dalla presenza di indici non coerenti o corretti, in primis, all'organo amministrativo, che deve riferire in ordine alle soluzioni individuate ed alle iniziative intraprese; in caso di inadeguata risposta o di mancata adozione delle misure necessarie gli organi suddetti dovranno effettuare segnalazione all'OCRI.

Al fine di rendere edotti gli organismi di controllo di possibili situazioni di crisi, è anche introdotto l'obbligo, per le banche e gli altri intermediari finanziari, di comunicare agli stessi variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti.

I creditori pubblici qualificati (art. 15) sono l'Agenzia delle Entrate, L'istituto nazionale della previdenza Sociale e l'Agente della riscossione; i primi due soggetti hanno l'obbligo, a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono debitori, di dare

avviso al debitore che la sua esposizione ha superato l'importo rilevante di cui al successivo comma 2 e che, se entro 90 giorni non avrà estinto o altrimenti regolarizzato interamente il debito, o non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI; l'Agente per la riscossione (più blandamente), in caso di mancata segnalazione, non può opporre i crediti per spese ed oneri di riscossione.

Il comma 2 stabilisce quando l'esposizione debitoria è di importo rilevante; quindi, in caso di obbligo di segnalazione da parte di creditori pubblici qualificati, i casi contemplati sono identificati in termini numerici ben precisi, né potrebbe essere altrimenti.

Si segnala, in estrema sintesi, ed al solo fine di comprendere l'ordine di grandezza in gioco, alcuni casi che danno luogo a segnalazione, da parte dei predetti enti pubblici:

a) Per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare non versato dell'IVA sia almeno pari al 30 per cento del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a 25.000 euro, per volume d'affari fino a 2.000.000 di euro, salvo differenti scaglioni;

b) Per l'INPS quando il debitore è in ritardo di oltre 6 mesi nel versamento dei contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000;

c) Per l'agente per la riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati superi, per le imprese individuali, la soglia di 500.000 euro, e per le imprese collettive, la soglia di 1.000.000 di euro.

L'organismo di composizione della crisi ed il procedimento

Dovrà essere istituita presso ciascuna camera di Commercio, come abbiamo già fatto cenno, un Organismo di Composizione della Crisi di Impresa (OCRI) ed è prevista pure la figura del referente.

A seguito della segnalazione, viene nominato dall'OCRI un collegio di tre esperti (art. 17) ed il debitore è convocato per una audizione riservata.

La designazione dei membri del collegio segue regole stringenti ed è orientata ad offrire all'imprenditore in crisi un valido supporto;

basti dire che uno dei membri deve appartenere all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore; tali designazioni sono chiaramente ed espressamente finalizzate (comma 4) a garantire che nel collegio vi siano le professionalità necessarie per la gestione della crisi sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale.

Come sopra evidenziato, l'audizione del debitore dinanzi al Collegio assume carattere riservato; la riservatezza ha lo scopo di non far allarmare i creditori, in quanto gli allarmismi potrebbero pregiudicare l'immagine dell'impresa o l'accesso al credito.

Terminata l'audizione, il collegio deve valutare, sulla base delle informazioni fornite, se vi siano indizi di crisi e quali siano; se il collegio ritiene che non vi siano stati di crisi, dispone l'archiviazione della segnalazione. Si evidenzia che lo stato di crisi è escluso quando è attestata l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni (chiaramente, onde evitare crisi per le imprese che non hanno liquidità a causa di crediti verso lo "Stato").

Invece, il Collegio assume una funzione propulsiva nel caso venga rilevata l'esistenza di uno stato di crisi, in quanto, in collaborazione con il debitore, individua le possibili misure per porvi rimedio e fissa il termine entro il quale il debitore deve riferire sulla loro attuazione.

Quindi questa fase, che possiamo chiamare preliminare rispetto al vero e proprio procedimento di composizione della crisi, ha essenzialmente la funzione di prestare ausilio all'impresa e cercare di prevenire la crisi.

Quindi questa fase, pur nata da fatti oggettivi, è ancora destrutturata, nel senso che ogni iniziativa è sostanzialmente demandata alla iniziativa del collegio, quindi a professionisti che consigliano sulla soluzione della crisi.

Ovviamente, nel caso il debitore non assume alcuna iniziativa allo scadere del termine, il collegio dà immediata comunicazione in forma scritta al referente, che ne dà immediata segnalazione agli autori delle segnalazioni.

Viene da chiedersi se tutto questo procedimento, che richiede costi ed impegni non irrisori, sia effettivamente funzionale e non costituisca un duplicato di quello che una impresa correttamente gestita dovrebbe praticare in proprio; sull'efficacia del provvedimento staremo a vedere; è pur vero che la presenza di questo procedimento costituisce uno

stimolo ad operare correttamente ed ha comunque una funzione anticipatoria e preventiva, e comunque di pungolo al rispetto di una corretta gestione delle imprese.

Il Procedimento di composizione assistita della crisi

Il procedimento in questione (art. 19-23) viene aperto su istanza del debitore, anche all'esito dei colloqui con il collegio, ed è finalizzata alla composizione della crisi ed avrà una durata di tre mesi, prorogabile fino a sei, per raggiungere un accordo con i creditori.

Il Collegio acquisisce nel più breve tempo possibile, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economico e finanziaria dell'impresa nonché un elenco dei crediti e delle relative cause di prelazione.

Il debitore può procedere ad accordi di ristrutturazione con i creditori ed il Collegio, qualora il debitore dichiari di voler presentare domanda di omologazione, procede ad attestare, su richiesta del debitore, la veridicità dei dati aziendali.

L'accordo con i creditori deve avere forma scritta, e depositato presso l'organismo e non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto.

Ove non si sia raggiunto un accordo con i creditori coinvolti, e permane la situazione di crisi, (art. 21) il Collegio invita l'impresa ad esperire una delle procedure di insolvenza tradizionali.

Inoltre, l'OCRI, da comunicazione della conclusione negativa del procedimento ai soggetti di cui agli articoli 14 e 15, che non vi hanno partecipato.

Ma non solo; è previsto un ulteriore meccanismo di salvaguardia, per far sì che, ove ne ricorrano i presupposti, si pervenga all'apertura di una procedura giudiziaria.

È prevista, infatti, la segnalazione al Pubblico ministero, per il caso di mancata composizione della crisi, su iniziativa del collegio, e se ricorrono due ipotesi concomitanti.

In particolare il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente uno stato di insolvenza del debitore, ne dà notizia al referente al Pubblico Ministero ove si sia verificata una delle seguenti situazioni:

- Il debitore non compare per l'audizione;

– Dopo l'audizione, non presenti istanza al collegio per una soluzione concordata della crisi (salvo, ovviamente, il caso di archiviazione del procedimento);

– All'esito delle trattative non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnatogli.

Il Pubblico Ministero, se ritiene fondata la notizia di insolvenza, presenta ricorso per l'apertura della procedura giudiziale (art. 38).

Quindi, interesse del legislatore è quello di prevenire la crisi di impresa ma anche quello di far sì che si aprano, il prima possibile, le procedure giudiziarie dirette a gestire la crisi di impresa, ove non risulti praticata una diversa soluzione.

Le misure premiali

Sono previste misure premiali per l'imprenditore che segnali tempestivamente lo stato di criticità e proponga tempestivamente istanza di composizione assistita della crisi all'OCRI, o domanda di ammissione ad una delle procedure giudiziali di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 24).

Le misure premiali, previste dall'art. 25, sono, in sintesi, la riduzione degli interessi alla misura legale, applicazione in misura ridotta delle sanzioni ed interessi tributari, proroga dei termini per il deposito del concordato preventivo.

Sono anche previsti benefici penali per il caso di bancarotta, semplice o fraudolenta; in sostanza, l'imprenditore beneficia di una causa di non punibilità se presenta tempestivamente l'istanza per accedere alle procedure per scongiurare la crisi d'impresa, ma solo per danni di piccola entità.

Tale scelta appare in linea con la tendenza a considerare l'effettiva lesività concreta dei reati e quindi, ad escludere, o considerare meno grave il reato, quando la lesione del bene protetto, in termini sostanziali, sia particolarmente lieve.

Mi permetto una breve divagazione (o forse, un volo pindarico); tanti anni fa (purtroppo, per gli anni) mi ritrovai casualmente, durante un viaggio in autobus, a parlare con uno storico del Diritto Italiano (più che altro, da buon professore, parlò lui) e con un giudice sulla legi-

slazione premiale antiterrorismo, o antimafia; il Giudice ne sosteneva, tutto sommato, la funzionalità mentre il Professore sosteneva che la legislazione premiale era propria di uno stato debole e che era stato, per l'appunto, adottata a suo tempo dallo stato Pontificio, e che la debolezza dello Stato la rende poco incisiva, ma che uno stato di diritto non dovrebbe adottarla; da allora ho sempre avuto una certa diffidenza (istintiva) per le legislazioni premiali.

Mi sembra, però, che in una materia particolarmente tecnica quale quella in esame la legislazione premiale, anche se non porterà a grossi risultati, possa comunque essere l'ausilio, anche perché il potere repressivo può, oggettivamente, fare ed incidere ben poco sui comportamenti imprenditoriali.

Soglie degli indicatori di crisi: approfondimenti

Come abbiamo visto, la riforma della legge fallimentare prevede l'avvio di procedure speciali di allarme in presenza di indicatori di crisi (ossia, di squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario).

Il CERVED ha predisposto, nell'ottobre 2018, sulla base della legge delega per la riforma fallimentare, degli studi sugli indici finanziari rilevanti ai fini dei sistemi di allerta (Riforma legge fallimentare: simulazione soglie per i sistemi di allerta, su internet: <https://know.cerved.com/imprese-mercati/legge-fallimentare-allerta-per-crisi/>) e sono state evidenziate preoccupazioni relative alla quantità di imprese che teoricamente potrebbero essere coinvolte nella procedura.

Ciò significherebbe svuotare di significato la norma e/o produrre una mole di lavoro insostenibile per gli organi di controllo.

Il Cerved, dopo attenta disamina economica, alla quale si fa pieno riferimento, evidenzia, nelle conclusioni, che l'utilizzo degli indici di bilancio rischia di attivare un gran numero di segnalazioni.

A parere del Cerved, una combinazione di due o più indicatori renderebbe più efficiente il procedimento di alert, e comunque, per evitare un impatto rilevante, andrebbero utilizzate soglie di alert anche in relazione a diverse classi dimensionali.

E nello studio viene pure evidenziato che, nel caso non si scegliesse soglie differenziate per fascia dimensionale o per età dell'impresa, ad essere segnalate sarebbero soprattutto le imprese piccole e più giovani.

Non entro in merito all'argomento, che concerne aspetti economici e contabili, ma basti evidenziare che la scelta degli indicatori richiede attenzione tecnica affinché le procedure di allerta possano funzionare correttamente, senza destabilizzare il sistema economico e, per sovraccarico, la stessa organizzazione alla quale è demandato l'esame delle situazioni di allerta.

E si comprendono pure i motivi per cui le procedure di allerta siano state oggetto di differimento già all'insorgere del COVID 19, in quanto, effettivamente, costituiscono il momento più innovativo, ma anche più delicato della nuova legislazione.

Giuseppe Malcangi

IV
VITA FORENSE

La “Giustizia” al tempo del Covid-19

Introduzione

“La giurisdizione va salvaguardata e potenziata quale funzione ‘primaria dello Stato’ costituzionalmente posta per la concreta ed effettiva realizzazione dei diritti dei singoli, della collettività e del sistema produttivo del paese, al fine della concreta realizzazione dei valori di libertà ed eguaglianza sostanziale ed assicurando le esigenze di certezza dei rapporti sociali ed economici”. Il richiamo ai valori costituzionali, come espressi in una mozione approvata nel corso del Congresso Nazionale Forense di Roma del 2019, quale “Massima Assise dell’Avvocatura Italiana”, sono stati ribaditi in un recente documento dell’OCF, con cui è stata evidenziata la ineludibile necessità di una effettiva ripresa dell’attività giudiziaria.

In effetti, le numerose norme di legge emanate nel corso della emergenza epidemiologica, spesso prive di coordinamento e sistematicità, hanno creato sull’intero territorio nazionale una situazione disomogenea, tanto che sono stati adottati oltre trecento tra “linee guida” e/o “protocolli” (diversi per ogni singolo ufficio), che non sempre individuano regole unitarie di trattazione sia dei processi civili, che di quelli penali e di lavoro, sì da interferire anche sulle garanzie delle parti e sul diritto di difesa come previsti da norme processuali di rango primario. Si è arrivati al paradosso che gli Avvocati sono costretti a cercare (spesso con difficoltà) sui vari siti istituzionali i distinti protocolli per comprendere in concreto se le singole cause o gli specifici processi vengano trattati, in presenza o da remoto, ovvero rinviati.

In effetti, tutte le varie componenti dell’Avvocatura hanno sin da subito evidenziato che era stata lasciata eccessiva discrezionalità ai singoli Capi degli Uffici Giudiziari per la disciplina della trattazione degli affari durante la c.d. “fase 2”, in mancanza di un chiaro ed omogeneo quadro normativo di riferimento, che ha determinato la creazione di situazioni diverse presso ogni Tribunale. Addirittura, è accaduto che all’interno del medesimo Tribunale i singoli giudici abbiano adottato regole diverse di trattazione per contenziosi omogenei.

Peraltro, l'adozione da parte del legislatore del lavoro agile quale modalità di lavoro "ordinaria" nel corso della emergenza, ha imposto ai Capi degli Uffici Giudiziari di consentire anche ai cancellieri il lavoro da casa, creando problemi enormi alla gestione delle attività ordinarie dei Tribunali, quantomeno relativamente alla comunicazione dei semplici rinvii. Ciò perché, di fatto, i cancellieri, salvo pochissime eccezioni, non hanno possibilità di collegarsi ai sistemi informatici del Ministero (quale ad esempio, il PCT) per mancanza dei dispositivi (siano esse schede per l'accesso ai programmi, o anche computer portatili), con la ovvia conclusione che da casa i cancellieri non possono che "sistemare" i fascicoli cartacei.

In definitiva, il lavoro agile non è stato mai attuato nel comparto Giustizia, che forse aveva bisogno di regole normative specifiche! Il sistema Giustizia non era pronto per lo *smartworking*, sicché la crisi dovuta al Covid ha evidenziato in maniera eclatante le numerose carenze endemiche degli Uffici Giudiziari, che oramai da decenni non forniscono una risposta adeguata di Giustizia alla società, ai cittadini, alle imprese.

Il dato statistico approssimativo, individuato da alcuni studi compiuti dalle associazioni forensi nel corso della pandemia, rende ancor più chiaro il quadro della situazione. Dal 9 marzo all'11 maggio era presente nei Tribunali non più 20/30% dei cancellieri (in media, ciascuno andava al lavoro un solo giorno a settimana), mentre dal 12 maggio la percentuale è salita di poco, attestandosi sul 50/60% (la presenza in Tribunale di ciascun cancelliere è di circa tre giorni a settimana).

In sostanza, la condizione della macchina giudiziaria ha raggiunto uno dei livelli più critici della storia repubblicana, tanto da potersi ragionevolmente sostenere che i diritti degli Italiani sono sostanzialmente bloccati ed in ostaggio dei Tribunali di fatto inattivi.

La Giustizia è stata ed è tuttora paralizzata!

Invero, nei primi mesi della emergenza l'attività dei Tribunali si è fermata del tutto (tranne che per la trattazione di pochissimi affari in materia civile e penale), mentre ancora oggi, durante quella che è stata definita la "fase 2" dell'auspicata ripresa, non vi è stato alcun sostanziale aumento nella trattazione delle cause civili e dei processi penali, laddove vengono trattati (nei casi migliori) circa un decimo delle cause e dei processi fissati (tale percentuale è addirittura inferiore per gli affa-

ri trattati dai Giudici di pace, la cui attività in concreto non è mai ripresa, salvo modestissime eccezioni, anche per sostanziale impossibilità di svolgere le cause civili da remoto).

Non soltanto si sta assistendo ad una trattazione minimale di processi, ma addirittura i rinvii vengono effettuati a distanza di molti mesi, se non di anni.

A ciò aggiungasi, che non soltanto vi è una generalizzata impossibilità di accedere ai Tribunali, ove spesso sono stati allestiti dei "punti di accesso unici" o "Urp", presso i quali è possibile svolgere a giorni alterni le ordinarie attività di cancelleria, ma addirittura in numerosi casi è assai difficoltoso contattare per telefono le cancellerie, anche solo per prendere un appuntamento per lo svolgimento di adempimenti urgenti.

L'assunzione di misure legislative serie e concrete, finalizzate ad un pronto riavvio delle attività giudiziarie sin dal prossimo 1° luglio 2020, si rende necessario in considerazione del quadro epidemiologico notevolmente migliorato nelle ultime settimane. L'esigenza di Giustizia dei cittadini, della quale gli Avvocati sono portatori, non può avere una minore considerazione della esigenza di riapertura di bar, ristoranti, palestre, teatri. Sono necessari interventi immediati a tutela della Avvocatura Italiana, già penalizzata dalla grave recessione economica che ha investito il nostro paese già prima della epidemia, aggravata dal sostanziale completo blocco delle attività giudiziarie protrattosi, di fatto, per oltre tre mesi.

In questo difficile quadro socio economico, si stagliano le numerose iniziative intraprese sia dagli organi rappresentativi nazionali dell'Avvocatura (come, ad esempio, il "Documento per la Ripresa della Giustizia Italiana" promulgato dall'OCF in concomitanza con manifestazioni di protesta a livello nazionale e distrettuale), che dal COFA (con la delibera del 9 Giugno 2020), oltre che dai singoli COA e dalle associazioni, sia a livello nazionale che locale.

Se è vero quanto affermato 25 anni or sono dall'avv. Attilio Cecchini, decano degli Avvocati abruzzesi, nel corso della inaugurazione dell'Anno Giudiziario, che "*i cittadini hanno bisogno della Giustizia come il pane*", come ricordato dall'avv. Franco Sabatini in un recente confronto con i giuslavoristi, gli Avvocati non possono consentire che l'attività giudiziaria rimanga bloccata per un ulteriore lungo periodo di tempo.

E sarebbero poche e semplici le misure da adottare nei singoli Tribunali per procedere alla immediata ripresa dell'attività giudiziaria:

1) fissazione di modalità di svolgimento delle attività giudiziarie in modo uniforme su tutto il territorio nazionale;

2) dotazione di adeguati strumenti informatici per il personale degli uffici giudiziari al fine di garantire l'effettivo svolgimento delle attività da remoto;

3) aumento del fondo di dotazione del patrocinio a spese dello Stato;

4) facilitazione dell'accesso ai Tribunali da parte degli Avvocati, tornando alla celebrazione delle udienze in presenza secondo ruoli sempre più vicini a quelli ordinari, magari attraverso anche la fissazione d'udienze straordinarie;

5) ritorno degli UNEP alle modalità di lavoro ordinarie;

6) ampliamento delle giornate e delle ore dedicate alle udienze, da tenersi anche nel pomeriggio;

7) limitazione al massimo del lavoro agile da parte del personale amministrativo;

8) riapertura immediata delle cancellerie e delle segreterie, magari con ampliamento dell'orario anche nel pomeriggio.

Al fine di fornire un segnale significativo di presidio ed attenzione sulla delicata situazione della Giustizia è stata organizzata per il 23 giugno 2020 una manifestazione nazionale dall'OCF, in concomitanza con manifestazioni distrettuali, anche al fine di sensibilizzare l'opinione pubblica sulla volontà della Avvocatura di tornare immediatamente al lavoro nelle aule dei Tribunali, impedendo che ulteriori ritardi possano minare ancor di più la credibilità della funzione giurisdizionale.

Goffredo Tatozzi

Protocolli, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia civile nel periodo di emergenza epidemiologica

A seguito dell'emanazione di numerose norme succedutesi in un brevissimo lasso di tempo per effetto della pandemia di Covid-19, si sono avute conseguenze anche nel settore della giustizia civile.

Innanzitutto, essendo stati sospesi tutti i termini giudiziari dal 9 marzo 2020 al 12 maggio 2020, le udienze dei procedimenti civili pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono state rinviate d'ufficio a data successiva, con sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto o adempimento, con l'eccezione delle attività a c.d. trattazione necessaria, elencate all'art. 83, comma 3, lett. b) e c) D.L. 18/2020 convertito nella L. 27/2020, che nelle more della sospensione sono state trattate "da remoto" o in presenza.

Ai capi degli uffici giudiziari si è demandato il compito di adottare le misure idonee a contrastare l'emergenza epidemiologica e a contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, con la limitazione dell'accesso del pubblico, garantendo comunque l'ingresso alle persone che debbono svolgere attività urgenti, con la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, con l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze.

Tutti gli Uffici giudiziari del Distretto si sono dotati di protocolli / linee guida, che presentano – per la fase 2 dell'emergenza, ovvero dal 12 maggio al 31 luglio – l'elemento comune della previsione della trattazione da remoto o scritta dell'udienza civile, introdotta dall'art. 2, comma 2, lettera h, D.L. 11/2020 e art. 83, comma 7, lettera h D.L. 18/2020 convertito nella L. 27/2020, come alternativa "figurata" a quella orale di cui al codice di procedura, laddove non sia necessaria – anche perché non disposta – la presenza di soggetti processuali diversi dai difensori.

La trattazione scritta avviene mediante scambio e deposito esclusivamente telematico di atti (note scritte che devono contenere in maniera sintetica soltanto istanze e conclusioni) tra i difensori, previa comunicazione da parte della cancelleria contenente l'avvertimento che il mancato deposito equivale a mancata comparizione e termine fino a 4 giorni prima

dell'udienza (o altro termine, a seconda dei casi) per il deposito (tali termini sono sfalsati se le note non sono congiunte).

Con riferimento ai singoli documenti, la Corte d'Appello ha previsto la ripresa delle attività giudiziarie a far data dal 12 maggio per i procedimenti di competenza della Sezione per i Minorenni, di volontaria giurisdizione e quelli ordinari fissati ai sensi degli art. 181, 309 e 348 c.p.c., ovvero per la sospensione dell'esecuzione della sentenza, nonché quelli definiti a "trattazione prioritaria" (cause di "vecchio rito", reclami contro sentenze di fallimento, di separazione e divorzio, di rinvio dalla cassazione, di revocazione, aventi come parte una procedura fallimentare o concordataria, fissati per la precisazione delle conclusioni), in modalità cartolare (trattazione scritta). La cancelleria dovrà darne avviso alle parti almeno 7 giorni prima e le note potranno essere depositate fino alle ore 11 del giorno dell'udienza, con facoltà per i difensori di depositare note di replica fino alle ore 11 del giorno successivo.

Tutte le altre cause sono rinviate a data successiva al 30 giugno, salvo casi di richieste urgenti di discussione sulla sospensione di sentenze.

Le cause di lavoro già fissate si terranno mediante trattazione scritta, salvo motivata richiesta delle parti di discussione orale (da depositare almeno una settimana prima dell'udienza) con conseguente rinvio ad altra data per la trattazione da remoto o in presenza; la cancelleria da comunicazione della trattazione scritta 10 giorni prima della data fissata per l'udienza e le parti possono depositare le note fino alle ore 12 del quinto giorno antecedente l'udienza.

Il Tribunale di L'Aquila ha previsto il rinvio d'ufficio a data successiva al 31 luglio di tutte le udienze civili (ivi comprese quelle di esecuzione immobiliare e mobiliare e fallimentari), salve quelle non sospese di cui al cit. art. 83, comma 7, lettera h D.L. 18/2020, che si terranno in presenza a porte chiuse o da remoto (ovvero, in alternativa, con trattazione scritta).

Il Tribunale di Pescara ha previsto la trattazione delle cause civili (famiglia, volontaria giurisdizione, esecuzioni, fallimentare) in modalità ordinaria soltanto con riferimento a quelle di cui al cit. art. 83 comma 3, lett. b) e c) D.L. 18/2020, preferibilmente su istanza congiunta delle parti e nel caso in cui sia richiesta la presenza personale delle parti; tali udienze si terranno in presenza, ovvero, ove possibile da remoto, o ancora mediante trattazione scritta se fissate: per la precisazione delle conclusioni, per la discussione orale, per la valutazione di richieste nei provvedimenti

cautelari che non richiedano la comparizione personale delle parti, per la valutazione di richieste istruttorie, nonché (dall'1.7.2020) i procedimenti *ex art. 702-bis/quater c.p.c.*. Le udienze già fissate per l'assunzione di mezzi istruttori saranno rinviate d'ufficio a data successiva al 31 luglio.

La cancelleria da avviso alle parti del provvedimento del giudice – da emettersi 14 giorni prima – che dispone la trattazione scritta almeno 6 giorni prima dell'udienza, con termine alle parti fino a 4 giorni per il deposito di note ed il provvedimento del giudice sarà assunto fuori udienza.

Per le amministrazioni di sostegno e le tutele di minori si provvederà comunque, disponendo il differimento dell'istruttoria a data successiva al 31 luglio, con giuramento del tutore/amministratore di sostegno anche da remoto.

Il Tribunale di Teramo ha previsto la trattazione dei soli procedimenti di cui al cit. art. 83 D.L. 18/2020 in modalità ordinaria, preferibilmente su istanza congiunta delle parti, con prevalenza della modalità scritta e, ove non possibile, da remoto, con le ulteriori modalità previste nei protocolli distrettuali.

Il Presidente del Tribunale di Chieti, con disposizione del 5.5.2020, ha stabilito per il periodo 12 maggio 31 luglio 2020 il rinvio di tutte le cause civili, escluse quelle di cui al cit. art. 83 D.L. 18/2020, demandando ai singoli giudici, in base ai rispettivi ruoli, le relative comunicazioni sulla base dei protocolli già adottati a livello distrettuale.

Nel Tribunale di Lanciano è prevista la trattazione scritta di tutte le udienze civili fissate fino al 31 luglio, se non sia prevista la presenza di altre parti rispetto ai difensori; se vi sia la presenza anche delle parti o di ausiliari del giudice, l'udienza sarà tenuta da remoto con previsione della presenza del giudice nel proprio ufficio; le cause urgenti e, comunque, non sospese ai sensi dell'art. 83 comma 3, lett. b) e c) D.L. 18/2020 saranno trattate in presenza ed a porte chiuse; tutte le altre cause – qualora non sia possibile la trattazione nelle suddette modalità – saranno rinviate d'ufficio.

Il protocollo per la gestione delle udienze civili nel Tribunale di Sulmona prevede la trattazione dei soli procedimenti esclusi dalla sospensione *ex art. 83 D.L. 18/2020* in modalità, preferibilmente, da remoto o con trattazione scritta. La cancelleria da avviso alle parti del provvedimento del giudice – da emettersi 14 giorni prima – che dispone la trattazione scritta almeno 6 giorni prima dell'udienza, con termine alle parti fino a 4

giorni per il deposito di note ed il provvedimento del giudice sarà assunto fuori udienza senza redazione del verbale.

Tutte le altre udienze vengono rinviate d'ufficio a data successiva al 31 luglio.

Il Tribunale di Vasto ha previsto la trattazione "in presenza" dei procedimenti civili non sospesi *ex art. 83 D.L. 18/2020*, preferibilmente su richiesta congiunta delle parti, ovvero con modalità da remoto o cartolare (trattazione scritta). Di tale modalità di trattazione la cancelleria dà avviso con termine alle parti per il deposito e lo scambio di note scritte. Tutte le altre udienze saranno rinviate a data successiva al 31 luglio e non potranno comunque tenersi udienze in cui sia prevista la presenza di parti diverse dai difensori, ivi compresi gli ausiliari del giudice.

In materia di lavoro, tutti i protocolli prevedono che sino al 31 luglio siano trattati – da remoto o con trattazione scritta – solamente i procedimenti fissati per la discussione orale, per la fase sommaria del rito c.d. "Fornero", cautelari, di repressione di condotta antisindacale, mentre quelli fissati per la prima udienza o per attività che non richiedano istruttoria saranno rinviati a meno che non siano ritenuti urgenti e, comunque, siano compatibili con i carichi di ruolo. Fino a 5 giorni prima dall'udienza le parti possono concordemente chiedere la trattazione scritta ed in tal caso l'udienza è rinviata di 15 giorni, con termine fino a 7 giorni prima per il deposito delle note.

In materia di famiglia, fermi restando i suddetti protocolli, si è previsto in particolare per i procedimenti di separazione consensuale e di divorzio congiunto, che, in sede di fissazione dell'udienza presidenziale, il Presidente inviterà i difensori delle parti a depositare almeno 4 giorni prima dell'udienza documento proveniente dalle parti vidimato dal difensore contenente le seguenti attestazioni: 1) che non intendono riconciliarsi, essendo venuta meno irreversibilmente l'unità familiare; 2) che rinunciano a comparire all'udienza, essendo inutile il tentativo di conciliazione; 3) che confermano le condizioni del ricorso già proposto; 4) di essere consapevoli che nel caso in cui il Tribunale dovesse ritenere necessaria la comparizione delle parti, anche al fine di apportare modifiche alle condizioni della separazione, sarà fissata ulteriore udienza in cui dovranno comparire personalmente; 5) che rinunciano sin d'ora ad ogni

eccezione riguardo alle modalità di trattazione telematica dell'udienza, che avviene su loro espressa richiesta.

Gli organismi di media-conciliazione hanno in genere previsto la ripresa dell'attività esclusivamente in modalità telematica, purché tutte le parti vi consentano, o in caso contrario il rinvio degli incontri o la trattazione in presenza nel rispetto delle misure di contenimento.

Protocolli, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia civile nel periodo di emergenza epidemiologica

La pandemia di covid-19 ha, inevitabilmente, inciso sull'amministrazione della giustizia.

Infatti, dal 9 marzo 2020 al 12 maggio 2020 le udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono state rinviate d'ufficio a data successiva al 12 maggio 2020, con sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, con l'eccezione delle attività a c.d. trattazione necessaria, elencate all'art. 83, comma 3, lett. b) e c) D.L. 82/2020.

Ai capi degli uffici giudiziari si è demandato il compito di adottare le misure idonee a contrastare l'emergenza epidemiologica e a contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, con la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti, con la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, con l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze.

Tutti gli Uffici giudiziari del Distretto si sono dotati di protocolli / linee guida, adottati all'esito della proficua concertazione tra Giudici, Pubblici Ministeri e Avvocati, non potendo prescindere dal fatto che, ai sensi del comma 12 del D.L. 82/2020, nel periodo dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020 la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è da assicurare, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia e che, ai sensi del comma 12 bis, le udienze penali che non richiedano la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto, con l'eccezione delle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, e di quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, salvo che le parti vi acconsentano.

Denominatore comune di tutte le linee guida è la contingentazione del numero di procedimenti da trattare ad ogni udienza (sempre a porte chiuse), la previsione di fasce orarie per la chiamata degli stessi, la limitazione degli accessi negli uffici (previa prenotazione telematica), l'imposizione di dispositivi di prevenzione e di misure di distanziamento per tutti gli operatori.

Costituisce novità assoluta la previsione della gestione delle udienze (e dell'interrogatorio di garanzia) "da remoto", con collegamenti telematici audio visivi.

Con riferimenti ai singoli documenti, la Corte d'Appello ha previsto la ripresa delle attività giudiziarie a far data dal 12 maggio "in presenza", vale a dire con la trattazione dei procedimenti penali in aula, alla presenza fisica dei Giudici e delle Parti.

Per la partecipazione del detenuto, dell'imputato in custodia cautelare (anche per altra causa) o dell'internato si è prevista la modalità "da remoto" a mezzo del software individuato dal Direttore generale dei servizi informativi ed automatizzati del Ministero (Microsoft Teams). In tale caso il difensore ha facoltà di scegliere se partecipare anch'egli "da remoto" (dal luogo ove si trova l'assistito, o dalla propria postazione personale) ovvero dall'aula dell'udienza.

È sempre riconosciuta alle parti la possibilità di partecipare a qualsiasi udienza "da remoto", dandone comunicazione alla cancelleria almeno 48 ore prima dell'udienza e comunicando l'indirizzo di p.e.o. ove ricevere il link necessario per collegarsi all'applicativo Microsoft Teams.

Le udienze saranno celebrate a porte chiuse e saranno fissate per fasce orarie al fine di evitare assembranti; i servizi di cancelleria dell'u.r.p. saranno garantiti esclusivamente previa prenotazione telematica.

Le udienze dinanzi al Tribunale di sorveglianza ed al Magistrato di sorveglianza relative a detenuti, anche domiciliari, e ad internati non hanno patito sospensione, neanche nel periodo successivo al 9 marzo, salvo che per i procedimenti con ricorrenti liberi, e sono state celebrate con video collegamento del detenuto (o internato) e con facoltà per il difensore di partecipare "in presenza", nell'aula d'udienza alla presenza del Giudice, ovvero "da remoto".

Il Tribunale ed il Magistrato di sorveglianza a far data dal 12 maggio hanno ripreso la celebrazione di procedimenti relativi anche a con-

dannati liberi nei cui confronti sia stata disposta la sospensione dell'esecuzione della pena, ma subordinatamente a specifica istanza della parte che deduca l'interesse alla trattazione e l'urgenza.

Gli effetti della limitazione all'accesso in cancelleria (consentito per un'ora al giorno per la cancelleria del Tribunale, sospeso per la cancelleria del Magistrato) sono stati mitigati dalla disponibilità messa in campo dai Magistrati di interloquire direttamente con i difensori a mezzo telefono, p.e.o. o applicativo Microsoft Teams per fornire le informazioni necessarie per lo svolgimento della funzione difensiva.

Il Tribunale per i Minorenni ha ripreso a celebrare udienze "in presenza" dal 12 maggio, con previsioni relative alla limitazione del numero di processi da trattare per ciascuna udienza ed alla priorità riconosciuta ai procedimenti con un numero di imputati non superiore a due.

"Da remoto" saranno trattate la convalida dell'arresto e del fermo, gli interrogatori di garanzia di soggetti sottoposti a misura cautelare della custodia presso un I.P.M. le udienze di sorveglianza con detenuti in I.P.M., le udienze di verifica dell'andamento della messa alla prova.

È sempre consentito alle parti di chiedere la trattazione di qualsiasi udienza "da remoto", dandone comunicazione in cancelleria almeno cinque giorni prima, comunicando il proprio indirizzo di p.e.o.

Il Tribunale di L'Aquila ha ripreso le attività ulteriori rispetto a quelle a c.d. trattazione necessaria a far data dal 12 maggio, in aula e con la presenza fisica delle parti ("in presenza").

Si è comunque stabilito di non celebrare, e di rinviare con provvedimento fuori udienza da notificare alle parti a mezzo del SNT, i procedimenti pendenti nella fase dibattimentale che avrebbero comportato la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice e del perito.

La partecipazione del detenuto è consentita sempre con video conferenza, con facoltà del difensore di partecipare dal luogo ove si trova l'assistito o dall'aula dell'udienza.

Le parti possono chiedere di partecipare "da remoto" a qualsiasi udienza, comunicandolo alla cancelleria almeno tre giorni prima dell'udienza.

L'udienza dinanzi al Tribunale del riesame si terrà a condizione che le parti lo richiedano con l'atto di impugnazione. Il consenso unanime delle parti è condizione per la trattazione "da remoto": in mancanza si procederà "in presenza".

L'udienza di convalida dell'arresto o del fermo si svolgerà "da remoto" solo a condizione che il difensore vi acconsenta; in mancanza si procederà "in presenza".

Il Tribunale di Pescara per ragioni connesse alla necessità di sanificazione delle aule, ha ripreso le attività a far data dal 25 maggio.

La regola è quella della celebrazione dei processi "in presenza" ma con limitazioni riguardo ai procedimenti da trattare: sono rinviati con provvedimento fuori udienza notificato alle parti a mezzo del SNT i procedimenti pendenti nella fase dibattimentale che avrebbero comportato la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice e quelli con numero superiore a due imputati (tre, per le udienze dinanzi al G.I.P.; sei per il Tribunale collegiale).

La partecipazione del detenuto è consentita solo "da remoto", con facoltà del difensore di partecipare dal luogo ove si trova l'assistito o dalla propria postazione. Non dall'aula dell'udienza per ragioni tecniche legate all'impossibilità di collegare due dispositivi dalla stessa aula alla piattaforma Microsoft Teams.

È prevista la facoltà per le parti di chiedere di partecipare "da remoto" a qualsiasi udienza, dandone comunicazione alla cancelleria almeno due giorni prima dell'udienza.

Il Tribunale di Teramo ha previsto la trattazione dei procedimenti a far data dal 12 maggio "in presenza". Il Giudice individuerà i procedimenti da trattare e ne darà comunicazione alle parti con decreto emesso fuori udienza. Si procederà da remoto all'assunzione di prove orali o alla discussione a condizione che pervenga in cancelleria il consenso esplicito delle parti alla celebrazione con siffatta modalità almeno due giorni prima del giorno fissato per l'udienza. Il detenuto parteciperà in videoconferenza e, in casi di assoluta impossibilità, sarà tradotto o l'udienza sarà differita.

Il Presidente del Tribunale di Chieti, con disposizione del 5.5.2020, ha stabilito per il periodo 12 maggio 31 luglio 2020 il rinvio con provvedimento fuori udienza dei procedimenti fissati in prima udienza con persona offesa non rappresentata, ovvero per l'assunzione di prove dichiarative, o a carico di un numero di imputati superiore a quattro. Tutti i procedimenti che non saranno rinviati saranno trattati con modalità "da remoto". Le udienze fissate la discussione saranno rinviate, con av-

vertimento al difensore che potrà manifestare consenso alla trattazione “da remoto” fino a tre giorni prima della data fissata per l’udienza. In mancanza resterà fermo il rinvio già disposto.

Il Tribunale di Avezzano ha previsto la ripresa delle attività “in presenza” con limitazione del numero di procedimenti da inserire nel ruolo di ciascuna udienza e selezione dei procedimenti da trattare in base allo status dell’imputato (destinatario di misure cautelari, misure di sicurezza o interdittive) ovvero dei soggetti da escutere (appartenenti alla P.G., parti civili, responsabili civili, periti, consulenti, curatori, purché in numero non superiore a tre).

La partecipazione del detenuto è prevista “da remoto”.

È altresì prevista la possibilità di procedere con modalità “da remoto” ove lo richieda un avvocato appartenente ad un Foro fuori circondario ovvero nel caso in cui sia da escutere un soggetto proveniente da zona dichiarata focolaio epidemico.

Nel Tribunale di Lanciano è prevista la trattazione dei procedimenti a trattazione c.d. necessaria, dei procedimenti con imputati detenuti, dei procedimenti con imputati liberi ma a trattazione prioritaria ex art. 132 bis disp. att. c.p.p. e dei procedimenti fissati per la sola discussione.

Tutti i procedimenti saranno trattati “in presenza”. L’imputato detenuto (o internato) parteciperà “da remoto”; in tal caso al difensore è riservata l’alternativa di essere presente in aula ovvero nel posto nel quale si trova l’assistito.

Le udienze che non saranno trattate saranno rinviate con provvedimento fuori udienza.

Il protocollo per la gestione delle udienze penali nel Tribunale di Sulmona prevede che il G.I.P. / G.U.P. stabilisca prima di ogni udienza quali procedimenti trattare, dando disposizione per la comunicazione del rinvio disposto fuori udienza alle parti, a mezzo del SNT. La comunicazione sarà recapitata almeno cinque giorni prima dell’udienza, con indicazione della modalità di celebrazione della stessa (“in presenza” o da remoto). Il difensore comunicherà non oltre 24 ore prima dell’udienza il proprio indirizzo di p.e.o. per il collegamento alla c.d. stanza virtuale, ovvero la propria volontà di procedere “in presenza”.

Dinanzi al giudice del dibattimento si tratteranno “in presenza” le udienze che non comportino l’assunzione di prove orali. È fatta salva la possibilità per le parti di chiedere che si proceda da remoto, anche per

attività istruttoria di acquisizione di prove documentali, rimettendo la richiesta alla "valutazione da parte del giudice".

Il Tribunale di Vasto ha previsto la trattazione "in presenza" di tutti i procedimenti con non più di cinque parti private, ovvero anche con numero superiore a cinque, se il Giudice ritenga di poterle trattare in condizioni di sicurezza, con eccezione di procedimenti in cui sia da assumere una prova orale diversa dall'esame di operanti di P.G. (purché operanti o residenti nel circondario di Vasto). I procedimenti nell'ambito dei quali sono state applicate misure cautelari si trattano, indipendentemente dalla natura dell'attività da svolgersi.

È riconosciuta la possibilità anche solo per una delle parti di chiedere di poter trattare il procedimento "da remoto", con comunicazione da far pervenire alla cancelleria almeno sette giorni prima del giorno fissato per l'udienza; ove non vi sia unanime consenso sulla modalità di trattazione del procedimento, la parte che non acconsente alla trattazione "da remoto" potrà presenziare in aula.

Il detenuto parteciperà sempre "da remoto", con facoltà per il difensore di essere presente in aula, ovvero nel luogo dove si trova l'assistito.

Per i difensori che non appartengono al Foro di Vasto è prevista un'alternativa: nominare un sostituto del Foro di Vasto ovvero chiedere la trattazione "da remoto", sempre nel termine di sette giorni prima del giorno fissato per l'udienza. In mancanza, salvo che non si tratti di procedimento con imputati detenuti, l'udienza sarà rinviata.

Normativa, Protocolli, Protocolli d'intesa, Linee guida, Disposizioni presidenziali per la gestione delle udienze e dell'attività giudiziaria in materia amministrativa nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid – 19

La pandemia di Covid-19 ha, inevitabilmente, inciso sull'amministrazione della giustizia e quindi anche sul processo amministrativo.

Infatti ai sensi del I comma, primo periodo, dell'art. 84 del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, dall'8 marzo sino a tutto il 5 aprile 2020, tutti i termini relativi al processo amministrativo sono sospesi, secondo quanto previsto dall'art. 54, commi II e III, del codice del processo amministrativo (relativamente alla sospensione dei termini feriali dall'1 agosto al 31 agosto di ogni anno).

Sempre ai sensi del I comma (ai periodi successivi al primo), dell'art. 84 del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, le udienze pubbliche e camerale dei procedimenti pendenti presso gli uffici della giustizia amministrativa, fissate in tale periodo temporale (ossia sempre dall'8 marzo 2020 sino al 5 aprile 2020), sono rinviate d'ufficio a data successiva.

I procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal Presidente (del T.A.R. e/o del Consiglio di Stato) o da Magistrato delegato, con il rito di cui all'art. 56 del codice del processo amministrativo (Rubr: "Misure monocratiche"), e la relativa trattazione collegiale è fissata ad una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020.

Il decreto cautelare è tuttavia emanato nel rispetto dei termini di cui all'articolo 56, comma V, del codice del processo amministrativo; quindi è comunque emanato alla prima Camera di Consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dall'ultima notificazione e dal decimo giorno dal deposito del ricorso. Ciò salvo che non ricorra l'ipotesi di cui all'art. 56, comma I, del Codice del Processo Amministrativo; ossia nei casi di estrema gravità ed urgenza che non consente la dilazione della decisione della richiesta cautelare nei termini di cui sopra.

I decreti monocratici del Presidente o del Magistrato delegato, restano efficaci fino alla trattazione collegiale.

Ai sensi del II comma dell'art. 84 del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020, dal 6 aprile al 15 aprile 2020, le controversie fissate per la

trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite.

La richiesta è depositata entro il termine perentorio di due giorni liberi prima dell'udienza e, in tal caso, entro lo stesso termine le parti hanno la facoltà di depositare note brevi.

Nei procedimenti cautelari in cui sia stato emanato un decreto monocratico di accoglimento, totale o parziale, della domanda cautelare, la trattazione collegiale in camera di consiglio è fissata, ove possibile, nelle forme e nei termini di cui all'articolo 56, comma IV, del Codice del processo amministrativo, a partire dal 6 aprile 2020 e il collegio definisce la fase cautelare, salvo che, entro il termine di due giorni liberi prima dell'udienza, una delle parti su cui incide la misura cautelare depositi un'istanza di rinvio. In tal caso, la trattazione collegiale è rinviata a data immediatamente successiva al 15 aprile 2020.

Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale, sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo con c.d. sentenza breve, omesso ogni avviso.

Le parti hanno la facoltà di presentare brevi note, sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

Il giudice, su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare note, dispone la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma I del Decreto Legge n. 18/2020, non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo.

In tal caso i termini di cui all'articolo 73, comma I, del codice del processo amministrativo per il deposito di documenti (40 giorni liberi prima dell'udienza), di memoria difensiva (30 giorni liberi prima dell'udienza), di memoria di replica (20 giorni liberi prima dell'udienza), sono abbreviati della metà, limitatamente al rito ordinario.

Il Giudice delibera in camera di consiglio, avvalendosi, se necessario, di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati

e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

Con l'art. 84 del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 è abrogato l'articolo 3 del decreto legge dell'8 marzo 2020, n. 11; contenente le prime "Misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID – 19 e concernenti gli effetti in materia di giustizia amministrativa".

**** *

Il comma III dell'art. 84 del Decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18 specificatamente prevede che per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale e consultiva, a decorrere dal 8 marzo 2020 e fino al 30 giugno 2020, i Presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, il Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i Presidenti dei Tribunali amministrativi regionali e delle relative Sezioni Staccate, sentiti l'autorità sanitaria regionale e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati della città ove ha sede l'Ufficio, adottano, in coerenza con le eventuali disposizioni di coordinamento dettate dal Presidente del Consiglio di Stato o dal Segretariato generale della giustizia amministrativa per quanto di rispettiva competenza, le misure organizzative, anche incidenti sulla trattazione degli affari giudiziari e consultivi, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, e le prescrizioni impartite con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, al fine di evitare assembramenti all'interno degli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone.

I detti provvedimenti organizzativi adottati dai Presidenti titolari di sezioni del Consiglio di Stato, dai Presidenti dei vari T.A.R. (compresi quelle delle sezioni staccate), possono prevedere una o più delle seguenti misure:

- a) la limitazione dell'accesso agli uffici giudiziari ai soli soggetti che debbono svolgervi attività urgenti;
- b) la limitazione dell'orario di apertura al pubblico degli uffici o, in ultima istanza e solo per i servizi che non erogano servizi urgenti, la sospensione dell'attività di apertura al pubblico;

c) la predisposizione di servizi di prenotazione per l'accesso ai servizi, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per orari fissi, e adottando ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento;

d) l'adozione di direttive vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, coerenti con le eventuali disposizioni dettate dal presidente del Consiglio di Stato;

e) il rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020, assicurandone comunque la trattazione con priorità, anche mediante una ricalendarizzazione delle udienze, fatta eccezione per le udienze e camere di consiglio cautelari, elettorali, e per le cause rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti; in tal caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dai Presidenti degli organi giudiziari amministrativi, con decreto non impugnabile.

**** *

In attuazione concreta del comma III dell'art. 84 del Decreto Legge del 17 marzo 2020, n. 18, in Abruzzo, al T.A.R. dell'Aquila e al T.A.R. Pescara, sono intervenuti vari decreti dei rispettivi Presidenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Quanto alla sede di L'Aquila, da ultimo, con decreto presidenziale n. 9/20, il Presidente dott. Umberto Realfonzo, ha disposto all'art. 1:

che per la programmazione degli affari e quindi per la gestione del contenzioso:

a) gli affari originariamente a ruolo per le udienze pubbliche e camerali già previste per l'11 marzo, sono rinviati d'ufficio in aggiunta all'udienza pubblica del 8 aprile 2020 ma saranno decisi solo in presenza della domanda congiunta di tutte le parti costituite ai sensi dell'art. 84, comma 2 del d.l. n.18/2020 (c.d. "Decreto Cura Italia");

b) le controversie originariamente fissate per la trattazione per l'udienza pubblica e camerale del 8 aprile 2020 ed altresì quelle già rinviate dall'11 marzo che non saranno decisi per la mancata domanda congiunta di tutte le parti costituite, sono ulteriormente rinviate d'ufficio in aggiunta all'udienza pubblica del 20 maggio 2020, ai sensi dell'art. 84, comma 1, secondo periodo del d.l. n.18/2020;

c) le controversie originariamente fissate per la trattazione per la data del 25 marzo sono spostate d'ufficio in aggiunta all'udienza pubblica del 22 aprile, ai sensi dell'art. 84, comma 1, secondo periodo del d.l. n.18/2020;

d) le domande cautelari già fissate per il 25 marzo 2020 saranno decise con decreto monocratico, da adottare a partire dalla predetta data, fissando la trattazione collegiale nella camera di consiglio del 22 aprile 2020 fatti salvi, ai sensi dell'art. 84, comma 1, quarto periodo del d.l. n.18/2020, i casi di estrema gravità ed urgenza ex art. 56, comma 1, primo periodo del C.p.a.;

e) le domande cautelari per le quali non è ancora stata fissata la trattazione saranno decise, nel rispetto dei termini di cui all'art. 55, comma 5, Cod. proc. amm., previo avviso di cortesia alle parti costituite, fissando la trattazione collegiale nella camera di consiglio del 22 aprile 2020 fatti salvi, ai sensi dell'art. 84, comma 1, quarto periodo, i casi di estrema gravità ed urgenza ex art.56, comma 1, primo periodo del C.p.a.;

f) le domande cautelari che perverranno successivamente fino al 15 aprile 2020 saranno parimenti decise, ai sensi dell'art. 84, comma 1, d.l. n.18/2020, con decreto monocratico, nel rispetto dei termini di cui all'art. 55, comma 5, del cod. proc. amm. e previo avviso di cortesia alle parti costituite, fissando la trattazione collegiale nella camera di consiglio a partire dal 22 aprile 2020 fatti salvi i casi di estrema gravità ed urgenza ex art. 56, comma 1, primo periodo del C.p.a.;

g) la trattazione delle udienze e delle camere di consiglio, in coerenza con le eventuali disposizioni dettate dal Presidente del Consiglio di Stato, seguiranno le modalità di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 84 del d.l. n.18/2020.

Per le misure anti-affollamento, all'art. 2 del Decreto n. 9/2020 del Presidente del T.A.R. L'Aquila è stato disposto che:

a) l'ingresso dell'utenza agli uffici giudiziari è sospeso;

b) l'accesso può in via eccezionale essere concesso ai soli soggetti che debbono svolgervi attività urgenti, previa tempestiva richiesta da inoltrare "anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica" e previo formale assenso fornito agli interessati richiedenti, con la comunicazione della fascia oraria assegnata;

c) con separati provvedimenti del Segretario Generale, fatto salvo il contingente minimo indispensabile, il personale svolga il proprio servizio in modalità c.d. "Smart-Working".

**** *

Quanto alla sede del T.A.R. di Pescara, da ultimo, con decreto presidenziale n. 5/20, il Presidente dott. Paolo Passoni, ha disposto:

– all'art. 1: che nel periodo, dall'8 marzo al 15 aprile 2020, le cause di merito e camerale (non cautelari) già fissate sono rinviate d'ufficio ad una data successiva al 15 aprile 2020. La Segreteria comunicherà alle parti la nuova data di udienza;

– all'art. 2: che ai sensi dell'art. 84 comma 1, terzo periodo del Decreto Legge n. 8/2020, i procedimenti cautelari, promossi o pendenti dall'8 marzo al 15 aprile 2020 senza specifica domanda ex art. 56 del C.P.A., sono decisi con decreto monocratico, con il rito di cui all'art. 56 del C.P.A.. Provvederanno in tal senso il Presidente e i Magistrati delegati.

La relativa trattazione collegiale è fissata alla camera di consiglio del 22.4.2020, ovvero ad una successiva nel caso di saturazione dei ruoli. Ove ricorra il caso dell'articolo 56, comma 1, primo periodo, del C.P.A. si applicherà il regime codicistico ordinario. I ricorsi cautelari per i quali i termini erano maturi per la fissazione all'udienza camerale del 3 aprile 2020, saranno decisi con decreto monocratico di cui al precedente capoverso, a partire dalla predetta data.

– all'art. 3: che per tutte le cause calendarizzate o che saranno calendarizzate dal 16 aprile al 30 giugno 2020, non è prevista la discussione orale, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 5 dell'art. 84 del Decreto Legge n. 18/2020;

– all'art. 4: che l'ingresso all'utenza presso gli uffici giudiziari del Tar Abruzzo – Sezione di Pescara è sospeso; che l'accesso può in via eccezionale essere consentito alla sola utenza che debba svolgere attività di comprovata urgenza, previa tempestiva richiesta da inoltrare "anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica" e previo formale assenso fornito agli interessati con la comunicazione della fascia oraria assegnata; che l'accesso ai servizi ritenuti dall'utenza non differibili potranno eventualmente essere prenotati;

– all’art. 5: che la Segreteria provvederà ad effettuare le notifiche e le comunicazioni conseguenti alle determinazioni sopra assunte, nonché a trasmettere copia del presente decreto ai Consigli dell’Ordine degli Avvocati di Pescara, Chieti, Lanciano e Vasto.

Infine, dall’8 marzo e fino al 30 giugno 2020, è sospeso l’obbligo di cui all’art. art. 7, comma 4 del D. L. 31 agosto 2016 n. 168; ossia l’obbligo di deposito di almeno una copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi.

**** *

Ai sensi dell’art. 36, comma III (Rubr: “Termini processuali in materia di giustizia civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e militare”) del decreto legge dell’8 aprile 2020, n. 23 (Rubr: “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e di lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”) nei giudizi disciplinati dal codice del processo amministrativo i termini sono ulteriormente sospesi, dal 16 aprile al 3 maggio inclusi, in relazione a quelli per la notificazione dei ricorsi, fermo restando quanto previsto dall’art. 54, comma III, del codice del processo amministrativo (relativamente al procedimento cautelare in cui non è prevista alcuna sospensione dei termini).

**** *

Per effetto della legge del 24 aprile 2020, n. 27 (Rubr: “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l’adozione di decreti legislativi”) vengono, in toto, confermate le previsioni normative contenute nell’art. 84 del decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18, salvo qualche liminare operazione di drafting normativo consistente ad esempio nella precisazione terminologica “dall’8 marzo”, anziché “dal 8 marzo”, nell’aggiunta “di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010,

n. 104" subito dopo codice del processo amministrativo, nell'indicazione "della legge di conversione" anziché "del decreto legge".

Infine viene soppresso il comma 11 dell'art. 84 del Decreto Legge n. 18/2020, che a sua volta abrogava l'articolo 3 del Decreto Legge dell'8 marzo 2020, n. 11 contenente a sua volta le prime misure emergenziali in tema di giustizia amministrativa.

**** *

Con il comma I dell'art. 4 (Rubr: "Disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa") del decreto legge del 30 aprile 2020, n. 28 (contenente "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19"), sono apportate, testualmente, le seguenti modifiche all'art. 84 del decreto legge del 17 marzo 2020, n. 17.

Quindi ai commi: 3 e 4, lettera e), 5, 9 e 10 del decreto legge del 17 marzo 2020 n. 18 convertito, con modificazioni, dalla legge del 24 aprile 2020, n. 27, le parole "30 giugno 2020" sono sostituite con "31 luglio 2020".

Inoltre, a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. L'istanza è accolta dal Presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il Presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto.

Se il Presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con

decreto. In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento.

Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali.

Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge.

In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza.

**** *

Ancora, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto presidenziale n. 134/2020 del 22 maggio 2020, ha stabilito specifiche regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, con i relativi aggiornamenti fino al termine dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In particolare si è stabilito come, nei casi di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge n. 28 del 2020, nei quali si deve procedere alla discussione orale, le udienze sia pubbliche sia camerale del processo amministrativo si svolgono mediante collegamenti da remoto in videoconferenza, mediante adeguata piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa.

Per lo svolgimento da remoto della camera di consiglio alla quale partecipano i soli magistrati per deliberare, ai sensi dell'articolo 84, comma 6 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, si provvede con i collegamenti in videoconferenza consentiti dalla piattaforma di cui al comma 1, mediante inviti a videoconferenze differenti rispetto a quelli utilizzati per le convocazioni delle udienze, o tramite call conference.

Qualora l'istanza di discussione orale, di cui all'articolo 4, comma 1, secondo periodo, del decreto-legge n. 28 del 2020, non sia proposta da tutte le parti costituite, la segreteria trasmette alle parti diverse dall'istante, anche ai fini della formulazione di eventuali opposizioni,

l'avviso di avvenuto deposito dell'istanza secondo le modalità previste nelle specifiche tecniche del Consiglio di Stato.

I difensori o le parti che agiscono in proprio presentano, secondo le modalità previste nelle specifiche tecniche del Consiglio di Stato, tutti gli atti previsti dal comma 1 dell'articolo 4 del decreto-legge n. 28 del 2020.

In tutti i casi in cui viene disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica agli avvocati, con modalità idonee ad assicurare l'avvenuta ricezione e agli indirizzi, almeno un giorno libero prima della trattazione, l'avviso del giorno e dell'ora del collegamento da remoto in videoconferenza, avendo cura di predisporre le convocazioni distribuendole in un congruo arco temporale, in modo da contenere, quanto più possibile e compatibilmente con il numero di discussioni richieste, il tempo di attesa degli avvocati prima di essere ammessi alla discussione.

L'orario indicato nell'avviso è soggetto a variazioni in aumento. Nella stessa comunicazione sono inseriti il link ipertestuale per la partecipazione all'udienza, nonché l'avvertimento che l'accesso all'udienza tramite tale link e la celebrazione dell'udienza da remoto comportano il trattamento dei dati personali anche da parte del gestore della piattaforma, come da informativa relativa al trattamento dei dati personali ai sensi degli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) n. 2016/679.

La copia informatica delle comunicazioni di udienza, qualora non eseguite tramite il sistema informativo della Giustizia amministrativa, è inserita nel fascicolo del procedimento a cura della segreteria. Il link inviato dalla segreteria è strettamente personale e non cedibile a terzi, fatta eccezione per l'eventuale difensore delegato.

Per partecipare alla discussione da remoto in videoconferenza è necessario che il dispositivo utilizzato sia idoneo a collegarsi alla videoconferenza, che il suo software di base e applicativo sia aggiornato alle più recenti versioni rese disponibili dai rispettivi produttori o comunità di supporto, con particolare riferimento all'installazione di tutti gli aggiornamenti e le correzioni relative alla sicurezza informatica, e l'utilizzo di un idoneo e aggiornato programma antivirus.

I magistrati utilizzano, per il collegamento telematico, esclusivamente gli indirizzi di posta elettronica istituzionale e i dispositivi forniti in dotazione dal Segretariato generale della Giustizia amministrativa.

All'udienza, sia pubblica, sia camerale, il Presidente del collegio, con l'assistenza del Segretario, verifica la funzionalità del collegamen-

to, nonché le presenze e dà atto nel processo verbale delle modalità con cui è accertata l'identità dei soggetti ammessi a partecipare e la loro libera volontà di dar corso all'udienza da remoto, anche relativamente alla disciplina del trattamento dei dati personali, previa dichiarazione da parte dei difensori, dei loro eventuali delegati o delle parti che agiscono in proprio, di aver letto la relativa informativa.

All'atto del collegamento e prima di procedere alla discussione, i difensori delle parti o le parti che agiscono in proprio dichiarano, sotto la loro responsabilità, che quanto accade nel corso dell'udienza o della camera di consiglio non è visto né ascoltato da soggetti non ammessi ad assistere alla udienza o alla camera di consiglio, nonché si impegnano a non effettuare le registrazioni di cui al comma 11 del presente decreto presidenziale. La dichiarazione dei difensori o delle parti che agiscono in proprio è inserita nel verbale dell'udienza o della camera di consiglio.

Qualora il collegamento risulti impossibile per ragioni tecniche il presidente del collegio dà le opportune disposizioni di direzione d'udienza ai sensi degli articoli: 39 del codice del processo amministrativo, 11 delle disposizioni di attuazione al codice del processo amministrativo e 127 del codice di procedura civile.

Il Presidente del collegio disciplina l'uso della funzione audio ai fini di dare la parola ai difensori o alle parti e regola l'ammissione e l'esclusione dei difensori o delle altre parti all'udienza stessa. In ogni caso il difensore o la parte, quando siano stati invitati dal Presidente ad intervenire, devono attivare la funzione audio.

È vietata la registrazione, con ogni strumento e da parte di chiunque, delle udienze pubbliche e camerale, nonché della camera di consiglio da remoto tenuta dai soli magistrati per la decisione degli affari. È in ogni caso vietato l'uso della messaggistica istantanea interna agli applicativi utilizzati per la videoconferenza e, comunque, di altri strumenti o funzioni idonee a conservare nella memoria del sistema traccia delle dichiarazioni e delle opinioni espresse dai partecipanti all'udienza o alla camera di consiglio.

Ai sensi dell'articolo 4, comma 1, ultimo periodo, del decreto-legge n. 28 del 2020, in caso di discussione orale da remoto in videoconferenza, in udienza sia di merito sia camerale, le parti devono contenere i loro interventi di discussione entro i seguenti tempi massimi: a) in sede di discussione dell'istanza cautelare e nei riti dell'accesso, del silenzio,

del decreto ingiuntivo, dell'ottemperanza e, in ogni altro rito speciale non espressamente menzionato nel presente comma: sette minuti; b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'articolo 119 del codice del processo amministrativo, nel rito sui contratti pubblici di cui agli articoli 120 e seguenti del codice del processo amministrativo, nei riti elettorali: dieci minuti.

I tempi indicati sono assegnati a ciascuna parte, indipendentemente dal numero dei difensori che la assistono.

Nell'esercizio dei poteri di direzione dell'udienza di cui: agli articoli 39 del codice del processo amministrativo, 11 disposizioni di attuazione al codice del processo amministrativo e 127 del codice di procedura civile, il Presidente del collegio può, tuttavia, stabilire tempi di intervento inferiori o superiori a quelli sopra indicati in considerazione del numero dei soggetti difesi, della natura e della complessità della controversia, tenendo conto dei tempi massimi esigibili di lavoro quotidiano in videoconferenza, ivi comprese le necessarie pause.

Le dette disposizioni si applicano, in quanto compatibili, anche alle adunanze convocate per la deliberazione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica.

**** *

Con provvedimento del Presidente del Consiglio di Stato, del 25 maggio 2020, sono intervenute le linee guida sulle norme processuali emergenziali.

Premette il Presidente del Consiglio di Stato che "trattasi di strumento giuridico non vincolante; tuttavia potrebbe stimolare le migliori pratiche, diffondere l'informazione e l'invito alla leale collaborazione presso tutti i singoli Avvocati, raccogliere l'adesione convinta delle associazioni su alcuni soluzioni di buon senso e valorizzare il contributo partecipativo e fattivo di queste ultime, in uno sforzo corale che consenta di affrontare al meglio e con il giusto spirito questa fase processuale emergenziale".

Sui contenuti della nuova disposizione processuale

L'art. 4 del decreto legge n. 28/2020, ripristina la facoltà di discussione orale della causa, che affianca alla trattazione del processo

solo scritto che ha caratterizzato la prima fase del diritto processuale dell'emergenza.

Esso disciplina la discussione da remoto e prevede sostanzialmente tre ipotesi:

1. la richiesta congiunta;
2. la richiesta di alcune soltanto delle parti;
3. la discussione della causa disposta dal Presidente del collegio anche in assenza di istanza di parte.

Nel primo caso, il presidente dispone senz'altro la discussione.

Nel secondo caso, il Presidente valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto.

Nel terzo caso, la discussione è disposta d'ufficio dal Presidente sulla base di necessità legate al caso da decidere.

Periodo di applicazione della novella legislativa

L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che "A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta la discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito...".

Nonostante che la *littera legis* sembrerebbe collegare il termine del 30 maggio alla facoltà di richiesta della discussione, lasciando così apparentemente intendere che l'istanza relativa possa essere presentata solo a partire dal 30 maggio, sembra decisamente preferibile riferire i predetti termini alle udienze e, quindi, ritenere che la disposizione trovi applicazione per tutte le udienze, già fissate o che verranno fissate, da tenere nell'intervallo temporale indicato e, dunque, anche per quelle in cui il termine a ritroso, significativo ai fini della presentazione dell'istanza di discussione, scada prima del 30 maggio.

La diversa opzione interpretativa, poiché i termini di tale facoltà sono agganciati a quelli ordinari per le memorie di replica e comunque fissati in cinque giorni liberi per le cautelari, condurrebbe all'applicazione del regime normativo in questione soltanto a partire dalle udienze di merito fissate dal 19 giugno in poi nei riti ordinari, dal 9 giugno in poi per quelli accelerati e dal 4 giugno per i giudizi cautelari. Il citato

effetto si porrebbe contro il favor per la discussione che il Legislatore ha dimostrato (al punto da utilizzare la decretazione d'urgenza), andando a detrimento della portata applicativa della novella e dalla sua *ratio* di consentire le udienze da remoto nel lasso temporale dal 30 maggio al 31 luglio.

E se non vi è dubbio che il riferimento temporale al 31 luglio riguardi l'udienza, ad analoga conclusione è giocoforza addivenire con riguardo al riferimento temporale del 30 maggio.

Del resto, la circostanza che il decreto-legge sia stato varato (non a ridosso, ma) un mese prima dell'inizio del nuovo rito depone per la consapevolezza da parte del Legislatore che l'effettiva applicazione del rito telematico con discussione da remoto avrebbe imposto lo svolgimento di attività defensionali propedeutiche (la presentazione dell'istanza appunto) che si collocano, nella linea temporale, molto prima della data fissata dal decreto per l'inizio della nuova fase.

Rapporto della nuova disposizione con l'art. 84 del Decreto Legge n. 18/2020

Ulteriore nodo da sciogliere riguarda il rapporto tra l'ultravigente art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 e il nuovo art. 4 del decreto-legge n. 28/2020.

In particolare, occorre chiarire se l'innesto della discussione sostituisca ovvero si aggiunga alla facoltà processuale di deposito delle brevi note entro due giorni liberi dall'udienza.

È preferibile una ricostruzione duale dei riti delineati dalla normativa, senza ibridazione alcuna fra gli stessi:

a) se è stata chiesta la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020 con tutte le sue previsioni "interne" in tema di discussione orale e di modalità alternative alla discussione orale; in particolare, se venga richiesta la discussione da una sola parte, nulla vieta che l'altra partecipi alla discussione o, "in alternativa alla discussione", presenti note di udienza fino alle ore 9 del giorno di udienza;

b) se nessuno ha chiesto la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, e cioè il processo c.d. cartolare (id est, passaggio in decisione sulla base degli scritti) con termine sino a due giorni liberi dall'udienza per il deposito di brevi note.

Tale soluzione appare maggiormente piana e meno problematica sul versante applicativo. In tal senso depone, non solo il mantenimento in vigore dell'art. 84 del D.I. n. 18/2020, ma anche la circostanza che la novella è intervenuta su di esso, estendendo il *dies ad quem* dal 30 giugno al 31 luglio 2020, a riprova che esso è un rito "cartolare" che continua ad applicarsi in assenza di richieste di discussione.

La richiesta di discussione

L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che può essere chiesta la discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica, ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito. La disposizione, nel fissare un termine per la richiesta di discussione, opera in deroga al processo ordinario che, com'è noto, non prevede termini in tal senso.

Quindi detta disposizione cerca un contemperamento fra il diritto al contraddittorio orale e le esigenze organizzative e gestionali dell'udienza connesse al carattere virtuale della stessa e alle limitazioni derivanti dalla "interposizione" del mezzo tecnologico.

I termini, more solito, devono intendersi perentori, tuttavia, proprio la ratio che ha indotto il Legislatore a prevederli, e a prevederli come tali (ratio che, come cennato, non risiede nel corretto svolgersi del contraddittorio, quanto nell'esigenza di concreta gestione dell'udienza), è alla base dell'attribuzione di un residuale e generale potere del Presidente di disporre, ove necessario, con proprio decreto la discussione della causa con modalità da remoto anche in assenza di istanza di parte.

Siffatto potere presidenziale ufficioso tempera l'effetto delle preclusioni legate al decorso del termine, consentendo al Presidente del collegio, avuto riguardo alla peculiarità e complessità del caso concreto, di disporre con propria insindacabile valutazione, la discussione, non solo, come previsto dalla norma, ove manchi l'istanza di parte, ma anche, e a fortiori, ove quest'ultima sia stata formulata oltre i termini di legge.

L'attribuzione al Presidente del potere di decretare la discussione, oltre ad essere espressione di un *favor legislatoris* per l'oralità, costituisce chiave esegetica per dirimere e risolvere ogni dubbio e inconveniente legati ai profili di diritto transitorio o al non perfetto coordina-

mento tra termini perentori per la richiesta discussione e termini per la fissazione dell'udienza cautelare nel rito *ex art.* 120 del C.p.a.

Tra i casi che possono già prospettarsi in ordine ai profili di diritto transitorio v'è, ad esempio, quello in cui, nelle more dell'emanazione delle regole tecnico-operative, le parti, stante anche l'incertezza sui profili temporali della prima applicazione del regime processuale introdotto dalla novella, non abbiano immediatamente percepito che i termini per la richiesta di discussione delle cause "ordinarie" (ossia non abbreviate), in trattazione già il 3 giugno, e per quelle immediatamente successive, sono cominciati a decorrere sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 28/2020.

Quanto al rito cautelare, *ex art.* 120 del C.p.a., secondo il quale la trattazione è fissata alla prima udienza camerale calendarizzata nei cinque giorni (termine dimidiato) successivi al deposito del ricorso, è, ad esempio, possibile che l'udienza sia così imminente rispetto al tempo di deposito del ricorso da "bruciare" il termine per la richiesta di discussione a disposizione del resistente e dei controinteressati (non già quello del ricorrente che può ben inserire la domanda di discussione direttamente nel ricorso o nell'istanza di fissazione d'udienza).

In tutti questi casi, supplisce, ove ne ricorrano i presupposti secondo prudente valutazione, il potere del Presidente di disporre d'ufficio, con proprio decreto, la discussione.

Le note di udienza alternativa alla discussione

La legge prevede che "In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza".

Si tratta di inedita ed eccezionale misura, alternativa al contraddittorio orale, fruibile dalle parti solo nell'ambito del rito di cui all'art. 4 del d.l. n. 28/2020 e dunque, solo quando le parti, singolarmente o congiuntamente, abbiano chiesto la discussione, o il presidente l'abbia disposta d'ufficio.

Il Legislatore ha messo cioè a disposizione delle parti, che per motivi tecnici non possano o non vogliano fruire del collegamento da

remoto, un'ulteriore chance di trattazione cartolare, anche al fine di disincentivare radicali opposizioni alla discussione orale destinate a "scaricarsi" sulla economicità e celerità del processo. È tuttavia evidente che le note:

a) debbano essere "brevi", ponendosi quale facoltà succedanea all'esposizione orale;

b) debbono auspicabilmente essere depositate con anticipo rispetto al giorno dell'udienza, in modo da consentire alle controparti una replica informata;

c) a mezzo di esse possano essere svolte tutte le considerazioni generalmente ammesse in udienza (ad esempio, dedurre un profilo in rito non soggetto a termini perché rilevabile d'ufficio). In ogni caso, ove esse siano depositate il giorno stesso dell'udienza, entro le ore 9.00, come pur previsto dalla legge, rimane comunque il potere del presidente di accordare una postergazione dell'orario di trattazione in modo da consentire l'esame o disporre, allo stesso scopo, un breve rinvio.

La richiesta di passaggio in decisione

L'art. 4 del D.l. n. 28/2020 scandisce il nuovo e temporaneo regime della discussione orale, ma non manca di aggiungere che le parti "in alternativa alla discussione" possono depositare "richiesta di passaggio in decisione", precisando che il difensore che deposita tale richiesta è "considerato presente a ogni effetto in udienza".

La speciale disposizione rispecchia, com'è ragionevole che sia, la dinamica delle ordinarie udienze "in presenza", in cui le parti si accordano, in via preliminare, per non discutere la causa non ravvisando profili che rendano utile o opportuna l'ulteriore trattazione orale, rispetto a quanto già dedotto e argomentato negli scritti.

Trattasi di una facoltà (quello di richiedere senz'altro il passaggio in decisione) che dunque permane anche nel nuovo regime della fase emergenziale, ma che a differenza del regime ordinario può essere manifestata anche per iscritto. "Anche" per iscritto perché, evidentemente, nulla vieterebbe alle parti che abbiano già chiesto la discussione, di optare, all'atto del loro collegamento da remoto, per la semplice richiesta orale di passaggio in decisione mediante concorde rinvio alle argomentazioni e conclusioni già rassegnate.

Il valore aggiunto della disposizione, che incide non poco sulla economicità del processo e sul risparmio di una risorsa scarsa quale è la rete, è piuttosto quello di legittimare l'esternazione formale di tale volontà attraverso un'alternativa e specifica istanza scritta, singola o congiunta, anteriormente e in alternativa alla discussione.

Va da sé che ciascuna delle parti potrebbe anche non presentare alcuna richiesta di passaggio in decisione, né aderire alla richiesta altrui, né, ancora, partecipare all'udienza, con l'unica conseguenza che risulterebbe non presente all'udienza.

Il problema della mancata fissazione del termine per l'eventuale opposizione alla discussione telematica

L'art. 4 del Decreto Legge n. 28/2020 nulla dice sul termine per l'opposizione alla discussione telematica.

La lacuna potrebbe essere colmata solo con un'interpretazione analogica, ma in proposito:

a) non può sottacersi che nel diritto processuale amministrativo "ordinario" mancano fattispecie similari sorrette dalla medesima ratio da cui possa attingersi per ricavare un esatto termine perentorio;

b) più in generale, anche in relazione a una possibile analogia *juris*, il carattere eccezionale delle disposizioni processuali è senz'altro ineludibile fattore preclusivo ai sensi dell'art. 14 delle preleggi;

c) a tacer d'altro, il consolidamento di un'interpretazione analogica in via giurisprudenziale richiederebbe tempi comunque incompatibili con la breve finestra temporale in cui il rito telematico con discussione da remoto è destinato auspicabilmente a trovare applicazione.

Oltre ad un ovvio richiamo ai principi di lealtà e collaborazione processuale, circa un utilizzo leale e non dilatorio della facoltà di opposizione, normalmente riferibile alle ipotesi di insuperabili impedimenti tecnici o di altre situazioni conseguenti a oggettive difficoltà scaturenti dallo stato emergenziale, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020, contenente le regole tecnico-operative, offre spunti per individuare una soluzione alle difficoltà organizzative e gestionali legate all'assenza del termine di legge, della quale s'è fatto cenno.

Il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020, infatti, prevede che l'istanza di discussione venga comunicata a mezzo P.e.c,

a cura della segreteria, alle controparti processuali, “anche ai fini della formulazione di eventuali opposizioni”.

Si tratta di un adempimento non previsto dalla legge, e attribuito in carico alle Segreterie, comportante un non indifferente impegno di queste ultime che certamente non sostituisce né elide l'onere della parti di consultare il portale telematico, similmente a quanto avviene per tutte le difese, ma che offre il veicolo per avvisare le parti circa l'opportunità di un celere esercizio della facoltà, in mancanza del quale il Presidente comunque decide in ordine alla richiesta di discussione, con le modalità di cui si dirà appresso, con implicita riserva di valutare eventuali opposizioni successive, anche direttamente in udienza con provvedimento “messo a verbale”.

La forma del decreto che dispone la discussione

L'art. 4 del Decreto Legge n. 28/2020 prevede espressamente la forma del decreto per il solo caso di udienza disposta “d'ufficio” dal Presidente. Tace negli altri casi (domanda congiunta, domanda singola, domanda singola seguita da opposizione).

L'ipotesi della domanda congiunta è di agevole soluzione, per la semplice constatazione che la legge esclude in radice una valutazione (“L'istanza è accolta dal Presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite”).

L'accoglimento è diretto effetto della norma, sicché è superflua ogni altra formalità.

A ben vedere la necessità del decreto può anche escludersi per la generale ipotesi di domanda singola di discussione non opposta.

Depone in tal senso la lettera della legge a mente della quale il Presidente del collegio valuta l'istanza “anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto”, da intendersi nel senso che la valutazione ha ad oggetto esclusivamente la meritevolezza dell'opposizione.

La congiunzione “anche” non sottende, infatti, un potere presidenziale di imporre la trattazione sulla base dei soli scritti, pur dinanzi ad una diversa volontà della parte ritualmente manifestata, ma si correla, piuttosto, al generale potere del Presidente, comune a tutte le fattispecie (ivi compresa quella della domanda congiunta), di rinviare la trattazio-

ne della causa, ovviamente sulla base di valutazioni prudenziali che tengano adeguatamente conto dell'importanza e urgenza del contenzioso, ove, per motivi di ordine tecnico, il numero delle cause da discutere non sia compatibile con i tempi ragionevolmente a disposizione per lo svolgimento di tutte le attività nella giornata d'udienza, anche in considerazione delle peculiarità organizzative e tecniche che caratterizzano la discussione da remoto.

Da quanto sopra discende, sul piano della forma della decisione presidenziale, che, in assenza di opposizione e di eventuali decreti di rinvio, la richiesta di discussione può ben intendersi implicitamente accolta a mezzo dell'invio, a cura delle segreterie, del link per il collegamento all'udienza.

Ricapitolando, la forma del decreto è necessaria, a termini di legge, soltanto:

- a) nel caso della discussione disposta d'ufficio;
- b) nel caso di opposizione depositata prima dell'invio dell'avviso contenente il link.

Nel caso di opposizioni ad libitum, invece, il Presidente ben potrà decidere, giusta quanto già sopra osservato, "a verbale" direttamente il giorno dell'udienza.

La gestione degli inconvenienti tecnici e i tempi dell'udienza

Infine si osserva che l'art. 4 del Decreto Legge n. 28/2020 non disciplina le conseguenze processuali in caso di discussione da remoto interrotta per motivi tecnici o per insufficienza delle apparecchiature utilizzate.

Appare opportuno lasciare al Collegio l'apprezzamento di tutte queste evenienze.

Non bisogna infatti dimenticare che l'art. 127 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39 del C.p.a., in combinato disposto con l'art. 11 delle disposizioni attuative del C.p.a., prevede che l'udienza è diretta dal Presidente del collegio.

Il Presidente "può fare o prescrivere quanto occorre affinché la trattazione delle cause avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e la dichiara chiusa quando la ritiene sufficiente".

In proposito è pur sempre affidata al Presidente la disciplina dei tempi massimi della discussione; che dichiara la “chiusura della discussione” nel momento in cui essa sia ritenuta “sufficiente”.

Inoltre al Presidente è pur sempre concessa la possibilità di concedere repliche, ove necessario, nel rispetto di quel principio di elasticità che ha sempre caratterizzato la discussione; sempre nel rispetto del tempo massimo regolamentare e dell’ordinato svolgimento dell’intera udienza e dei tempi di lavoro di tutti i protagonisti del Processo (avvocati, magistrati, personale amministrativo).

Ove nonostante il contingentamento dei tempi, qualora non si riesca a terminare l’udienza nel corso della giornata, il Presidente potrà sempre aggiornare la trattazione delle cause residue, vuoi in prosecuzione, vuoi disponendo un rinvio della stessa in relazione alle cause che non sia stato possibile discutere.

**** *

Infine, in data del 26 maggio 2020, è intervenuto (in attuazione concreta delle “Linee Guida” del Presidente del Consiglio di Stato del 25 maggio), un protocollo d’intesa tra la Giustizia amministrativa, nella persona del Presidente del Consiglio di Stato, l’Avvocatura dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma e le Associazioni specialistiche degli avvocati amministrativisti, (d’ora in poi “Parti”), teso a responsabilizzare le Parti medesime verso un’equa applicazione dell’art. 4, comma 1, del decreto-legge del 30 aprile 2020, n. 28 (in tema di “udienza da remoto”).

Ciò cercando di informare il (“nuovo ed emergenziale”) processo ai principi di cooperazione e lealtà processuale, nell’ambito di un percorso teso a stimolare le migliori pratiche, a diffondere l’informazione e l’invito alla leale collaborazione tra Magistrati amministrativi e Avvocati e tra gli Avvocati, a raccogliere l’adesione delle Parti ad alcune soluzioni di buon senso e a valorizzare il contributo partecipativo e faticoso di tutte le componenti della Giustizia amministrativa, in uno sforzo comune che consenta di affrontare al meglio e con il giusto spirito questa fase processuale “emergenziale”.

Le "Parti" sono d'intesa che:

1) L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che "(a) decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito...". Le Parti concordano nel ritenere che la disposizione citata debba trovare applicazione per tutte le udienze, già fissate o che verranno fissate, nell'intervallo temporale indicato. La richiesta può essere formulata per tutte le udienze fissate a partire dal 3 giugno. Ove la richiesta sia formalmente tardiva, il presidente può disporre d'ufficio la discussione orale, secondo il suo prudente e insindacabile apprezzamento.

2) Fino a quando non sarà rilasciata un'apposita "manutenzione evolutiva" (M.EV.) del Sistema informativo della Giustizia amministrativa (SIGA) – gli avvocati utilizzano, per la richiesta di discussione, la voce "altro" del "Modulo deposito atto", attualmente disponibile, avendo cura di indicare in modo chiaro, nell'intestazione della nota, che trattasi di "istanza di discussione" o "atto di opposizione alla discussione". Qualora l'istanza o l'opposizione siano presentati unitamente o nel corpo dell'atto di costituzione, si avrà allora cura di evidenziarlo nell'oggetto. Negli stessi atti dovrà essere indicata, oltre alla P.e.c., anche un altro indirizzo di posta elettronica (non P.e.c.) e un recapito telefonico ai quali l'avvocato si renda raggiungibile il giorno dell'udienza o della camera di consiglio. Per gli affari cautelari, l'istanza di discussione può essere inserita nel contesto dell'istanza di fissazione d'udienza, sempreché l'avvocato abbia cura di evidenziare nell'intestazione che "v'è richiesta di discussione". Il CNF, l'Ordine e le Associazioni, in premessa indicati, si impegnano a informare e sensibilizzare gli avvocati in tal senso.

3) Posto che l'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 tace sul termine per l'opposizione alla discussione da altri richiesta, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato (d.P.C.S.), di imminente emanazione, contenente le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico, al fine di razionalizzare e consentire l'anticipazione delle scelte difensive, prevede che la segreteria comunichi l'avvenuto deposito della richiesta di discussione, anche ai fini di una eventuale opposizione. Le Parti concordano che l'inoltro a cura delle Segreterie dell'avviso suddetto

sia utile e auspicano che tale adempimento venga reso operativo, anche nelle more dell'emanazione del d.P.C.S. e compatibilmente con i tempi di realizzazione della predetta "manutenzione evolutiva" (M.EV.) del Sistema informativo della Giustizia amministrativa (S.I.G.A.), con l'intesa che: a) la comunicazione è inoltrata agli indirizzi P.e.c.; b) decorsi due giorni dall'avviso, il Presidente del collegio decide senza formalità sull'istanza di discussione e dispone che la segreteria invii il link per il collegamento da remoto; c) eventuali opposizioni che giungano dopo l'invio dell'avviso contenente il link sono valutate dal presidente del collegio anche direttamente in udienza o in camera di consiglio; d) la comunicazione non elide l'onere dei difensori di consultare il fascicolo al fine di essere edotti delle istanze depositate, sicché il mancato ricevimento della comunicazione non potrà essere dedotto come motivo di richieste motivate sulla mancata conoscenza dell'istanza di discussione.

4) L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che "In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento". In proposito il Presidente del Consiglio di Stato si impegna, alla luce del principio di leale cooperazione istituzionale, a far sì che il Segretario generale convenga sul diramare istruzioni organizzative affinché tale termine non sia interamente sfruttato dalle segreterie, compatibilmente con la ridotta presenza del personale negli uffici in ragione dei vincoli dovuti al rispetto delle misure di contrasto della diffusione del virus COVID-19. Poiché tale termine è però collegato anche alla tempestività delle eventuali opposizioni, le Associazioni degli avvocati, dal canto loro, si impegnano a informare e sensibilizzare i rispettivi associati affinché costoro, ove intendano esercitare la facoltà di opposizione, facciano quanto è nelle loro possibilità per provvedervi nei due giorni dalla ricezione dell'avviso di segreteria del quale sopra si è fatto cenno, senza sfruttare appieno il termine ad esse concesso dalla legge.

5) L'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 contiene una disciplina *ad hoc* del contraddittorio cartolare alternativo alla discussione. Come già osservato, la disposizione in discorso scandisce il nuovo e temporaneo regime della discussione orale, ma non manca di aggiungere che le parti "(i)n alternativa alla discussione" possono depositare "richiesta di passaggio in decisione", precisando che il difensore che deposita tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza o in camera di consiglio.

"Le Parti" sono d'intesa che questa sia una facoltà processuale della quale è opportuno i difensori si giovino, anche al fine di non sovraccaricare le udienze da "remoto" con discussioni consistenti in meri e sostanziali rinvii agli atti. Le Associazioni si impegnano a informare e sensibilizzare i loro associati circa l'opportunità che l'istanza di passaggio in decisione sia presentata con congruo anticipo rispetto all'udienza, e possibilmente in modo congiunto o comunque tale da rappresentare l'unità di intenti previamente concordata in separata sede. Sino a quando la M.EV. in corso di implementazione non sarà operativa gli avvocati utilizzeranno la voce "altro" del "Modulo deposito atto", evidenziando nell'instestazione "richiesta passaggio in decisione".

"Le Parti" sono d'intesa altresì che la richiesta di passaggio in decisione possa esser fatta anche ove una o entrambe le parti abbiano già in precedenza chiesto la discussione. Sono altresì d'intesa che ciascuna delle parti potrebbe anche non presentare alcuna richiesta di passaggio in decisione, né aderire alla richiesta altrui, né, ancora, partecipare all'udienza, con l'unica conseguenza che risulterebbe non presente all'udienza.

6) Come già ricordato, la legge prevede che "(i)n alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza stessa ... e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza". Ferma la possibilità partecipare alla discussione richiesta dalla controparte, le "Parti" sono d'intesa, ove l'Avvocato intenda sfruttare la possibilità del deposito delle note d'udienza, sull'opportunità di anticipare il deposito di tali note, almeno nella giornata antecedente all'udienza o alla camera di consiglio, di modo che la controparte possa, ove abbia a suo tempo richiesto la discussione, tenerne conto e, se del caso, replicare. In ogni caso, il Presidente del collegio, ove le note siano depositate il mattino stesso dell'udienza, su richiesta della controparte, postergherà l'ora di trattazione della causa, al fine di consentirne l'esame, o ne disporrà un breve rinvio. Il C.N.F., l'Ordine e le Associazioni, in premessa indicati, si impegnano a informare e sensibilizzare i loro rispettivi associati.

7) Per la partecipazione alle udienze da remoto i Magistrati e gli Avvocati sono esentati dall'obbligo di indossare la toga, stante l'assenza del pubblico.

**** *

Il Presidente del T.A.R. L'Aquila, dottor U. Realfonzo, ha provveduto, con il decreto n. 13 del 26 maggio 2020, a dettare specifiche disposizioni in attuazione del citato art. 4, comma I, del D.L. n. 28/2020 e a rimodulare, in ragione anche del miglioramento della situazione sanitaria in Abruzzo, le misure anti-affollamento presso gli uffici giudiziari amministrativi.

In particolare all'art. 1 del decreto presidenziale n. 8/2020 si stabilisce che:

– per tutte le cause calendarizzate o che saranno calendarizzate dopo il 31 maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020, ed in particolare a partire dall'udienza di merito del prossimo 3 giugno 2020, le udienze da remoto si terranno secondo le modalità stabilite con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020, con cui è stata data attuazione all'art. 4, comma 1, del D.L. n. 28/2020.

All'art. 2 del detto decreto presidenziale si prevede che, dal primo giugno 2020 fino alla data del 31 luglio 2020:

– l'ingresso presso gli uffici giudiziari del T.a.r. Abruzzo L'Aquila, secondo criteri consueti di prudenza e cautela imposti dallo stato emergenziale in atto, è consentito all'utenza per appuntamento, previa tempestiva richiesta da inoltrare anche tramite tre mezzi di comunicazione telefonica o telematica e previo formale assenso agli interessati con la comunicazione della fascia oraria assegnata. Sarà comunque data priorità di accesso ai servizi più urgenti.

All'art. 3 si prevede che il precedente decreto presidenziale n. 9/2020 è abrogato a far tempo dal 31 maggio 2020.

La Segreteria di sezione del T.A.R. L'Aquila provvederà ad effettuare le notifiche e le comunicazioni conseguenti alle dette determinazioni, nonché a trasmettere copia del presente decreto ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati dell'Aquila, di Teramo, di Avezzano e di Sulmona.

**** *

Al pari, il Presidente del T.A.R. Pescara, dottor P. Passoni, ha provveduto, con il decreto n. 8 del 28 maggio 2020, a dettare specifiche disposizioni in attuazione del citato art. 4, comma I, del D.L. n. 28/2020 e a rimodulare, in ragione anche del miglioramento della situazione sanitaria in Abruzzo, le misure anti-affollamento presso gli uffici giudiziari amministrativi.

In particolare all'art. 1 del decreto presidenziale n. 8/2020 si stabilisce che:

– per tutte le cause calendarizzate o che saranno calendarizzate dopo il 31 maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020, ed in particolare a partire dall'udienza straordinaria di merito del prossimo 5 giugno 2020, le udienze da remoto si terranno secondo le modalità stabilite con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020, con cui è stata data attuazione all'art. 4 comma 1 del D.L. 28/20 (vedi supra pagg. 5 e ss).

All'art. 2 del detto decreto presidenziale si prevede che, dal primo giugno 2020 fino alla data del 31 luglio 2020:

– l'ingresso presso gli uffici giudiziari del T.a.r. Abruzzo, Sezione di Pescara, secondo criteri consueti di prudenza e cautela imposti dallo stato emergenziale in atto, è consentito all'utenza per appuntamento, previa tempestiva richiesta da inoltrare anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica e previo formale assenso agli interessati, con la comunicazione della fascia oraria assegnata. Sarà data priorità di accesso ai servizi più urgenti.

Detti articoli 1 e 2 abrogano, per il periodo dal 31 maggio 2020 e sino alla data del 31 luglio, l'articolo 3 e l'articolo 4 del precedente Decreto Presidenziale del T.A.R. Pescara n. 5/2020 (vedi supra a pag. n. 4).

Del decreto n. 8/2020 è data la più ampia diffusione presso tutti i Consigli distrettuali dell'Ordine degli Avvocati, il Consiglio di Presidenza di Giustizia Amministrativa, il Segretario Generale, il personale tutto, i Tirocinanti presso il T.a.r., le segreterie dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di L'Aquila.

Il Presidente del T.A.R. Pescara raccomanda la pubblicazione sul sito Intranet di tale Decreto e l'affissione nei locali di pertinenza del T.a.r. in formato ben visibile.

Misure organizzative della Commissione Tributaria Regionale dell'Abruzzo

IL PRESIDENTE

Visti gli artt. 83 del D.L. n. 18 17/3/2020, nonché 36 del D.L. 8/4/2020, n. 23;

Considerato che permangono le criticità legate all'emergenza epidemiologica da Covid 19, per cui si rende necessario individuare apposite misure organizzative, onde ridurre – quanto più possibile – la presenza di persone nelle aule udienze, evitando, per la tutela di tutti, la comparizione delle parti in causa nonché di altri soggetti;

Considerato, pertanto, che occorre organizzare la trattazione delle udienze di questa Commissione Tributaria Regionale dell'Abruzzo, adottando linee guida vincolanti, conformemente al disposto di cui al comma 7 lett. d) dell'art. 83 D.L. 17/3/2020 n. 18, applicabile anche ai procedimenti davanti alle Commissioni Tributarie, a norma del prefato comma 21, per il periodo dal 12 maggio e fino alla fine del periodo emergenziale;

Rilevato che, allo stato, la Commissione Tributaria dell'Abruzzo e le Commissioni Provinciali, non sono ancora dotate delle strumentazioni informatiche che consentono i collegamenti da remoto, così come previsto dalla lett. f), comma 7, del art. 83 del D.L. n. 18/2020, in epigrafe richiamato;

Ritenuto, conseguentemente che nel periodo compreso tra il 12 maggio e la fine del periodo emergenziale, le udienze dovranno svolgersi esclusivamente mediante trattazione scritta, ai sensi dell'art. 83 comma 7 lett. h) D.L. n. 18/2020;

Considerato che per il ridotto tempo a disposizione non è stato possibile sentire preventivamente L'Agenzia Regionale delle Entrate, i Consigli degli Ordini Professionali abilitati alla difesa avanti le Commissioni Tributarie e l'Assessorato regionale alla Sanità, per cui si dispone l'invio del decreto anche a tali Enti per le loro osservazioni e

suggerimenti, con espressa riserva di integrarlo e modificarlo in senso migliorativo qualora dovessero pervenire proposte di modifica

DISPONE

1) nel periodo successivo al 12 maggio prossimo e fino alla fine del periodo emergenziale, tutte le udienze fissate presso questa Commissione Tributaria Regionale nonché quelle Provinciali si svolgeranno con trattazione scritta, salva l'eventualità della possibilità di effettuare udienze a distanza con l'ausilio di strumenti informatici;

2) il ruolo delle singole udienze verrà composto inserendo in primo luogo i fascicoli già fissati per la discussione e oggetto di rinvio a causa della normativa emergenziale e, di seguito, i fascicoli ancora non fissati in modo che per questi ultimi ci sia il rispetto dei termini difensivi per tutte le parti;

3) la trattazione delle controversie in camera di consiglio avverrà secondo le regole ordinarie di cui agli artt. 32 e 33 del D.Lvo n. 546/1992;

4) non si terranno pubbliche udienze: la discussione, se richiesta, sarà sostituita dallo scambio e dal deposito telematico, almeno cinque giorni liberi prima dell'udienza, di sintetiche note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni; resta salva la possibilità della parte interessata di insistere per la discussione in pubblica udienza, nel qual caso il Collegio, valutate tutte le circostanze del caso concreto, potrà rinviare la trattazione della controversia a data successiva da individuare una volta scaduto il periodo emergenziale;

5) le istanze di sospensione *ex art. 47 D.Lvo n. 546/1992* saranno trattate senza la comparizione delle parti, la cui audizione avverrà mediante scambio e deposito telematico, almeno due giorni liberi prima dell'udienza, di sintetiche note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni; la successiva deliberazione sarà comunicata dalla Segreteria;

6) eventuali udienze per le quali sia prevista la presenza di persone diverse dalle parti e dai difensori saranno rinviate a data successiva alla scadenza del periodo emergenziale.

7) Si comunichi a tutti i giudici delle Commissioni Tributarie regionali e provinciali dell'Abruzzo, ai Direttori della CTR e delle CTP, ed ai segretari di sezione; si comunichi altresì al Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, al Direttore Regionale della Agenzia delle Entrate,

agli Ordini professionali abilitati alla difesa avanti alle Commissioni
Tributarie, all'Assessore regionale alla Sanità.

L'Aquila 24-04-2020.

Il Presidente
Dr. Giansaverio Cappa

AREE SCIENTIFICO-DISCIPLINARI

AREA 01 — Scienze matematiche e informatiche

AREA 02 — Scienze fisiche

AREA 03 — Scienze chimiche

AREA 04 — Scienze della terra

AREA 05 — Scienze biologiche

AREA 06 — Scienze mediche

AREA 07 — Scienze agrarie e veterinarie

AREA 08 — Ingegneria civile e architettura

AREA 09 — Ingegneria industriale e dell'informazione

AREA 10 — Scienze dell'antichità, filologico-letterarie e storico-artistiche

AREA 11 — Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

AREA 12 — **Scienze giuridiche**

AREA 13 — Scienze economiche e statistiche

AREA 14 — Scienze politiche e sociali

AREA 15 — Scienze teologico-religiose

Il catalogo delle pubblicazioni di Aracne editrice è su

www.aracneeditrice.it