

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

I/2023

ANNO XXXIV – N. 1 – GIUGNO 2023

P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

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

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

Coordinatori della Redazione: FRANCO SABATINI, LUIGI SALCIARINI

Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Direttore Editoriale: ROBERTO DE ROSA

Segretario di Redazione: MARIA DI TILLIO

Corrispondenti:

AVEZZANO: SALVATORE BRAGHINI

CHIETI: ENRICO RAIMONDI, GIUSEPPE GIALLORETO

LANCIANO: ALDO LA MORGIA

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

SULMONA: DORA DI LORETO

TERAMO: FRANCO DI TEODORO, GENNARO LETTIERI, PIETRO REFERZA
VASTO: GIAMPAOLO DI MARCO, MARIA SICHETTI

Hanno collaborato a questo numero: ARIANNA CACCHIO – MARIA MICHELA DI FINE
VINCENZO DI GIROLAMO – MARIA DI TILLIO – GREGORIO EQUIZI
GUGLIELMO FLACCO – GIUSEPPE MALCANGI – FRANCESCA MICHETTI - MARCO RIARIO
SFORZA – LUIGI SALCIARINI – LUCA SCIARRETTA – ROSADA TESTA – LUIGI ZAPPACOSTA

Patrocinio del C.O.F.A.

Contributo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara

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

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

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

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

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

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

S O M M A R I O

Maria Braccioli <i>Rosada Testa</i>	pag. 9
--	--------

Parte I - SAGGI

Riforma Cartabia: profili di diritto penale processuale

<i>Luca Sciarretta</i> Indagini preliminari	pag. 15
<i>Maria Michela Di Fine</i> Udienza preliminare	pag. 26
Rito monocratico - Udienza predibattimentale	pag. 33
<i>Gregorio Equizi</i> Il dibattimento	pag. 43
<i>Vincenzo Di Girolamo</i> Riti alternativi: giudizio abbreviato, patteggiamento e decreto penale	pag. 51

Parte II - GIURISPRUDENZA

Atto e procedimento amministrativo

Attività di scavo - Installazioni di reti elettriche - Indennità di civico ristoro - Imposizione degli Enti locali - Art. 23 Cost. - Prestazione patrimoniale personale - Riserva di legge - Maggiori costi - Necessità di compensazione da parte della P.A. - Arricchimento senza causa - Art. 2041 cod. civ. - Richiesta unilaterale del Comune di pagamento - Somma forfettaria - Assenza di verifica delle conseguenze dell'attività di scavo - Pretesa di pagamento forfettario - Condizione ex ante per il rilascio di autorizzazioni - Illegittimità (<i>T.A.R. Abruzzo - L'Aquila sent. 8/6/2023 n. 320</i>)	pag. 217
--	----------

4 *Sommario*

Provvedimento amministrativo plurimotivato - Unico motivo legittimo - Annullabilità dell'intero provvedimento - Non sussiste - Terzo condono edilizio - Realizzazione di nuovi volumi e superfici - Aree vincolate Abusi maggiori - Non condonabilità - Superfluità del parere dell'Autorità preposta al vincolo - Opere minori - Condonabilità - Presupposti tassativi di ammissibilità - Normativa condonistica - Natura eccezionale e derogatoria - Scelta legislativa discrezionale - Titolo abilitativo straordinario (*T.A.R. Abruzzo - L'Aquila sent. 25/5/2023 n. 300*)

pag. 211

Procedura di evidenza pubblica - Affidamento della concessione di servizio pubblico - Concorrente escluso - Istanza di accesso - Documentazione tecnica delle concorrenti - Elementi dell'offerta - Diniego - Illegittimità - Esigenze di segretezza commerciale - Riservatezza dei partecipanti - Prevalenza del diritto di accesso - Principio di buona fede e di tutela difensiva ex art. 24 Cost. (*TAR Abruzzo - Pescara sent. 9/2/2023 n. 78*)

pag. 226

Beni culturali, paesaggistici ed ambientali

Vincolo indiretto di tutela monumentale - Contenuto prescrittivo - Tutela delle caratteristiche fisiche e culturali - Bene storico principale - Intero spazio circostante - Continuità storica tra monumenti ed insediamenti - Inclusione nell'area vincolata - Mero rapporto di continuità fisica dei terreni - Irrilevanza - Fissazione dell'ampiezza del vincolo - Potere dell'Amministrazione - Discrezionalità tecnica - Insindacabilità in sede di legittimità - Eccezioni - Vizi di palese incongruenza - Illogicità macroscopica - Insussistenza di proporzionalità - Estensione del vincolo - Esigenze di protezione del bene artistico (*TAR Abruzzo - Pescara sent. 9/2/2023 n. 85*).

pag. 230

Calamità pubbliche, terremoto, alluvioni

Consulenza redatta nell'ambito delle indagini penali - Acquisibilità nell'ambito del procedimento civile- possibilità- sussiste // Ministero- competenza a sorvegliare la realizzazione di costruzioni sussistente al momento di realizzazione dell'opera – Mutamento normativo - intervenuta perdita di tale competenza – Responsabilità Ente Pubblico – permane – ragioni // Ente pubblico obbligato ad effettuare controlli attribuitigli per legge – delega di tale incombenza a libero professionista – Mancato corretto adempimento dell'incarico da parte del professionista – Responsabilità dell'Ente – sussiste // Esperimento dell'azione di regresso non preceduta dal pagamento dell'intero- possibilità – esclusione - possibilità di espletamento dell'azione di regresso nell'ambito della responsabilità ex art. 2053 c.c. – esclusione – ragioni – carattere oggettivo della responsabilità ex art. 2053 c.c. e non per colpa // Terremoto- concorso di responsabilità ex art. 1227 c.c. della vittima che non abbandona l'edificio nonostante il ripetersi delle scosse telluriche – sussiste // Chiamata in causa di terzi – mancanza di allegazione di esclusiva responsabilità di questi nella causazione dell'evento – possibilità di estensione automatica della domanda a carico del terzo – esclusione (*Trib. L'Aquila sent. 11/6/2022 n. 676, con nota "Nessun addebito di imprudenza... se l'imperizia è incolpevole" di M. Riario Sforza*)

pag. 109

Terremoti – Domanda di risarcimento del danno – Legittimazione passiva – Concorso di colpa – Esclusione (*Trib. L'Aquila sent. 3/5/2023 n. 308*)

pag. 138

Cosa giudicata civile

Giudicato interno - Dedotto e deducibile Improprietà di nuova azione per danni relativi alla stessa finestra temporale di un precedente giudizio (*Trib. Chieti sent. 19/9/2022 n. 461, con nota di G. Malcangi*)

pag. 146

6 *Sommario*

Diritti politici e civili

Costituzione della Repubblica – Uguaglianza – Azione contro la discriminazione ex art. 44 D.Lgs n. 268/1998 – Discriminazione mediante adozione di atto amministrativo – Configurabilità – Potere del giudice ordinario di disapplicazione dell’atto – Ammissibilità – Danno patrimoniale subito dal soggetto discriminato – Risarcibilità – Sussiste (*App. L’Aquila sent. 18/1/2023 n. 37, con nota “Accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica: “bando” alle discriminazioni” di F. Michetti*)

pag. 61

Edilizia e urbanistica

Edilizia e urbanistica – Ricostruzione e nuova costruzione – Differenze (*Trib. Teramo sent. 1/2/2023 n. 58, con nota di Luigi Zappacosta*)

pag. 173

Abuso edilizio - Ordine di demolizione - Comunicazione di avvio procedimentale - Non necessità - Procedimento di natura vincolata - Veranda realizzata sulla balconata - Aumento volumetrico - Nuova sagoma e superficie - Titolo edilizio - Necessità - Attività edilizia sul territorio comunale - Potere di vigilanza e controllo del Comune - Mantenimento dell’opera realizzata da tanto tempo - Affidamento del privato - Inesistenza - Interesse pubblico alla demolizione - Obbligo di motivazione - Insussistenza - Proprietario attuale dell’opera - Legittimo destinatario del provvedimento - Diritto dominicale (*TAR Abruzzo – Pescara sent. 7/2/2023 n. 60*).

pag. 221

Fallimento

Fallimento – Insinuazione stato passivo – credito del professionista per attività svolta nella precedente procedura di concordato preventivo – collocazione del credito in predeuzione – verifica della funzionalità alla procedura dell’attività svolta dal professionista – valutazione ex ante – necessità – apertura della procedura di concordato preventivo quale utilità minima – necessità (*Trib. Pescara, decr. 3/5/2023 n. 18 con nota di G. Flacco*)

pag. 166

Imposte e tasse

Esenzioni ed agevolazioni IMU – Persone unite in matrimonio o in unione civile – Spettanza – Condizioni – Onere della prova – Incombe su chi chiede l’agevolazione (*Corte di Giustizia di secondo grado dell’Abruzzo - L’Aquila sent. 6/3/2023 n. 162, con nota “Esenzione IMU ed effettiva dimora” di A. Cacchio*)

pag. 237

Matrimonio, convivenza, unioni civili e famiglie di fatto

Matrimonio - Divorzio – Assegno divorzile – Criteri di riconoscimento (*App. L’Aquila sent. 11/4/2023 n. 532, con nota “Recenti applicazioni dei principi in materia di attribuzione e quantificazione dell’assegno divorzile” di M. Di Tillio*)

pag. 94

Matrimonio - Divorzio – Assegno divorzile – Criteri di riconoscimento (*App. L’Aquila sent. 14/7/2022 n. 1068, con nota M. Di Tillio ut supra*)

pag. 94

Lavoro, lavoro pubblico

Lavoro pubblico – Segretario Comunale – Nulla-osta per il comando presso altra amministrazione – Diniego – Violazione degli obblighi di correttezza e buona fede – Sussiste – Tutela d’urgenza – Ammissibilità (*Trib. Teramo, ord. 17/1/2023*)

pag. 151

Obbligazioni e contratti

Transazione conservativa e novativa – Distinzione – Risoluzione per inadempimento – Transazione conservativa – Ammissibilità (*Trib. Vasto sent. 16/1/2023 n. 11, con nota di G. Malcangi*)

pag. 158

Reato in genere

Reati omissivi - Nesso di causalità - Giudizio controfattuale.
Concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute
- Eccentricità del percorso causale - Nesso di causalità -
Esclusione.

Reati omissivi - Obbligo di impedire l'evento - Posizione
di garanzia - Fonte formale - Dominio dei mezzi impeditivi
- Necessità.

Colpa - Concretizzazione del rischio - Violazione della
norma precauzionale - Necessità.

Colpa - Prevedibilità e prevenibilità dell'evento - Agente
modello - Valutazione ex ante (*Trib. Pescara G.u.p., sent.*
23 febbraio 2023)

pag. 179

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

Giuseppe Malcangi

Motivazione delle sentenze e forma della stessa. Una “sin-
golare” decisione della Corte di Appello di L'Aquila

pag. 249

Parte IV - VITA FORENSE

Risultati delle elezioni per il rinnovo dei Consigli dell'Or-
dine abruzzesi

pag. 255

Due domande ai Presidenti dei Consigli degli Ordini abruz-
zesi – La legge professionale compie 10 anni

pag. 260

Luigi Salciarini

Esame da avvocato: *restyling* (ma solo per il 2023)...
in (trepidante) attesa della versione definitiva

pag. 263

In copertina:

Maria Braccioli



Nasce Maria Braccioli, il 12 ottobre 1905, a Lanciano, in una casa situata al “Largo dell’Appello”, nei pressi della chiesa di S. Giovina. I genitori Francesco Braccioli (1860-1947) ed Adina Villante (1863–1930) erano ambedue lancianesi appartenenti a vecchie famiglie locali le quali si erano distinte, in tempi precedenti, per cultura giuridica e per partecipazione politica: Tiberio Braccioli, notaio nel secolo XVIII, Enrico Braccioli, avvocato nel secolo XIX, Francesco Braccioli segretario della sezione locale della Carboneria. Gli antenati materni erano appartenenti alle famiglie Villante, Montanari e Renzetti. La nascita di Maria, dopo diversi anni da Giuseppina (1895) fu una consolazione: infatti i due coniugi avevano perso 3 figli morti in tenera età Fileno, Maria e Rosa.

Quindi, per la nuova Maria furono scelti i maestri più competenti per la scuola elementare, le amicizie ritenute migliori ed a lei adatte. Fu iscritta, dopo le elementari dell’epoca, alle “Scuole tecniche” in quanto sembrava che avesse tendenze per le discipline pratiche; al terzo anno di frequenza, i docenti invitarono i suoi genitori ad indirizzarla diversamente, viste le caratteristiche evidenziate nel corso degli studi. Per una intera estate, ella, seguita da un notissimo sacerdote del tempo, esperto di discipline classico/umanistiche, don Nicola Cipollone, riuscì ad apprendere tutte le nozioni riguardanti il latino ed i primi elementi di greco. Sostenuti gli esami di ammissione, iniziò a frequentare il Liceo Ginnasio lancianese che era diventato governativo nel 1907. In classe V ginnasio, Maria, avendo conseguito una media di 8/10 nel profitto, non dovette sostenere gli esami di passaggio al triennio liceale.

Nel 1924, la riforma Gentile obbligò gli alunni delle classi finali dei licei classici a sottoporsi agli Esami di Stato: le prove stabilite dalle norme, per quell'anno, avrebbero dovuto essere sostenute in sede provinciale e non a Lanciano. Maria ed i suoi compagni di scuola ammessi agli esami nello scrutinio finale dell'a.s. 1923/24, parteciparono agli Esami presso il liceo Classico "G. B. Vico" di Chieti. Ella fu licenziata insieme ad altri alunni tra cui Maria Massari, A. Colangelo, L. Carabba. Quando tornarono a Lanciano, i neo "licenziati" furono accolti con la Banda locale da parte del preside Francesco Milano.

L'iscrizione alla facoltà di Giurisprudenza alla Sapienza di Roma – che allora era frequentata da alcuni lancianesi, tra cui Nicola Tommaso Pace, Vittorio Pace ed Enrico Braccioli – fu inizialmente contrastata dal padre di Maria che non voleva che la figlia andasse a studiare per una facoltà dove i maschi erano la quasi totalità degli iscritti. Dopo un anno di "castigo" in casa, il padre dovette cedere e lei andò a Roma in un collegio di suore spagnole, affidata al controllo dei due fratelli Pace e del cugino. La scelta di Maria aveva origini diverse: da una parte l'inclinazione agli studi giuridici per eredità familiare e, poi, un interesse specifico per il dibattito, la discussione di diritti e di doveri, maturato nel corso degli studi liceali durante i quali aveva espresso una forte propensione per lo studio dei testi ciceroniani e di quelli, più recenti, di Filangieri e Galiani. Nel 1929, si laureò e discusse davanti alla Commissione d'esame una tesi di laurea elaborata sul tema del "matrimonio concordatario" e sulla distinzione tra matrimonio religioso e matrimonio civile. Un argomento, molto dibattuto nella cultura giuridica, essendo stati sottoscritti l'11 febbraio 1929, i Patti Lateranensi. Terminata la fase degli studi, Maria iniziò la pratica richiesta presso uno studio legale per avere, successivamente, la possibilità di esercitare la professione forense. Per un po' di tempo rimase a Roma, poi tornò a Lanciano e frequentò lo studio, allora molto prestigioso, dell'avv. Michele Magno. Nel 1936 partecipò alle prove del concorso - allora ad "albo chiuso" - per l'esercizio della professione forense. Al Tribunale di Lanciano era stato assegnato un solo posto: il concorso fu proprio vinto da lei, con il massimo punteggio. Quando presentò istanza per l'iscrizione all'Albo degli Avvocati, si trovò dinanzi un rifiuto e, soprattutto, la nuova iscrizione di un laureato in giurisprudenza, proveniente da fuori provincia. Reagì immediatamente e preparò da sola il ricorso al Consiglio di Stato, organismo deputato alla verifica di situazioni dello stesso tipo. Il Consiglio di Stato le dette ragione in pieno e, nello stesso anno ella iniziò ad esercitare la professione forense, cercando di superare il malcelato disappunto di alcuni colleghi maschi. I primi tempi furono difficili, ma riuscì a dimostrare la passione per la professione che

aveva scelto ed anche la solida preparazione acquistata con gli studi. Anche in occasione del matrimonio. Maria dimostrò, lottando contro la tradizione, quale fosse la sua idea circa il matrimonio: chiese ed ottenne dall'Arcivescovo di allora la separazione tra celebrazione della S. Messa e cerimonia nuziale. Infatti, il 10 maggio 1937, al mattino i due sposi, Maria Braccioli ed Eneo Gabriele parteciparono alla S. Messa appositamente celebrata da don Raffaele D'Anniballe ed il pomeriggio alle 17.30 fu lo stesso parroco a benedire lo scambio delle fedeli ed il rito matrimoniale.

Il successo in campo professionale non le mancò: non si dedicò alla sezione penale, come aveva promesso ai genitori che avrebbe fatto, ma curò numerose ed interessanti controversie in ambito civilistico: anzitutto ebbe un rapporto molto felice con numerosi contadini e mezzadri i quali si trovavano, allora, di fronte a padroni pretenziosi e poco capaci di riconoscere il valore del lavoro dei campi. Per mezzo di cause dibattute su questioni di "possesso" e di "mezzadria", ottenne la fiducia anche del più grande ed importante dei proprietari terrieri del tempo, ossia Don Ireneo Marcantonio, in zona tra Lanciano, Fossacesia e Mozzagrogna; dall'altra parte verso il fiume Aventino entrò in contatto con la famiglia Sirolli e difese contro quest'ultima, i diritti dei mezzadri. Già allora intuì che per alcune questioni l'avvocato, da solo, non avrebbe potuto affrontare determinate realtà e, per questo contattava esperti agronomi e tecnici del settore "lavoro". Era selettiva nell'accettare eventuali incarichi dal Tribunale: volentieri rifuggiva dalle "curatele" fallimentari e cercava di "appianare" i contrasti tra coniugi in crisi.

Durante le vicende dolorose ed anche drammatiche della seconda guerra mondiale, Maria Braccioli non si perse d'animo e, nonostante il cruccio per il marito chiuso in campo di concentramento inglese, all'isola di Man, espresse in vario modo, le sue idee: aiutò, facendoli rifugiare, per diverso tempo, nella soffitta abitabile della sua casa, cinque partigiani tra cui i suoi cugini Enrico e Domenico Braccioli (già segnalati come "sovversivi") ed altri tre lancianesi (due operai della casa editrice Carabba ed un parente del sagrestano di S. Agostino). Si adoperò per il funzionamento della cucina presso il Centro sfollati di Palazzo De Crecchio; più volte ebbe ospite, la sera, a cena il dott. K. Schonheim, ebreo, che divenne il consulente medico di famiglia, per grandi e piccoli. Temeva soltanto per la figlia piccolissima e, la fece andare soggiornare in case di campagna, tra i contadini suoi clienti, insieme al nonno anziano: dapprima alla frazione dell'Iconicella e, dopo un certo tempo, in un casolare nascosto al termine di Costa di Chieti, a Ripa Rossa.

Terminata la bufera della guerra, tornato il marito dopo sei lunghissimi anni di prigionia. Maria riprese l'attività professionale e da allora strinse rapporti

di lavoro e di grande amicizia con Miranda Gentile, più giovane, ma molto efficiente sul piano professionale. Insieme gestirono alcune situazioni complesse e la loro amicizia si consolidò sempre di più. Anche altri avvocati, Enrico D'Ovidio, Giulio Sangiorgio, Guido Lotti ebbero con Maria amicizia e collaborazione costruttiva.

Altre sue esperienze professionali furono alcune consulenze per il Tribunale ecclesiastico e l'incarico di giudice popolare in un processo di mafia presso la Corte d'Appello di L'Aquila.

Intanto ella assumeva impegni rilevanti sul "sociale" come diremmo oggi: Azione cattolica femminile presso la parrocchia di S. Agostino, Compagnia delle Dame di Carità di S. Vincenzo de' Paoli, Croce Rossa italiana, Arciconfraternita Orazione e Morte S. Filippo Neri. Di solito, dedicava molto tempo ad ascoltare i problemi dei poveri e dei disadattati, si prodigava per aiutare i giovani in ambito del lavoro e per "dare una mano" ai poveri. Questa sua generosità umana è rimasta un mito nella casa di noi figli: nessuno che bussasse alla porta di casa, andava via a mani vuote. Un tratto umano che le procurò anche dolori e disavventure, ma che ella mantenne fino al termine della vita. Purtroppo, nel 1967, una grave malattia interruppe un percorso di vita professionale che era ancora molto fiorente. La disabilità fisica le impedì di riprendere la vita professionale, ma non le fece disattendere le richieste di pareri e consigli da parte di vecchi clienti ed amici. Si spense il 22 febbraio 1983.

Rosada Testa

I
SAGGI

Riforma Cartabia: profili di diritto penale processuale

Indagini preliminari

Premessa

Prima di analizzare alcune delle principali modifiche introdotte dal D.L. vo 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) per la fase delle indagini preliminari, una breve premessa di carattere generale.

Come è noto, e come si legge anche nella relazione illustrativa della riforma, l'obiettivo del Legislatore era (è) quello della riduzione dei tempi del processo penale.

Il filo conduttore degli interventi di riforma è rappresentato dall'efficienza del processo e della giustizia penale, in vista del raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R., che prevedono entro il 2026 la riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio.

Per raggiungere questo obiettivo, come hanno sin da subito evidenziato i più attenti commentatori, il legislatore si è mosso con un'unica idea: diminuire i procedimenti da aprire e i processi da celebrare.

In quest'ottica vanno lette quasi tutte le novità normative della riforma.

In pratica, l'obiettivo non è la semplificazione dell'iter procedimentale del singolo processo, che, anzi, in alcuni casi può diventare più complesso, ma piuttosto "l'abbattimento" del numero dei procedimenti.

E proprio sul tema delle indagini preliminari emerge chiaramente il descritto obiettivo: il legislatore invita quasi a non mettere in moto il procedimento processuale, o comunque, se avviato, a chiuderlo il prima possibile.

Posto questo obiettivo, il legislatore poteva percorrere due strade, non necessariamente alternative.

La prima possibilità, era quella di affidarsi ad uno dei capisaldi del garantismo penale, ossia al principio della sanzione penale quale *extrema ratio*, per ricondurre finalmente il nostro sistema penale nell'alveo di un autentico diritto penale liberale, in controtendenza rispetto al giustizialismo penale imperante ormai da alcuni anni nel nostro Paese, e in particolare in contraddizione con il panpenalismo che caratterizza da decenni la nostra legislazione penale: la prima strada, dunque, era quella di attuare una seria e ragionata depenalizzazione, che rendesse il nostro diritto penale, se non minimo, quanto meno non ipertrofico e asfissiante, in ossequio al principio costituzionale di sussidiarietà del diritto penale.

Se ne parla da decenni, appunto, e l'occasione era propizia, ma non è stata praticata.

Il legislatore ha scelto un'altra via, che con il garantismo penale condive poco: anziché intervenire sul diritto sostanziale, il legislatore ha pensato bene di scaricare tutto (ancora una volta) sul processo penale, con una vera e propria inversione metodologica.

Il tutto alla luce di quello che è stato definito come l'intervento forse più culturalmente significativo della riforma, ossia l'introduzione dei "criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato e per l'esercizio dell'azione penale".

In particolare, già la Legge 17 giugno 2022 n. 71 aveva previsto che:

LEGGE 17 giugno 2022, n. 71 (Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura)

Art. 13. Modifiche al decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero.

All'articolo 1 del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, i commi 6 e 7 sono sostituiti dai seguenti:

«6. Il procuratore della Repubblica predispone, in conformità ai principi generali definiti dal Consiglio superiore della magistratura, il progetto organizzativo dell'ufficio, con il quale determina:

...omissis...

b) i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili;

...omissis...

7. Il progetto organizzativo dell'ufficio è adottato ogni quattro anni, sentiti il dirigente dell'ufficio giudicante corrispondente e il presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati, ed è approvato dal Consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario e valutate le eventuali osservazioni formulate dal Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 11 della legge 24 marzo 1958, n. 195.

...omissis...

Ora la riforma Cartabia ha previsto:

Disposizioni di attuazione del C.p.p.

Art. 3-bis. - Priorità nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale

1. Nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio.

Art. 127-bis. - Avocazione e criteri di priorità

1. Nel disporre l'avocazione delle notizie di reato nei casi previsti dagli articoli 412 e 421-bis, comma 2, del codice, il procuratore generale presso la corte d'appello tiene conto dei criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio della procura della Repubblica che ha iscritto la notizia di reato.

Non è questa la sede per approfondire il tema della compatibilità con l'art. 112 della Costituzione di queste novità, che pur rispettandolo formalmente, vanno comunque ad incidere sul principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Nei primi commenti alla riforma, tuttavia, queste novità vengono individuate come criteri in grado di illuminare sulle ricostruzioni esegetiche di alcune delle più significative modifiche introdotte dalla riforma proprio per la fase delle indagini preliminari.

Ciò premesso, le principali modifiche della riforma in ordine alla fase delle indagini preliminari, che meritano attente riflessioni esegetiche, attengono ai seguenti istituti:

- 1) L'iscrizione della notizia di reato
- 2) Il controllo sulla correttezza delle iscrizioni
- 3) I termini delle indagini contro persone note e i loro controlli
- 4) I termini delle indagini preliminari contro ignoti e i loro controlli
- 5) I termini delle determinazioni e i loro controlli
- 6) L'archiviazione
- 7) La riapertura delle indagini

Altre modifiche (in tema di partecipazione a distanza, di registrazione audio e video di interrogatori e assunzione di informazioni, e di motivazione dei decreti di perquisizione e di convalida di perquisizione), creano meno problemi interpretativi.

Le principali modifiche della riforma in ordine alla fase delle indagini preliminari

L'iscrizione della notizia di reato

Secondo la relazione illustrativa il termine “indizi”, mutuato per coerenza sistematica dall'art. 63 cod. proc. pen., non deve confondersi con quello di “meri sospetti” anche se ai fini dell'iscrizione non occorre un particolare livello di gravità indiziaria a carico della persona alla quale il reato è attribuito.

Tali esigenze, peraltro, erano state da tempo avvertite dalla giurisprudenza di legittimità tant'è che le Sezioni Unite, già nel 2000, sia pure tramite un obiter dictum (Sez. U, n. 16 del 21/6/2000, Tammaro, Rv. 216248-01), e poi nel 2009 (Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244378 – 01 secondo cui l'iscrizione nominativa della persona a cui si attribuisce il reato deve avvenire solo quando l'identificazione del soggetto e l'attribuibilità a questo del reato hanno «una certa pregnanza»), hanno precisato che l'obbligo dell'iscrizione «nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti».

La norma porta ad escludere, quindi, l'iscrizione nel registro degli indagati (modello 21) nel caso in cui l'autore del reato sia da identificare ossia nell'ipotesi in cui sia sconosciuto o sia indicato con generalità incomplete o quando manchi un “quadro indiziario soggettivamente indirizzato” (si pensi, ad esempio, a fatti in materia ambientale, sanitaria, antinfortunistica, riconducibili a organizzazioni complesse).

L'ultima modifica apportata all'art. 335 cod. proc. pen. è costituita dall'introduzione del comma 1-ter, ove si prevede che, nel caso di tardiva iscrizione, il pubblico ministero, «può indicare la data anteriore a partire dalla quale essa deve intendersi effettuata».

Con siffatta previsione si è data veste legislativa a una prassi già invalsa negli uffici di procura e ha l'obiettivo, come segnalato nella relazione illustrativa, di consentire al pubblico ministero, ove riconosca un ritardo delle iscrizioni, di porvi rimedio «senza la necessità di attendere l'attivazione del meccanismo giurisdizionale previsto dalle successive lettere q) ed e) della delega».

Il verbo “può”, utilizzato nella previsione normativa, potrebbe far intendere che è nella facoltà del pubblico ministero indicare una data anteriore, anche se si è correttamente osservato che non si ravvisano ragioni per non ritenere che, quando ne sussistano i presupposti, il pubblico ministero sia tenuto ad effettuare la retrodatazione.

In relazione all'esercizio officioso del potere di retrodatazione, in considerazione del tempo che spesso deve essere impiegato per l'attenta lettura delle informative e per l'espletamento delle incombenze di registrazione da parte della segreteria, il ritardo di alcuni giorni nell'iscrizione pare potersi considerare fisiologico e tale da non comportare la necessità di retrodatazioni da effettuarsi, invece, «in presenza di ritardi "patologici" e, soprattutto, nelle ipotesi in cui il pubblico ministero ravvisi un proprio precedente errore di qualificazione che lo abbia portato a iscrivere impropriamente un fascicolo a modello 45 ovvero che lo abbia portato a non valorizzare la sussistenza (già) di indizi a carico di una persona.

Il controllo sulla correttezza delle iscrizioni

Rispetto all'approdo giurisprudenziale che assegnava al dominio esclusivo del pubblico ministero il compito di fissare insindacabilmente il momento dell'iscrizione del nominativo dell'indagato, con i conseguenti effetti sui termini di durata delle indagini preliminari, la scelta riformatrice è stata nel senso di fissare "finestre di giurisdizione" su quest'ambito dell'attività del pubblico ministero allo scopo di consentire la regolarizzazione dell'iscrizione della *notitia criminis* in tutti i casi in cui quel meccanismo di controllo interno, descritto nell'art.335 c.p.p., non abbia correttamente funzionato.

Ciò detto, lascia perplessi il farraginoso e complicato sistema scelto dal legislatore, con vari "incidenti" procedurali che potrebbero aprirsi nel corso delle indagini e che potrebbero costringere il P.M. anche a disvelare elementi di prova o strategie investigative per contrastare le richieste di retrodatazione in ipotesi infondate azionate dall'indagato.

Probabilmente, sarebbe stato molto più semplice ed opportuno rinviare l'eventuale trattazione della questione al momento della conclusione delle indagini preliminari, con un meccanismo di coinvolgimento del GIP soltanto a partire dal momento immediatamente precedente alla notifica dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p.

Tra le recenti modifiche più importanti ci sono quelle riguardanti l'iscrizione della notizia di reato e l'introduzione dell'istituto della c.d. iscrizione coatta.

I rischi connessi al nuovo istituto sono plurimi:

- a) nel sistema previgente, il g.i.p. poteva "indirizzare" il potere investigativo del pubblico ministero solo dopo aver valutato la fondatezza della sua richiesta di archiviazione ciò in due ipotesi tassativamente disciplinate: 1) nell'ambito procedimentale dell'art. 409 c.p.p., indicando

le necessarie ulteriori indagini da compiere; 2) in base al disposto dell'art. 415 co. 2, secondo periodo, e comma 2-bis c.p.p. (articoli di cui la riforma prevede l'abrogazione) secondo cui, nel procedimento a carico di ignoti, il giudice per le indagini preliminari a cui è chiesta l'archiviazione ovvero l'autorizzazione a proseguire le indagini, qualora ritenga che il reato sia ascrivibile ad una persona già individuata, ordina d'iscriverne il nome nell'apposito registro.

Ora, invece, diversamente dalla normativa previgente (art. 415 co. 2 e co. 2-bis c.p.p.) il giudice potrà emettere l'ordine di iscrizione tutte le volte in cui egli sia chiamato a «compiere un atto del procedimento», divenendo la disposizione applicabile anche ai procedimenti contro indagati noti; ciò consentirà al giudice di individuare ulteriori persone da iscrivere nel registro, oltre a quelle che già vi figurano. Questo significa che il g.i.p. può ordinare l'iscrizione non solo, com'era nel vecchio sistema, quando egli si trovi a “controllare” la determinazione di inazione penale del PM (*rectius*, richiesta di archiviazione), ma tutte le volte in cui intervenga nel procedimento, anche sotto forma di impulso, cioè nel pieno svolgimento delle indagini (richiesta di intercettazioni, richiesta di tabulati, richiesta di incidente probatorio, richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari, etc.), con l'evidente rischio che il giudice di garanzia delle indagini preliminari si trasformi in un superiore “funzionale” dell'organo inquirente, capace di orientarne e determinarne le scelte, a partire da quella in ordine a chi debba essere indagato. Si pensi al seguente esempio: nel sistema delineato dal nuovo art. 335 ter c.p.p. nulla vieterebbe al g.i.p., in sede di rigetto di una richiesta di intercettazione, di indicare al p.m. la persona da iscrivere, sulla quale indirizzare le nuove indagini. Come si vede, si tratta di un potere particolarmente invasivo, che sposta sul g.i.p. la facoltà di assumere in sostanza la direzione delle indagini, in spregio del principio di separazione delle funzioni.

- b) il potere del g.i.p. di intervenire nella ricostruzione fattuale compiuta dal p.m. tramite l'indicazione di ulteriori atti istruttori da compiere, nel vecchio sistema, risulta(va) controbilanciato dalla garanzia procedimentale della previa instaurazione del contraddittorio, seppur nelle forme attenuate nell'udienza camerale. Si tratta di un'indicazione sistematica densa di significato, che esprime il principio secondo cui il giudice non può occuparsi del fatto se non in contraddittorio tra le parti (fa ovvia eccezione il procedimento cautelare, nel quale il contraddittorio si instaura solo successivamente al primo pronunciamento del

giudice). Insomma, dove c'è iurisdiction c'è anche il contraddittorio. Non nel nuovo ambito dell'art. 335 ter c.p.p., dove il giudice esercita il suo potere di ordinare l'iscrizione con «decreto motivato» e «sentito il pubblico ministero». Ma, come è stato correttamente evidenziato da arguti commentatori, ogni qual volta il giudice si occupa “unilateralmente” del fatto non in contraddittorio tra le parti è un giudice-inquisitore; non fosse altro per il fatto che nulla vieta che il g.i.p. che ha concesso le intercettazioni o i tabulati (ordinando in quella sede al p.m. di procedere nei confronti di altri soggetti) sia la stessa persona fisica che dovrà decidere su un'eventuale domanda cautelare avanzata dal p.m.. Lungi dal rappresentare una garanzia per l'indagato, dunque, il nuovo istituto dell'art. 335-ter c.p.p., autorizzando il giudice ad occuparsi del fatto senza preventiva instaurazione del contraddittorio, reca in sé una portata inquisitoria che avrebbe un senso solo in un sistema in cui il p.m. fosse assoggettato al potere esecutivo.

- c) sono state segnalate, altresì, problematiche riguardanti l'indeterminatezza della norma, in quanto il legislatore non spiega come debba avvenire l'interlocuzione tra g.i.p. e p.m., limitandosi ad un laconico «sentito il pubblico ministero»;
- d) da ultimo, è stato evidenziato che l'iscrizione coatta necessita della forma provvedimento del decreto motivato. Sotto questo profilo, l'iscrizione coatta è, sul piano ontologico, un'iscrizione motivata, con evidenti riflessi in termini di rispetto del principio di uguaglianza, giacché vi sarebbero indagati iscritti con provvedimento non motivato del pubblico ministero e indagati iscritti, in sostanza, con provvedimento motivato del giudice.

L'archiviazione

Già prima della riforma un P.M. moderno e rispettoso della Costituzione e delle regole processuali, nel momento in cui esercita l'azione penale formula un giudizio prognostico sull'esito processuale.

Dirò di più.

Un P.M. moderno dirige le indagini preliminari pensando già, nel caso in cui si determini ad esercitare l'azione penale, alla irrevocabilità della eventuale sentenza di condanna, operando con l'obiettivo di non incorrere, nel corso delle indagini preliminari da egli dirette, in errori e violazioni procedurali che possano determinare nullità e/o inutilizzabilità sollevabili nella successiva fase processuale.

Ovviamente la prognosi, per definizione, non è sinonimo di certezza, quindi (ma dico una cosa scontata), formandosi la prova in contraddittorio, continuerà ad accadere in un congruo numero di casi che la prognosi effettuata dal P.M. era corretta, ma si perviene comunque ad una sentenza di assoluzione.

Detto questo, alcune ulteriori riflessioni sul punto:

- 1) certamente, e ciò riguarda i pubblici ministeri, vanno ulteriormente limati in difetto i casi di esercizio dell'azione penale in cui già ci sono prove importanti o decisive che si prevedono non diventeranno mai risultati probatori (prove) (es. individuazioni fotografiche incerte, dichiarazioni indagato in annotazioni di pg, fonti confidenziali, risultati intercettazione non utilizzabili in altri procedimenti, dichiarazioni persona offesa o persone informate sui fatti generiche, nel ricordo o nella precisione delle circostanze, che dunque si può ipotizzare che con il passare del tempo saranno ancora più generiche, ecc.);
- 2) in secondo luogo, mi sembra innegabile che il difensore delle parti private sarà chiamato a diventare, prima della fase dibattimentale e con lo scopo di propizzarla (se difensore della parte offesa) o di evitarla (se difensore dell'indagato), interlocutore attivo e dialogante del pubblico ministero (prima) e del giudice (poi), facendo emergere quegli elementi di prova a favore del proprio assistito in grado di determinare una decisione favorevole per questo, rispetto alla probabilità, ragionevole o meno, di una futura condanna (dunque è prevedibile si sviluppi un maggior tempismo dell'attività defensionale);
- 3) da ultimo, osservo che dove francamente non vedo grande spazio di applicazione della nuova disposizione è nei processi indiziari (che rispecchino ovviamente i canoni di valutazione della prova dell'art. 192 c.p.p.) e nei processi caratterizzati da questioni giuridiche sulle quali vi sono contrasti in giurisprudenza: in questi casi, invero, credo sia davvero difficile per il P.M. procedere ad una richiesta di archiviazione, sostituendosi di fatto al giudice.

La riapertura delle indagini

L'art. 1, comma 9, lettera t) della legge delega, imponeva l'individuazione di «*criteri più stringenti ai fini dell'adozione del decreto di riapertura delle indagini*», ha portato a riformulare l'art. 414 c.p.p.

Francamente però mi sembra che in questo caso il legislatore delegato abbia reso troppo stringenti questi criteri.

Sarebbe stato sufficiente pretendere l'individuazione e l'utilità di nuove fonti di prova, mentre la valutazione prognostica in ordine al loro carattere

decisivo per l'esercizio dell'azione penale rischia di smorzare sul nascere la nuova investigazione, in quanto si tratta di valutazione non sempre prevedibile ex ante, ossia prima di avere acquisito la fonte di prova indicata, la quale potrebbe fare emergere elementi di prova non preventivabili a priori.

Da parte dei primi commentatori si è detto che, poiché il nuovo regime autorizzatorio è diretto a garantire la posizione della persona già individuata e sottoposta alle indagini, lo stesso non pare estensibile alle ipotesi di archiviazione a carico di ignoti, di guisa che può ritenersi tuttora valido l'assunto pacifico della giurisprudenza secondo il quale nel procedimento contro ignoti non è neanche richiesta l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari alla riapertura delle indagini dopo il provvedimento di archiviazione per essere rimasti ignoti gli autori de reato (cfr. *ex multis*: Cass. sez. 2, sentenza 13 ottobre 2015, Sabato).

Un'ultima riflessione

Credo sia innegabile che alcune (non tutte) delle modifiche introdotte con la riforma Cartabia siano animate da una profonda sfiducia verso il Pubblico Ministero, e in particolare verso il suo ruolo di parte pubblica e quindi di parte imparziale (alcuni commentatori hanno utilizzato il termine "sospetto" sull'operato del Pubblico Ministero).

Si tratta però di un ruolo che è stato affidato al Pubblico Ministero anzitutto dalla Costituzione e che è stato poi ribadito dal legislatore ordinario: basta citare, soltanto a titolo di esempio, l'art. 73 dell'ordinamento giudiziario, tutt'ora vigente, secondo cui il Pubblico Ministero è garante dell'osservanza della legge e della pronta e regolare amministrazione della giustizia, nonché l'art. 358 c.p.p. secondo cui il Pubblico Ministero svolge anche accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato (io ritengo che il Pubblico Ministero, in ogni indagine, debba svolgere necessariamente accertamenti a favore dell'indagato, perché nessuna indagine può dirsi davvero completa se il Pubblico Ministero non si interroga e non accerta, ai fini di ricostruire la verità del fatto storico, eventuali circostanze favorevoli all'indagato, quali, ad esempio, l'eventuale esistenza di alibi, la presenza o l'assenza di un movente, la mala fede della persona offesa o di testi a lei vicini, i riscontri documentali e oggettivi che possono confermare ma anche smentire la tesi della persona offesa, le sommarie informazioni ex art. 350 c.p.p. o gli interrogatori degli indagati per raccogliere la loro versione dei fatti, ecc.).

Questo accomuna nell'ordinamento italiano (a differenza di altri ordinamenti) il giudice e il pubblico ministero (e li differenzia dalle parti private del processo): l'unicità della cultura della giurisdizione, ossia l'obbligo di ricerca

della verità storica dei fatti, il dovere di compiere lo stesso percorso per l'affermazione della verità, sulla base dei medesimi canoni di valutazione delle prove, di guisa che il pubblico ministero (anche qui a differenza delle parti private che tutelano gli interessi privatistici dei loro clienti) non è votato comunque e sempre alla formulazione di richieste di condanna, ma deve determinarsi a richiedere l'assoluzione ogni qual volta reputi che il quadro probatorio sia carente.

Ebbene, credo sia innegabile che alcune delle modifiche previste dalla riforma sono in netto e voluto contrasto con quello che è l'attuale Statuto costituzionale e processuale del pubblico ministero.

Ritengo, e chiudo sul punto, che questo cambiamento continuo, sistematico ormai, pezzo dopo pezzo, dello Statuto del pubblico ministero, sia il preludio alla definitiva separazione delle carriere.

Ma qui occorre una riflessione serena.

E' un dato di fatto, difficilmente revocabile in dubbio, che le carriere dei pubblici ministeri e dei giudici sono già sostanzialmente separate.

Lo dicono i dati: nel triennio giugno 2016-giugno 2019 sono intervenuti soltanto 80 trasferimenti da P.M. a Giudice (meno del 4% circa dei pubblici ministeri) e soltanto 41 da Giudice a P.M. (circa lo 0,5% circa dei giudici);

Lo prevede la Legge, in quanto la riforma Cartabia ha previsto la possibilità di cambiare le funzioni (da PM a giudice e viceversa) una volta sola e soltanto all'inizio della carriera.

E' un altro dato di fatto che l'essere giudici e pubblici ministeri appartenenti allo stesso ordine giudiziario non abbia alcuna conseguenza sugli esiti dei processi (ed invero, uno dei dati statistici posti a fondamento della riforma Cartabia è proprio l'elevata percentuale di assoluzioni, dunque sono ancora i numeri che smentiscono qualunque sospetto).

Io ritengo che alcune delle insofferenze dell'avvocatura siano fondate, e sono, a mio avviso, quelle che attengono al costume processuale, al comportamento processuale in alcuni casi di giudici e pubblici ministeri, a volte nei rapporti tra loro, e a volte nei rapporti di entrambi con gli avvocati.

Ma, allora, è un problema di formazione, di educazione al rispetto delle forme comportamentali e formali del processo, di richiamo al rispetto dei ruoli: bisogna pretendere che tutti i magistrati, oltre ad esserlo, appaiano anche autonomi e indipendenti.

Ebbene, ritengo che non siano problematiche che si risolvono separando formalmente le carriere di giudici e pubblici ministeri.

Anche perché, se l'obiettivo è la estromissione del P.M. dall'ordine giudiziario, deve essere chiaro che ciò sarebbe l'anticamera della dipendenza del

P.M. dal potere esecutivo (al pari delle forze di polizia): in tutti i Paesi in cui la carriera del P.M. è separata da quella del Giudice, il P.M. dipende dall'Esecutivo (ad eccezione del Portogallo).

E allora mi chiedo: ma quando il P.M. sarà posto alle dipendenze dell'Esecutivo, sarà una garanzia maggiore o minore per i diritti degli indagati e per il rispetto delle norme processuali? Vi saranno maggiori o minori sospetti di condotte non trasparenti da parte del P.M., non più soggetto autonomo e indipendente, ma soggetto che deve rispondere, non soltanto alla Costituzione e alle leggi, ma anche (o solo?) a direttive e logiche politiche? E se i PM, separati formalmente dai giudici, saranno lasciati autonomi e indipendenti con un proprio CSM a governarne le carriere, questo corpo autoreferenziale di P.M. darà più o meno garanzie in futuro di correttezza nei comportamenti?

Da P.M. la risposta a queste domande mi è ben chiara, ma credo che avrei la medesima idea se fossi un giudice, un avvocato penalista o un cittadino non giurista.

Luca Sciarretta

Udienza preliminare

L'udienza preliminare, pur oggetto di ampio dibattito nel corso dei lavori preparatori alla legge delega anche relativamente alla sua permanenza in ragione della scarsa efficacia della funzione filtro, è rimasta immutata nella sua struttura ma arricchita con la previsione di interventi del giudice sull'imputazione e modificata nella regola per il rinvio a giudizio.

In generale, il D. L.vo n. 150 del 2022, in attuazione dei criteri direttivi della legge delega, è intervenuto su:

- riduzione del novero dei reati da udienza preliminare, ampliando il catalogo dei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio ex art. 552 c.p.p.;
- requisiti formali dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare;
- disciplina sull'assenza;
- termini per la costituzione di parte civile;
- poteri di controllo del giudice sull'imputazione;
- modalità di definizione della questione relativa all'incompetenza territoriale;
- modalità di assunzione dell'integrazione probatoria;
- regola di giudizio alla base della sentenza di non luogo a procedere (quando gli elementi acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna);
- regime di appellabilità delle sentenze di non luogo a procedere;
- contenuto del decreto che dispone il giudizio.

Di seguito le principali novità.

1. Requisiti dell'avviso di fissazione udienza preliminare

Le modifiche all'art. 419 c.p.p. sono conseguenti all'introduzione della nuova disciplina sull'assenza e sulla giustizia riparativa.

In particolare l'art. 419 co. 1° c.p.p. prevede, tra le varie cose, l'espresso avvertimento all'imputato che, qualora non compaia, si applicheranno, oltre alle disposizioni di cui agli artt. 420 bis, 420 ter, 420 quater e 420 quinquies c.p.p., anche le disposizioni di cui all'art. 420 sexies c.p.p., ovvero la revoca della sentenza di non doversi procedere ex art. 420 quater per mancata conoscenza del processo qualora l'imputato venga successivamente rintracciato e sempre che ciò avvenga nei termini previsti.

L'art. 419 co. 3 bis c.p.p. richiede che l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare contenga anche l'informazione all'imputato ed alla persona offesa della facoltà di accedere a programmi di giustizia riparativa.

2. Termini per la costituzione di parte civile

Nei processi con udienza preliminare sono mutati i termini per la costituzione di parte civile, prevedendo la nuova formulazione dell'art. 79 c.p.p. che la costituzione debba avvenire, a pena di decadenza, per l'udienza preliminare, prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti.

Il legislatore delegato, in conformità con la previsione della legge delega, ha quindi limitato il momento processuale riservato alla costituzione di parte civile all'interno dell'udienza preliminare, ove prevista, e conseguentemente la costituzione dovrà essere effettuata prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti e prima della dichiarazione di apertura della discussione ai sensi dell'art. 421, comma 2, c.p.p..

Per completezza va ricordato che all'art. 78 c.p.p. ("Formalità della costituzione di parte civile"), è stato introdotto il nuovo comma 1 bis volto a facilitare la costituzione attraverso possibilità di sostituzione del difensore fiduciario.

3. Controllo del giudice sull'imputazione generica

La legge delega prevedeva l'introduzione di una disciplina volta ad assicurare un più compiuto controllo del GUP sulla correttezza dell'imputazione formulata nella richiesta di rinvio a giudizio, individuando due tipi di intervento:

- il primo riguardava l'ipotesi della "imputazione generica", ovvero formulata in violazione dei criteri previsti dall'art. 417, comma 1°, lett. b) c.p.p.;
- la seconda atteneva all'ipotesi della "imputazione non corrispondente, anche solo in parte, alle risultanze delle indagini", sia in relazione alla descrizione del fatto che alle norme di legge ritenute applicabili.

Il legislatore delegato ha mantenuto ferma la distinzione, introducendo due innovazioni di significato sul controllo dell'imputazione in sede di udienza preliminare, una delle quali inserita nella fase antecedente alla discussione.

In particolare è stato modificato l'art. 421 c.p.p., dedicato alla discussione dell'udienza preliminare, inserendo subito dopo il controllo sulla regolare costituzione delle parti e prima della dichiarazione di apertura della discussione, la possibilità per il giudice di sindacare, anche d'ufficio, la genericità dell'imputazione, sollecitando un intervento integrativo da parte del pubblico ministero.

L'art. 421 c.p.p., infatti, prevede che, una volta compiuti gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti e prima di procedere alla discussione, il

giudice, se rileva che la richiesta di rinvio a giudizio non presenta una “enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza, con l’indicazione dei relativi articoli di legge” (art. 417, comma 1, lett. b c.p.p.), sentite le parti, deve invitare il pubblico ministero a riformulare l’imputazione.

Ove il P.M. aderisca alla sollecitazione del giudice, la modifica dell’imputazione è inserita nel verbale di udienza e contestata all’imputato presente in aula (anche mediante collegamento a distanza); se invece l’imputato non è presente, il giudice sospende il processo e rinvia a nuova udienza, disponendo che il verbale venga notificato all’imputato entro un termine non inferiore a 10 giorni dalla data della nuova udienza (art. 421 co 1 bis c.p.p.).

Qualora il pubblico ministero non provveda alla riformulazione a seguito dell’invito, il giudice, sentite le parti, dichiara anche d’ufficio la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e dispone, con ordinanza, la restituzione degli atti al P.M..

La sistemazione di tale verifica subito dopo l’accertamento della regolare costituzione delle parti, come osservato dai primi commentatori, manifesta l’intento del legislatore di considerare la verifica della correttezza dell’imputazione quale adempimento preliminare rispetto alla dichiarazione di apertura della discussione, non essendo utile darsi corso alla discussione in assenza di un’imputazione espressa in forma “chiara e precisa”.

Il secondo comma dell’art. 421 c.p.p. aggiunge che “se non dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero, il giudice dichiara aperta la discussione”.

Nei primi commenti si è affermato che nell’udienza preliminare è stata ormai introdotta una vera e propria fase relativa alle questioni preliminari, in cui dovranno essere eccepite anche le nullità per ragioni connesse alla mancata notifica dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero l’omesso interrogatorio dell’imputato, se tempestivamente richiesto dall’imputato. Il legislatore, in sostanza, ha previsto che nella fase iniziale dell’udienza preliminare e prima dell’apertura della discussione, siano decise tutte le questioni relative alla validità dell’esercizio dell’azione penale.

4. Attività di integrazione probatoria

Rimane ferma la disciplina sulla integrazione probatoria di cui all’art. 422 c.p.p., con la sola novità circa la possibilità che l’esame di testimoni, periti e consulenti tecnici, ove previsto da una particolare disposizione di legge, possa avvenire a distanza. La facoltà del giudice di disporre che l’esame si svolge a distanza è prevista anche nell’ipotesi in cui le parti vi consentano.

5. Controllo del giudice sull'imputazione difforme dalle risultanze istruttorie

Il secondo potere di intervento del giudice sull'imputazione, sotto il profilo della corrispondenza della contestazione alle risultanze degli atti di indagini, è stato introdotto all'interno della disciplina di cui all'art. 423 c.p.p., inserendo il comma 1 bis.

Rimane fermo il già previsto potere del pubblico ministero di modificare la contestazione ove nel corso dell'udienza preliminare, ove il fatto dovesse risultare diverso da come è descritto nell'imputazione ovvero qualora dovesse emergere un reato connesso a norma dell'art. 12 comma 1° lett. b) o una circostanza aggravante (art. 423 comma 1° c.p.p.) ed è immutata la disciplina per l'ipotesi di emersione di fatti nuovi (art. 423 secondo comma c.p.p.).

Il nuovo comma 1 bis dell'art. 423 c.p.p. riconosce al giudice un ulteriore potere di controllo sull'imputazione, nei termini prospettati nella legge delega, ove, in esito alla discussione, si avveda di una mancata corrispondenza tra il fatto descritto nell'imputazione e le risultanze dell'attività investigativa.

Il giudice, infatti, sempre d'ufficio può rilevare che “il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza non solo indicate nell'imputazione in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti o che la definizione giuridica dell'imputazione non sia corretta”.

Il potere giudiziale di controllo sulla correttezza dell'imputazione attiene:

- sia alle carenze riguardanti la descrizione del fatto (comprese le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza)
- sia alla correttezza della qualificazione giuridica, atteso l'espreso riferimento a possibili incongruenze nell'indicazione degli “articoli di legge”.

Ove il giudice rilevi tali difformità, dovrà invitare il pubblico ministero ad operare le necessarie modifiche e, se la difformità indicata permane, sentite le parti, potrà disporre con ordinanza anche d'ufficio la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Ove il pubblico ministero si orienti nel senso di condividere i rilievi e modifichi l'imputazione nel senso sollecitato, sono mutate le regole sulla contestazione delle nuove imputazioni. L'art. 423 co. 1 ter c.p.p., infatti, in ipotesi di modifica dell'imputazione ai sensi dei comma 1 e 1 bis, richiama la disposizione di cui all'art. 421 comma 1 bis (inserimento della imputazione modificata nel verbale di udienza, contestazione all'imputato presente, rinvio a nuova udienza con notifica del verbale di udienza all'imputato).

La finalità delle innovazioni sul controllo del giudice sull'imputazione

sono ben definite nella Relazione illustrativa, che richiama l'esigenza di una celere definizione dei procedimenti, ritenendo che la completezza dell'imputazione e la sua correttezza, da un lato evita la possibile retrocessione degli atti nel corso del successivo dibattimento (con il rischio di istruttorie inutili), dall'altro facilita l'accesso ai riti alternativi (spesso preclusi proprio da una non corretta qualificazione giuridica) ed infine assume pieno significato anche alla luce della nuova regola di giudizio dell'udienza preliminare, che a sua volta necessita di un preciso consolidamento dell'imputazione.

Nel disegno del legislatore delegato, l'intervento sull'imputazione previsto all'art. 423 comma 1 bis c.p.p. esclude o, meglio, supera il potere del giudice di procedere ad una riqualificazione del fatto con il decreto che dispone il giudizio.

6. Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione per la decisione sulla competenza per territorio (art. 24 bis c.p.p.)

E' una delle novità della riforma, che ha inteso introdurre una fase incidentale per risolvere in via definitiva la questione relativa alla competenza per territorio, incidendo sulla possibilità che la questione possa essere proposta, secondo il vecchio sistema, con gli ordinari mezzi di impugnazione con il rischio di travolgimento dei giudizi già celebrati.

L'art. 24 bis c.p.p. prevede la facoltà del giudice, prima della conclusione dell'udienza preliminare, di rimettere, anche d'ufficio, alla Corte di Cassazione la questione relativa alla competenza per territorio.

La disciplina risulta sostanzialmente costruita secondo il modello della proposizione e della risoluzione dei conflitti di giurisdizione e competenza. Nelle more della decisione della Corte di Cassazione sul rinvio pregiudiziale, il procedimento non è sospeso, mancando qualsiasi disposizione sul punto (soluzione, peraltro, coerente, con l'esplicita previsione legislativa dei casi di conflitto di competenza).

La norma prevede che la parte che abbia eccepito l'incompetenza per territorio, senza chiedere contestualmente la remissione della decisione alla Corte di Cassazione, decade dalla possibilità di proporre l'eccezione nei successivi gradi di giudizio.

7. La nuova regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere

La legge 134/2021 delegava espressamente il governo a modificare la regola di giudizio di cui all'art. 425 comma 3 c.p.p. nel senso di prevedere che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi

acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna.

A tale principio è stata data esatta attuazione attraverso la modifica dell'art. 425 comma 3 c.p.p., che ha introdotto il seguente principio: "Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna".

Il legislatore - allineandosi alla medesima regola di giudizio introdotta anche in materia di archiviazione nel novellato art. 408 c.p.p. - ha, dunque, sostituito la vecchia regola di giudizio fondata sulla "inidoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in dibattimento o sulla loro insufficienza e contraddittorietà", con la regola incentrata sulla "ragionevole previsione di condanna".

La nuova regola intende superare la tradizionale interpretazione che la giurisprudenza aveva dato della precedente regola di giudizio dell'udienza preliminare, ovvero che il proscioglimento potesse trovare giustificazione solo all'esito di una valutazione che si soffermasse su valutazioni di ordine processuale (sostenibilità dell'accusa in dibattimento) e non sul merito, interpretazione da cui derivava nella pratica un sovraccarico del sistema giudiziario e la soggezione a processo di persone destinate ad essere assolte già in primo grado.

L'intervento legislativo intende superare tali disfunzioni, abbandonando la precedente prospettiva del *favor actionis* (e del canone interpretativo "*in dubio pro actione*"), chiedendo al giudice di svolgere una valutazione prognostica ragionevole sul risultato dell'azione.

Non sono chiari i confini della nuova regola di giudizio e sarà l'esperienza giudiziaria a chiarire l'interpretazione della mutata regola di giudizio.

La finalità dell'innovazione è invece chiara: ridurre il numero di imputazioni azzardate e di processi che giungono al dibattimento con esito assoluto scontato.

Rispetto alla disciplina previgente, il GUP dovrà stimare le possibilità di accoglimento dell'accusa e disporre il rinvio a giudizio solo qualora le stesse consentano ragionevolmente di accogliere l'ipotesi accusatoria.

Inoltre, lo specifico riferimento contenuto nella norma agli "atti acquisiti" consente di ritenere che la valutazione sulla ragionevole previsione di condanna deve essere effettuata sugli elementi già disponibili nel fascicolo del P.M. (o anche nel fascicolo delle indagini difensive) e non ulteriori elementi che potranno ragionevolmente essere acquisiti nel corso dibattimento.

8. Inappellabilità della sentenza di non luogo a procedere

Il legislatore (art. 428 comma 3 quater), in ossequio a quanto previsto nella legge delega, ha esteso l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, prima prevista soltanto per le contravvenzioni punite con ammenda o con pena alternativa, a tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa (quindi anche delitti puniti con la sola multa o con pena alternativa della multa o della reclusione).

E' evidente anche in tale ambito l'intento deflattivo.

9. Contenuto del decreto a giudizio

L'art. 429 c.p.p., in relazione alle previsioni sulla nuova disciplina della giustizia riparativa, introduce nel decreto dispositivo del giudizio l'avviso all'imputato ed alla persona offesa della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa.

Inoltre, il giudice dell'udienza preliminare disporrà non più il rinvio a giudizio dinnanzi al giudice del dibattimento bensì la "prosecuzione del processo dinnanzi al giudice del dibattimento" senza procedere alla notifica del decreto dispositivo del giudizio alle parti private non presenti.

La soppressione di tale ultimo obbligo, secondo quanto si legge della Relazione Illustrativa, è conseguenza delle modifiche sulla disciplina in materia di "assenza".

Nel nuovo sistema processuale, infatti, la verifica sulla possibilità di procedere in "assenza dell'imputato" è demandata al "giudice dell'udienza preliminare" secondo i meccanismi indicati nell'art. 420 bis e ss.

Maria Michela Di Fine

Rito monocratico – Udienza predibattimentale

Il legislatore ha riservato anche al rito monocratico una profonda rivoluzione, con l'introduzione dell'udienza predibattimentale unitamente all'ampliamento dei reati a citazione diretta.

In particolare attraverso la previsione dell'udienza predibattimentale - modulata sulla falsariga dell'udienza preliminare - il legislatore ha inteso concentrare, in un momento anticipato rispetto al dibattimento, tutte le attività prodromiche rispetto a quelle propriamente istruttorie e decisorie tipiche della fase dibattimentale: è l'udienza destinata alla definizione di tutte le questioni preliminari, alla definizione del giudizio nelle forme alternative dei riti speciali ed alla verifica sulla "tenuta dell'accusa".

Rispetto all'atto introduttivo ed alla prima udienza di comparizione secondo il sistema previgente, le principali modifiche attengono a:

- contenuto e avvisi del decreto di citazione diretta a giudizio;
- modalità di notifica dell'atto introduttivo;
- forme della celebrazione dell'udienza predibattimentale;
- disciplina sull'assenza;
- controlli preventivi d'ufficio sull'imputazione;
- elementi di conoscenza del Tribunale in composizione monocratica al momento dell'apertura dell'udienza predibattimentale, avendo a disposizione non solo il fascicolo del dibattimento ma anche il fascicolo delle indagini preliminari per operare il vaglio sulla fondatezza dell'accusa;
- mutamento del giudice in ipotesi di prosecuzione del giudizio nella fase dibattimentale.

Attese le enormi differenze della disciplina, le problematiche interpretative sul diritto transitorio possono dirsi superate alla luce di quanto previsto dall'art. 89 bis D. L.vo 150/2022, come modificato dalla legge di conversione del D.L. n. 162/2022, in tema di disposizioni transitorie sull'udienza dibattimentale, che ha stabilito che le disposizioni relative all'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta a giudizio, si applicano nei procedimenti penali nei quali il decreto di citazione a giudizio è emesso in data successiva a quella di entrata in vigore del D. L.vo.

Di seguito le principali modifiche.

1. Contenuto del decreto di citazione diretta a giudizio

La novella interviene ovviamente sul testo dell'art. 552 c.p.p., apportando modifiche funzionali al coordinamento con la nuova disciplina. In particolare:

- nel decreto si deve avvisare l'imputato della fissazione dell'udienza di comparizione predibattimentale (non già della sola udienza di comparizione), con avviso che, non comparendo sarà giudicato in "assenza";
- l'imputato deve essere avvisato in ordine alla facoltà di definire il giudizio con riti alternativi (agli avvisi relativi alla facoltà di definire il giudizio nelle forme del giudizio abbreviato, con l'oblazione e con la richiesta di applicazione della pena, è stato aggiunto l'avviso di definire il giudizio con sospensione del procedimento con messa alla prova); sarà opportuno che l'avviso evidenzi che la richiesta dei riti alternativi sia formulata a pena di decadenza entro il termine previsto dall'art. 554 ter c.p.p.;
- il decreto contiene l'avviso del luogo ove è depositato il fascicolo del P.M. (cancelleria del Giudice, al quale deve essere trasmesso una volta completate le notificazioni degli atti introduttivi);
- il decreto contiene inoltre l'avviso all'imputato ed alla persona offesa della facoltà di accedere ad un programma di giustizia riparativa.

2. Disciplina dell'udienza predibattimentale - art. 554 bis c.p.p.

L'udienza predibattimentale si svolge in "camera di consiglio", con la partecipazione necessaria del PM e del difensore dell'imputato. La presenza della persona offesa (pur ovviamente notiziata attraverso la notifica del decreto di citazione diretta) non è necessaria.

Nei primi commenti sulla riforma è stata considerata con favore la scelta dell'udienza camerale, assicurando maggiore riservatezza all'imputato in una fase in cui sono possibili epiloghi procedurali diversi dal rito ordinario (sentenza di non luogo a procedere e definizione con riti alternativi).

Il primo atto da compiere è quello dell'accertamento relativo alla costituzione delle parti, disponendo la rinnovazione degli avvisi, delle citazioni, delle comunicazioni e delle notificazioni di cui si dichiara la nullità.

Al giudice dell'udienza predibattimentale (così come al giudice dell'udienza preliminare) è demandato inoltre il compito di verificare se poter procedere in "assenza dell'imputato", previo accertamento della "conoscenza del processo" (certa o accertata), con la conseguenza che il passaggio al giudice dibattimentale per il prosieguo del processo non sarà preceduto da alcuna notifica alle parti.

Il danneggiato dal reato che vorrà costituirsi parte civile, dovrà farlo davanti al giudice dell'udienza predibattimentale.

L'art. 79 c.p.p., nella nuova formulazione, prevede infatti che la costituzione di parte civile, quando manca l'udienza preliminare, debba avvenire, a pena di decadenza, "fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti

dall'art. 484 o dall'art. 554 bis comma 2°).

Il richiamo all'art. 484 c.p.p. attiene ai riti per i quali non è prevista l'udienza preliminare (giudizio immediato, rito direttissimo). Il dubbio interpretativo conseguente all'uso della disgiuntiva "o" (che sembrerebbe porre su un piano di equivalenza i due momenti temporali richiamati dal citato art. 79) può essere superato sia in relazione a quanto precisato nella Relazione illustrativa - che individua l'udienza predibattimentale quale momento destinato a definire tutti i profili prodromici al dibattimento vero e proprio, relativi, in primo luogo alla costituzione delle parti - e sia nella scansione indicata all'art. 554 bis comma 3, rientrando le questioni relative alla costituzione di parte civile di cui all'art. 491 co., 1° c.p.p..

In sede di udienza predibattimentale, quindi, devono essere risolte tutte le questioni processuali. In tal senso l'art. 554 bis comma 3 c.p.p. dispone che le questioni indicate dall'art. 491, co. 1° e 2°, c.p.p. "sono precluse se non proposte subito dopo l'accertamento per la prima volta della costituzione delle parti".

Conseguentemente entro detto spazio temporale devono essere eccepite:

- le questioni relative alla costituzione di parte civile, alla citazione o all'intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria;
- le nullità indicate nell'art. 181 comma 2 e 3 c.p.p.;
- le questioni relative alla omessa celebrazione dell'udienza preliminare (art. 550 comma 3 c.p.p.) o al difetto di attribuzione del giudice monocratico (artt. 33 quinquies c.p.p.);
- le questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.);
- le questioni relative alla riunione o separazione dei giudizi;
- le questioni relative all'incompetenza per territorio o derivante da connessione (art. 21 co. 2° e 3 c.p.p.)

Tali questioni, secondo il dettato dell'art. 491 e 554 bis comma 3 c.p.p., sono decise immediatamente e non possono essere riproposte nella fase dibattimentale.

Sull'incompetenza per territorio va ricordato l'istituto innovativo (già richiamato nella parte relativa all'udienza preliminare) del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione previsto all'art. 24 bis c.p.p., remissione che deve essere effettuata entro il termine previsto dall'art. 491 co. 1 c.p.p..

Il giudice dell'udienza predibattimentale, se il reato è perseguibile a querela di parte, verifica se il querelante, ove presente, è disposto a rimettere la querela e se il querelato è disposto ad accettare la remissione (art. 554 bis comma 4 c.p.p.).

3. Controllo sull'imputazione

Anche nella fase dell'udienza predibattimentale, analogamente a quanto previsto nell'udienza preliminare, viene riconosciuto al giudice il potere di intervenire di ufficio sulla "imputazione generica" e sulla "imputazione difforme dalle risultanze degli atti di indagine".

In particolare, in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 552 comma 1° lett. c) c.p.p. - che prevede "l'enunciazione del fatto, in forma chiara e precisa, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge" - il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformulare l'imputazione e, ove non vi provveda, deve dichiarare con ordinanza la nullità dell'imputazione, disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero (art. 554 bis comma 5 c.p.p.)

Sulle ragioni della previsione, si richiama quanto già osservato in sede di udienza preliminare.

La normativa, dunque, a differenza del sistema previgente (dove le nullità concernenti il decreto dispositivo del giudizio dovevano essere eccepite dalle parti entro il termine previsto dall'art. 491 co. 1 e, in quanto nullità relative - art. 181 comma 3 - non potevano essere rilevate d'ufficio ma solo a seguito di eccezione di parte), riconosce al giudice il potere di rilevare d'ufficio la nullità prevista dall'art. 552 co. 1 lett. c) c.p.p..

Nell'udienza predibattimentale è altresì previsto, così come per l'udienza preliminare, il controllo sulla esatta corrispondenza tra quanto indicato nell'imputazione e quanto evidenziato negli atti di indagine, sia in riferimento alla descrizione del fatto che alle norme violate (e quindi alla qualificazione giuridica).

L'art. 554 bis comma 6 c.p.p. statuisce infatti che, "al fine di consentire che il fatto, la definizione giuridica, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a modificare l'imputazione".

Se il pubblico ministero non vi provveda, il giudice disporrà con ordinanza la restituzione degli atti al medesimo pubblico ministero.

Se il pubblico ministero provvede, invece, a modificare l'imputazione, la modifica è inserita nel verbale e se l'imputato non è fisicamente presente, il giudice sospende il processo e rinvia a nuova udienza, disponendo che il verbale con la modifica dell'imputazione sia notificato all'imputato entro un termine non inferiore a 10 gg dalla data della nuova udienza.

Tale ultimo adempimento – invero previsto soltanto all'interno del comma 6

per la “modifica dell'imputazione” – non è invece espressamente previsto per la “riformulazione dell'imputazione” di cui al comma 5 dell'art. 554 bis con la conseguenza che in tale ipotesi il processo dovrebbe proseguire passando alle scansioni successive.

Non comprendendosi la difformità di disciplina, nei primi commenti si è ritenuto che le disposizioni della seconda parte del comma 6 debbano essere riferite anche all'ipotesi di riformulazione dell'imputazione prevista al comma 5. La questione sarà sicuramente oggetto di future riflessioni circa la ragionevolezza della diversa disciplina ove la si interpreti in senso restrittivo.

In ogni caso l'intervento sull'imputazione, a differenza di quanto previsto nel corso del dibattimento dall'art. 519 c.p.p., non riconosce termini a difesa: anche tale questione sarà sicuramente oggetto di future riflessioni circa la ragionevolezza della diversità di disciplina.

Il comma 7 dell'art. 554 bis prende in considerazione le conseguenze che possono derivare dalla modifica dell'imputazione. In particolare “se a seguito della modifica dell'imputazione il reato risulta attribuito alla cognizione del Tribunale in composizione collegiale anziché il Tribunale in composizione monocratica, l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione del giudice deve essere rilevato o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente dopo la nuova contestazione ovvero, se disposto il rinvio per procedere ai sensi del comma 6 alla notifica della modifica dell'imputazione all'imputato, prima del compimento di ogni atto nella nuova udienza”. Analogamente, se a seguito della modifica risulta un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare, la relativa eccezione deve essere proposta nei medesimi termini.

4. Esiti dell'udienza predibattimentale

L'art. 554 ter c.p.p. indica gli esiti decisori dell'udienza predibattimentale:

- sentenza di non luogo a procedere
- definizione del giudizio con riti alternativi
- trasmissione degli atti al giudice del dibattimento per la prosecuzione del giudizio attraverso la celebrazione del dibattimento

4.1 La sentenza di non luogo a procedere

Le cause di proscioglimento possono riguardare il merito dell'imputazione ovvero condizioni di procedibilità (difetto di querela, sopravvenuta ed irreversibile capacità dell'imputato), cause di estinzione del reato (remissione di querela, estinzione del reato ex art. 162 ter c.p., oblazione, ecc), cause di non punibilità (art. 131 bis c.p.), difetto di imputabilità (sempre che non debba applicarsi una misura di sicurezza diversa dalla confisca).

Quanto al proscioglimento nel merito, l'art. 554 ter c.p.p. prevede la stessa regola di giudizio seguita per l'archiviazione e per l'udienza preliminare, ovvero che il giudice debba pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna.

L'introduzione della regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna intende rafforzare il filtro di accesso al giudizio dibattimentale a citazione diretta, proprio per contenere il fenomeno dei tassi elevati di assoluzione.

Le considerazioni da svolgere sulla nuova regola di giudizio sono pertanto le medesime già illustrate per l'udienza preliminare.

Va tuttavia sottolineata una importante differenza nell'applicazione della stessa regola tra la fase predibattimentale da un lato e le fasi dell'archiviazione e dell'udienza preliminare dall'altro.

Occorre considerare che nella fase dell'archiviazione il GIP può respingere la richiesta di archiviazione, indicando ulteriori indagini che ritenga necessarie; analogamente nella fase dell'udienza preliminare il GUP, rilevata l'incompletezza delle acquisizioni raccolte, può fissare un termine per il compimento di nuove indagini (art. 421 bis) ovvero provvedere direttamente all'assunzione di nuove prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a provvedere (art. 422). Viceversa nella fase dell'udienza predibattimentale non ha alcuna possibilità di dare impulso a nuove investigazioni, dovendo decidere soltanto sulla base del contenuto degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

In dottrina, nei commenti a prima lettura, ci si è chiesto, in assenza di spiegazioni nella Relazione illustrativa, se tale situazione possa costituire una svista o sia stata una scelta consapevole. Il tema che quindi si pone è l'assenza di controllo da parte del giudice predibattimentale sull'eventuale inazione del pubblico ministero, con riflessi di rilievo costituzionale.

L'art. 554 ter c.p.p., in riferimento alle formalità della sentenza di non luogo a procedere, rinvia alle disposizioni previste per l'udienza preliminare di cui agli artt. 425 co. 2, 426 e 427, in quanto compatibili, ma non anche la disposizione di cui all'art. 424 co. 4° che consente al GUP, ove non sia possibile depositare contestualmente la motivazione della sentenza, di depositarla nel termine di trenta giorni dalla lettura del dispositivo. Ci si è chiesto, allora, se la sentenza di non luogo a procedere pronunciata all'esito dell'udienza predibattimentale debba essere soltanto contestuale.

In uno dei *webinar* proposti dalla Scuola della Magistratura è stata richiamata una sentenza della Cassazione a Sezione unite n. 40986 del 19.7.2018, che affrontando temi analoghi, ha ricostruito il sistema, afferman-

do che non c'è un termine ordinario di deposito della sentenza, ma ciascuna sentenza ha termini ordinatori specifici di deposito previsti dalla normativa. La conseguenza è che, in mancanza di disciplina, la sentenza di non luogo a procedere emessa dal giudice dell'udienza predibattimentale debba essere soltanto "contestuale". Si tratta di profilo da approfondire.

Poiché la sentenza di non luogo a procedere è suscettibile di revoca, da un lato è da escludere che possa assumere efficacia ai sensi degli artt. 651 bis, 652 653 e 654 e dall'altro comporta che l'imputato prosciolto non potrà essere sentito, in procedimento connesso o collegato, quale testimone ai sensi dell'art. 197 bis c.p.p. bensì nelle forme di cui all'art. 210 c.p.p..

4.2 Definizione del giudizio con riti alternativi

La seconda categoria di possibili esiti dell'udienza predibattimentale è rappresentata dalla possibilità che l'imputato richieda riti alternativi.

Entro il termine previsto dall'art. 554 ter comma 2 c.p.p. – e cioè prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere – l'imputato può, a pena di decadenza, formulare istanza di giudizio abbreviato, di applicazione di pena, di sospensione del processo con la messa alla prova, di oblazione.

Significativa è la portata delle modifiche volte ad incentivare la definizione con riti alternative ed ampliarne l'applicazione, anche codificando arresti giurisprudenziali.

4.3 Fissazione del giudizio dibattimentale

Il terzo esito dell'udienza predibattimentale è la fissazione del giudizio dibattimentale, disciplinato dall'art. 554 ter comma 3 c.p.p..

La formulazione di tale disposizione ("se non sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere ed in assenza di definizioni alternative di cui al comma 2, il giudice fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso e dispone la restituzione del fascicolo delle indagini al pubblico ministero") sembrerebbe indicare lo sviluppo dibattimentale della vicenda processuale come evento residuale.

Viene previsto il termine dilatorio non inferiore a venti giorni tra la data del provvedimento di fissazione dell'udienza dibattimentale e la data dell'udienza predibattimentale.

Il giudice dibattimentale sarà ovviamente un giudice diverso, attesa la chiara indicazione dell'art. 554 ter comma 3 c.p.p..

Ciò determinerà problemi di tipo organizzativo negli uffici giudiziari, da risolvere attraverso variazioni tabellari mirate.

5. Impugnazione della sentenza di non luogo a procedere

L'art. 554 quater c.p.p. racchiude la disciplina dei rimedi impugnatori avverso la sentenza di non luogo a procedere.

Soggetti legittimati sono:

- il procuratore della Repubblica o il procuratore generale (nei soli casi di avocazione di cui all'art. 593 bis comma 2);
- l'imputato, al fine di ottenere una formula di proscioglimento più favorevole (quindi mai in ipotesi di formule per insussistenza del fatto o per non averlo commesso);
- la persona offesa, nei limitati casi di nullità relativi alla sua citazione a giudizio previsti dall'art. 552 comma 3.

Giudice competente è la Corte di Appello, che decide in camera di consiglio.

In caso di accoglimento dell'appello del pubblico ministero, la Corte fisserà la data per l'udienza dibattimentale davanti ad un giudice fisicamente diverso da quello predibattimentale; in caso di accoglimento dell'appello dell'imputato, la Corte riformerà la sentenza secondo la formula più favorevole; in caso di accoglimento dell'appello della persona offesa la Corte, rilevata la nullità delle notificazioni previste dall'art. 552 comma 3 c.p.p., dichiarerà la nullità della sentenza di non luogo a procedere, rimettendo gli atti dinanzi al giudice dell'udienza predibattimentale (che ovviamente dovrà essere diverso da quello che si è già pronunciato);

Anche la decisione della Corte di Appello è ricorribile in Cassazione con la procedura ex art. 611 c.p.p.; soggetti legittimati a proporre ricorso per Cassazione sono l'imputato ed il procuratore generale; i motivi di ricorso ammissibili sono quelli previsti dall'art. 606 comma 1 lett. a), b) e c) c.p.p..

Viene stabilito infine il medesimo regime di appellabilità previsto all'art. 428 c.p.p., con conseguente inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa (art. 554 quater, comma 7, c.p.p.).

6. Revoca della sentenza di non luogo a procedere

L'art. 554 quinquies c.p.p. racchiude la disciplina relativa alla revoca della sentenza di non luogo a procedere, modulata nei medesimi termini previsti per la sentenza di non luogo a procedere emessa dal giudice dell'udienza preliminare.

Presupposto normativo per la revoca è l'emersione di nuove fonti di prova (sopravvenute, scoperte ex post, acquisite nel corso di indagini estranee al procedimento già definito), che "da sole o unitamente a quelle già acquisite"

debbono determinare l'utile svolgimento del giudizio, da intendersi come istaurazione di giudizio per il quale è formulabile una ragionevole previsione di condanna.

Il procedimento si articola in due fasi ed è modulato sul procedimento previsto dall'art. 435 c.p.p.: il pubblico ministero trasmette la richiesta al giudice predibattimentale e, se la richiesta non è inammissibile (inammissibilità da valutare sulla scorta delle nuove prove allegate alla richiesta), viene fissata udienza camerale (cui partecipano imputato, difensore, persona offesa e le altre parti costituite). All'esito della camera di consiglio il giudice con ordinanza potrà respingere la richiesta oppure

revocare la sentenza di non luogo a procedere, fissando la data dell'udienza dinnanzi al giudice del dibattimento, a cui vengono trasmessi gli atti. In tale caso, eventuali richieste di riti alternativi saranno formulate dinnanzi a tale giudice.

L'ordinanza del giudice che dichiara inammissibile la richiesta o respinge la richiesta di revoca può essere impugnata attraverso ricorso in Cassazione per i motivi indicati dall'art. 606, comma 1, lett. b), d) ed e) e legittimato a proporre il ricorso è il solo P.M. (art. 437 cpp).

7. Giudizio immediato per i reati a citazione diretta

Ulteriori modifiche riguardano la previsione del giudizio immediato anche per i reati a citazione diretta.

L'introduzione dell'udienza predibattimentale, che, come per l'udienza preliminare, ha tra i suoi scopi principali quello di vagliare la sostenibilità dell'azione penale, ha reso opportuna l'applicazione del rito del giudizio immediato, rito che ha la funzione di evitare quel vaglio allorquando la prova appaia evidente.

Inoltre, l'aumento dei reati per cui procedere con la citazione diretta a giudizio amplia la possibilità che vi possano essere imputati sottoposti a misure custodiali, rendendo opportuna la caratteristica di celerità che connota il giudizio immediato.

Quanto alla disciplina, il legislatore ha introdotto l'art. 558 bis c.p.p., che dispone che "per il giudizio immediato si osservano le disposizioni di cui al titolo IV del libro sesto in quanto compatibili". E' dunque evidente che ad emettere il giudizio immediato debba essere il GIP, investito dal pubblico ministero, in presenza dei presupposti di cui all'art. 453 c.p.p..

L'art. 558 bis, comma 2 chiarisce che, in caso di emissione del decreto di giudizio immediato, non si provvede all'udienza predibattimentale.

Il processo quindi giungerà immediatamente a dibattimento. In tale sede

il giudice del dibattimento dovrà preliminarmente affrontare tutte le questioni che – nelle cadenze ordinarie – affronta e risolve il giudice dell’udienza predibattimentale (questioni relative alla costituzione delle parti, questioni preliminari). E’ evidente che, mancando l’udienza predibattimentale, la costituzione di parte civile sarà ammessa sino al momento del compimento degli adempimenti di cui all’art. 484 cpp.

Mancando l’udienza predibattimentale, manca una esplicita disciplina che attribuisce al giudice dell’udienza dibattimentale la possibilità di intervenire d’ufficio sulla validità dell’imputazione.

Dubbi in ordine alla competenza per la definizione con riti alternativi: competente il GIP o il giudice del dibattimento? I commenti a prima lettura non sono unanimi.

Maria Michela Di Fine

Il dibattimento

Sommario – 1. Premessa. 2. La calendarizzazione delle udienze (art. 477 c.p.p.). 3. L'illustrazione delle richieste istruttorie (art. 493 c.p.p.). 4. La rinnovazione probatoria in caso di mutamento del giudice (art. 495, comma 4 ter, c.p.p.). 5. L'esame dei periti e dei consulenti tecnici (501 c.p.p.) - verbale di assunzione dei mezzi di prova documentazione audiovisiva (510 c.p.p.).

1. Premessa

L'obiettivo delle modifiche apportate alla disciplina del dibattimento dall'art. 30 del d. l.vo n. 150 del 10 ottobre 2022 era quello di abbattere il “fattore tempo”; obiettivo strumentale a dimostrare la credibilità necessaria all'erogazione dei fondi europei: *“Negli ultimi giorni si sta meritoriamente accendendo l'attenzione sul fatto che sulla durata dei processi il Governo si gioca tutto il Recovery, non solo la parte legata alla giustizia. È proprio così. Quanto a investimenti, nel Recovery la giustizia vale l'1%. Ma se falliamo le riforme sulla giustizia è travolto il 100% del Recovery. Perché la Commissione europea ha imposto al governo italiano alcune condizioni per ottenere i 191,5 miliardi dei fondi NextGeneration EU.”*¹

1. M. CARTABIA, Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese, in www.sistemapenale.it, 31 maggio 2021. La Ministra della c.d. riforma Cartabia nella stessa occasione evidenzia: Il grande problema – che domina i dibattiti della giustizia italiana – è quello della durata dei processi. Il fattore tempo è al centro delle preoccupazioni dei cittadini, delle istituzioni europee, degli attori economici. Il fattore tempo è e deve essere al centro delle proposte di riforma che stiamo intraprendendo. Vorrei che riflettessimo sul fatto che l'eccessiva durata dei processi determina, non uno, ma due distinti ordini di disfunzioni, che costituiscono, allo stesso tempo, violazioni di principi costituzionali ed europei. Il primo è quello dell'eccessivo numero di processi che si concludono con la prescrizione, più volte rimproverataci da molti organi internazionali di monitoraggio. Con la prescrizione, la domanda di giustizia da parte delle vittime rimane frustrata. Con la prescrizione dovuta a processi eccessivamente protratti nel tempo, lo Stato in fondo manca al suo compito di assicurare l'amministrazione della giustizia. Ma questo è solo un lato dei problemi determinati dai tempi della giustizia. Il secondo è quello della violazione del fondamentale diritto degli imputati alla ragionevole durata del processo. Un diritto garantito dalla Costituzione – art. 24 e 111 – oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di un diritto che affonda le sue radici nell'esigenza di assicurare il rispetto effettivo della presunzione di innocenza (o di non colpevolezza come dice la Costituzione italiana), perché se è vero che per l'ordinamento giuridico la persona non può essere considerata colpevole fino alla sentenza definitiva di condanna, non è men vero che, sul piano dell'effettività, con l'apertura di un processo penale l'imputato – specie se il fatto è reso pubblico nel circuito mediatico – è esposto a un giudizio (o meglio a un pregiudizio) di colpevolezza sociale che può avere gravi ripercussioni sulla sua reputazione, sulle sue relazioni personali e sociali, sull'attività economica e su molti altri aspetti della vita della persona.

In altre parole, il nuovo assetto del Titolo II del libro VII del codice di procedura penale dovrebbe servire, in linea di principio, a razionalizzare le cadenze procedurali per ridurre la durata del giudizio.

Senonché, come vedremo nel corso della breve analisi che seguirà, il *fattore tempo*² che la riforma Cartabia cerca di governare (sul piano astratto) non potrà essere effettivamente ridotto (sul piano concreto) dalle modifiche delle disposizioni sul dibattimento.

2. La calendarizzazione delle udienze (art. 477 c.p.p.)

La prima norma del titolo II modificata dalla legge Cartabia è l'art. 477 c.p.p.. L'originaria rubrica, "*Durata e prosecuzione del dibattimento*", è stata sostituita dall'attuale: "*Durata e organizzazione del dibattimento*"; inoltre, il primo comma ora stabilisce che "*Quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente, dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova, sentite le parti, stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere*".³

È stata quindi eliminata la disposizione che prevedeva la prosecuzione del dibattimento *al giorno seguente non festivo* (tra le tante, forse la norma più disapplicata del codice di rito Vassalli) tentando di dare applicazione ai principi di immediatezza della prova e di oralità: "*principi, entrambi, che sottendono un modello dibattimentale fortemente concentrato nel tempo, idealmente da celebrarsi in un'unica udienza o, al più, in udienze celebrate senza soluzione di continuità (come risulta evidente dal tenore dell'art. 477 cod. proc. pen.)*".⁴

Sono state recepite nel testo normativo le buone prassi giudiziarie, confidando che il riferimento alla "*celerità*" ed alla "*concentrazione*" possa di per sé solo raggiungere l'obiettivo sperato!

2. Sul tempo in ambito scientifico e le sue radicali trasformazioni da Newton a Einstein alla meccanica quantistica, per una lettura a carattere divulgativo, cfr. C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Adelphi, 2017.

3. Il testo precedentemente era il seguente: «1. Quando non è assolutamente possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che esso venga proseguito nel giorno seguente non festivo.».

4. Così, Corte Cost. Sentenza n. 132/2019; nella stessa sentenza la Corte riconosce che "L'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni (...) In una simile situazione, il principio di immediatezza rischia di divenire un mero simulacro: anche se il giudice che decide resta il medesimo, il suo convincimento al momento della decisione finirà – in pratica – per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo".

La norma è sprovvista di sanzione, così come nessuna conseguenza sanzionatoria è prevista per l'eventuale violazione dell'art. 145 disp. att. c.p.p. laddove - in relazione alla data in cui dovranno presentarsi in dibattimento i testimoni, periti, consulenti tecnici ed interpreti - è stato sostituito il precedente "può stabilire" con l'attuale "stabilisce".

3. L'illustrazione delle richieste istruttorie (art. 493 c.p.p.)

Prima dell'interpolazione della Legge Carotti (L. n. 479 del 1999), il testo originario del primo comma dell'art. 493 prevedeva che il P.M. esponesse "concisamente i fatti oggetto dell'imputazione" ed indicasse "le prove di cui si chiede l'ammissione"; al secondo comma era previsto che, successivamente, nel consueto ordine codicistico, le altre parti indicassero "i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove".

Si trattava di un istituto "assolutamente nuovo"⁵ nato dalle esigenze del rito accusatorio: "l'art. 493 regola un preambolo dialettico ignoto alla vecchia prassi"; "inopportuno" il testo originario dedicava l'intero primo comma al P.M. "come se alle parti private competesse uno scenario minore".⁶

Si era così passati alla formulazione secondo la quale tutti i contraddittori "indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove", alla quale la riforma Cartabia ha aggiunto l'inciso "illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1".

Sul punto, nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, si legge che l'intento è quello di introdurre un momento dialettico che accompagni le richieste istruttorie delle parti a beneficio di un consapevole e razionale esercizio del sindacato giudiziale previsto dagli artt. 189 e 190, al fine di evitare un *ingresso incontrollato di prove nel dibattimento* e appesantire l'istruttoria o impedire una effettiva programmazione del lavoro.

Considerato il più che limitato spazio applicativo riconosciuto nelle aule giudiziarie all'esposizione introduttiva -rimasta incidentalmente richiamata nell'art. 494- e/o all'esposizione dei fatti oggetto di prova, si ritiene che la modifica si candida a rimanere disapplicata o, comunque, ad avere un impatto sul piano pratico davvero impercettibile: non sembra prevista alcuna conseguenza processuale per l'ipotesi in cui le parti decidano di sottrarsi all'attività di illustrazione delle prove in punto di ammissibilità.

Del resto, la nuova norma presuppone di intervenire in un sistema processuale ideale nel quale: il P.M. di udienza è lo stesso che ha redatto la lista testi

5. Cfr. G. AMBROSINI, Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. CHIAVARO, UTET, 1991, Vol. 5, p. 180.

6. Così F. CORDERO, Procedura Penale, sesta edizione, p. 911.

o conosce comunque il singolo fascicolo; il giudice -al momento di operare la valutazione sulla eventuale superfluità ed irrilevanza della prova- ha avuto il tempo di leggere e ragionare sul singolo capo di imputazione. Si tratta di un approccio tanto corretto in astratto quanto lontano dalle patologie della realtà giudiziaria che si propone di risanare: il fattore tempo della singola udienza risulterà dilatato, salvo voler ridurre il nuovo inciso ad una mera formalità.

In tema di formalità basti pensare alla diffusa prassi di liste testimoniali dei pubblici ministeri prive dell'indicazione delle circostanze oggetto di esame; circostanze che vengono indicate in modo così generico -talvolta anche modelli prestampati- da frustrare la finalità dell'art. 468, comma 1, c.p.p..

Sarebbe stato allora sufficiente garantire dal 1989 ad oggi il rispetto dell'art. 468 per evitare il temuto *ingresso incontrollato di prove nel dibattimento*; ingresso incontrollato che poi nella prassi avviene sempre a favore dell'accusa pubblica perché, di regola, l'approccio del giudice nei confronti della difesa è sempre quello di contenere i tempi.

In altre parole, anche nel nuovo assetto il timore è che, alle lacune dell'accusa pubblica nella formulazione delle liste dei testimoni e consulenti o nell'illustrazione dell'ammissibilità delle prove richieste, possa rimediare il giudice nel perseguimento del superiore interesse dell'accertamento della verità; mentre la difesa dovrà muoversi sul filo delle inammissibilità, così come chiaramente ribadito dalla nuova disciplina della forma delle impugnazioni (art. 581 commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater*, c.p.p.).

4. La rinnovazione probatoria in caso di mutamento del giudice (art. 495, comma 4 *ter*, c.p.p.)

Tra le novità di maggiore impatto vi è la nuova disciplina della rinnovazione dibattimentale in caso di mutamento del giudice ovvero in ipotesi di cambiamento della persona sia del giudice monocratico che del componente del collegio giudicante.

Il fenomeno (cronico) del mutamento del giudice nel corso dell'istruttoria dibattimentale è noto e nessuna norma è stata introdotta dalla riforma per tentare di porvi rimedio come, ad esempio, prevedere che il giudice non possa cambiare sede o funzioni prima di aver concluso il dibattimento dallo stesso organizzato ex art. 477 c.p.p.; del resto abbandonare un dibattimento già organizzato sarebbe come abbandonare un'operazione in corso, condotta rispetto alla quale non ci sarebbe alcun dubbio sulla sussistenza di profili di responsabilità medica.

Altrettanto note sono le implicazioni sul piano sistematico a fronte de mutamento del giudice: "*Secondo l'interpretazione degli artt. 525, comma 2,*

526, comma 1, e 511 cod. proc. pen. offerta dal diritto vivente, da tale combinato disposto deriva l'obbligo, per il giudice del dibattimento, di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante, laddove le parti processuali non acconsentano alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 febbraio 1999, n. 2; sezione prima, sentenza 4 novembre 1999, n. 12496; sezione prima, sentenza 7 dicembre 2001-10 maggio 2002, n. 17804; sezione prima, sentenza 23 settembre 2004, n. 37537; sezione quinta, sentenza 7 novembre 2006-31 gennaio 2007, n. 3613; sezione quinta, sentenza 15 dicembre 2011, n. 46561; sezione quinta, sentenza 11 maggio 2017, n. 23015).” (Così, Corte Cost. Sent. n. 132 del 2019).

Da ultimo l'identità, normativamente richiesta a pena di nullità, tra il giudice che partecipa al dibattimento e quello che decide, era stata però superata per via giurisprudenziale dalle Sezioni Unite con la sentenza Bajrami (n. 41736 del 30/5/19, dep. il 10/10/19) che ha condizionato il diritto alla rinnovazione previsto dal disposto dell'art. 525 c.p.p. ad un triplice requisito:

I - che sia stata richiesta dalla parte interessata;

II - che la parte interessata sia legittimata per aver inserito la prova dichiarativa da rinnovare nella propria lista testimoniale;

III - che il nuovo giudice non ritenga superflua la riassunzione.⁷

7. Per completezza si riportano integralmente le considerazioni conclusive ed i principi di diritto enunciati dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 41736 del 2019: “A prescindere da ogni ulteriore rilievo, trova, quindi conferma, anche a livello convenzionale, la possibilità di gravare legittimamente la parte che intenda ottenere il nuovo esame dinanzi al giudice nella composizione sopravvenuta di un testimone già esaminato dinanzi al giudice nella composizione poi mutata, dell'onere di: - chiedere il nuovo esame del teste;- indicare le circostanze decisive in ordine alle quali la nuova audizione del teste dovrebbe avere luogo. E risultano, conseguentemente, legittime, anche in relazione alle garanzie convenzionali:- la mancata rinnovazione dell'esame, in difetto di una richiesta di parte; - la mancata ammissione della richiesta di rinnovazione dell'esame formulata senza indicare le circostanze decisive in ordine alle quali il nuovo esame dovrebbe avere luogo, ovvero quando le circostanze indicate siano dal giudice ritenute prive di concreto rilievo e, conseguentemente, la rinnovazione dell'esame risulti manifestamente superflua. 11. Vanno, pertanto, enunciati i seguenti principi di diritto: “il principio d'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525 c.p.p., comma 2, prima parte, impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati”;”l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p.,

Ebbene, il nuovo comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p. tenta di riportare armonia e legalità nella prassi giudiziaria così disponendo: “*Se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze.*”⁸

In altre parole, in caso di mutamento dell'organo giudicante la rinnovazione probatoria, se richiesta, potrà essere negata solo ove sussistano integrali videoregistrazioni delle prove. Pertanto, se e quando entrerà a regime la nuova modalità di documentazione degli atti mediante riproduzione audiovisiva (ex artt. 134 e 510, comma 2 bis, c.p.p.), il diritto alla rinnovazione sarà l'eccezione salvo che il giudice ritenga necessario procedere comunque a riascoltare i dichiaranti, sulla base di specifiche -ma non predefinite- esigenze! Coerentemente in dottrina sono già stati individuati due *canoni modali* della rinnovazione dalla cui applicazione deriverebbe una nozione di *immediatezza ordinaria* ed una di *immediatezza differita*.⁹

Portando invece il ragionamento ad un livello meno elevato, e calandolo sul piano dell'esperienza delle aule giudiziarie, viene da chiedersi come e quando il nuovo giudice avrà i mezzi ed il tempo per visionare ore ed ore di esami dibattimentali e, soprattutto, dare conto in motivazione delle risultanze probatorie non documentate dalle trascrizioni (ormai in via di estinzione).

5. L'esame dei periti e dei consulenti tecnici (501 c.p.p.) - verbale di assunzione dei mezzi di prova documentazione audiovisiva (510 c.p.p.)

Dal punto di vista topografico l'ulteriore novità che si incontra nella lettura del Titolo II, Dibattimento, del Libro VII, Giudizio, è il comma 2 *bis*

anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa”; “il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p., comma 2, degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perchè non chiesta, non ammessa o non più possibile.”

8. A norma dell'art. 93-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 150/2022, inserito dall'art. 5-decies, comma 1, del D.L. n. 162/2022 la disposizione del comma 4 *ter* non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023.

9. In tal senso, commentando la legge delega, G. RANALDI, Il dibattimento che verrà, prolegomeni di una riforma in fieri, in *La legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. MARANDOLA, 2022, p. 221.

dell'art. 496 (ora rubricato *Ordine e modalità dell'assunzione delle prove*) stando al quale: “*Salvo che una particolare disposizione di legge preveda diversamente, il giudice può disporre, con il consenso delle parti, che l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 e delle parti private si svolga a distanza*”.

Sono i frutti avvelenati della pandemia che, parafrasando la citazione del prof. avv. Gianrico Ranaldi di cui al paragrafo precedente, introducono a fianco della modalità di dibattimento d'udienza quella *a distanza*; modalità non meglio disciplinata e rispetto alla quale si auspica che il testimone a distanza non sarà lasciato libero da ogni controllo ed, al tempo stesso, privo di ogni garanzia.

Si passa così alle novità introdotte nel testo dell'art. 501 c.p.p. (*Esame dei periti e dei consulenti tecnici*). In realtà, più che di nuove disposizioni si tratta della codificazione delle buone prassi giudiziarie da tempo praticate dai giudici più sensibili alle esigenze del contraddittorio e della *cross examination*.

Ed invero, al comma 1 *bis*, si prevede “*Almeno sette giorni prima dell'udienza fissata per il suo esame, il perito autorizzato ai sensi dell'articolo 227, comma 5, deposita in cancelleria la propria relazione scritta. Nello stesso termine la parte che ha nominato un consulente tecnico deposita in cancelleria l'eventuale relazione scritta del consulente.*”; al comma 1 *ter* “*Fuori dai casi previsti al comma 1 bis, la parte che ha chiesto l'esame di un consulente tecnico deposita l'eventuale relazione almeno sette giorni prima dell'udienza fissata per quell'esame.*”

Anche in questo caso nessuna sanzione processuale è direttamente prevista dalla riforma in caso di mancato rispetto del termine ordinatorio; tuttavia, dalla violazione del termine (comunque di garanzia), se tempestivamente dedotta ed eccepita prima dell'esame del perito o del testimone, potrebbe derivare una nullità di ordine generale per inosservanza di disposizioni concernenti il diritto di difesa nonché l'inutilizzabilità della prova che risulterebbe acquisita in violazione del divieto di esame degli ausiliari tecnici del giudice e delle parti senza aver assicurato la richiesta *discovery* preventiva sugli elaborati tecnici.

Da ultimo, ma non per importanza, vanno ricordate le modifiche apportate all'art. 510 c.p.p. (*Verbale di assunzione dei mezzi di prova*) nel cui testo sono stati inseriti i commi:

- *2 bis. L'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'articolo 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto, sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico;*

- *3 bis. La trascrizione della riproduzione audiovisiva di cui al comma 2-bis è disposta solo se richiesta dalle parti.*

Si tratta della prova videoregistrata i cui contorni sono definiti in combinato disposto con il novellato testo dell'art. 134, comma 1, c.p.p. stando al quale: *Alla documentazione degli atti si procede mediante verbale e, nei casi previsti dalla legge, anche mediante riproduzione audiovisiva e fonografica.*¹⁰

L'entrata in vigore della nuova modalità di documentazione delle prove orali è stata procrastinata al 30 giugno 2023 al fine di dare tempo agli uffici giudiziari di acquistare il materiale ed il personale necessario a riorganizzare le operazioni di documentazione. Pertanto, dal 1° luglio 2023 dovrebbe entrare in vigore il nuovo art. 510, comma 2-bis, c.p.p. che renderà obbligatoria la videoregistrazione dei dibattimenti, salva contingente indisponibilità di mezzi.

Ma come si consulteranno ed a quali costi saranno disponibili per le parti private le copie delle videoregistrazioni? Come si potrà argomentare e, soprattutto, giudicare un atto di impugnazione in mancanza delle trascrizioni?

Sono domande alle quali allo stato non è possibile dare una risposta compiuta; basti pensare che il comma *3 bis* dell'art. 510 subordina la trascrizione della riproduzione audiovisiva alla richiesta di parte senza, però, stabilire tempi e modalità della richiesta.

Concludendo questo veloce esame sulle novità in tema di dibattimento, si può affermare che non si vede come le citate modifiche potranno agire in concreto sul *fattore tempo* o garantire il rispetto dei principi di oralità ed immediatezza. La riforma rimane lontana dal piano della realtà giudiziaria che si propone di modificare e prescinde dal *fattore umano* che sarà chiamato ad applicarla.

Gregorio Equizi

10. In tema di verbali d'udienza si segnala che la riforma Cartabia ha introdotto il comma 1 bis all'art. 483 c.p.p., rubricato Sottoscrizione e trascrizione del verbale, che entrerà in vigore con la pubblicazione dei regolamenti attuativi: "Il verbale redatto in forma di documento informatico è sottoscritto dal pubblico ufficiale che lo ha redatto secondo le modalità di cui all'articolo 111 e sottoposto al presidente per l'apposizione del visto con firma digitale o altra firma elettronica qualificata".

Riti alternativi: giudizio abbreviato, patteggiamento e decreto penale

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Italia (P.N.R.R.), trasmesso ufficialmente dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri alla Commissione europea il 30 aprile 2021, prevede investimenti e riforme in 16 ambiti in cui aggregare progetti di investimento e progetti di riforma; nell'ambito Giustizia il Governo si è impegnato ad attuare, tra l'altro, una serie di riforme nei campi del processo civile, del processo penale e dell'insolvenza.

In particolare il P.N.R.R. per il Ministero della Giustizia individua tre linee di intervento: ufficio del processo e capitale umano; edilizia giudiziaria e digitalizzazione.

Obiettivo dichiarato, tra gli altri, è quello di migliorare “la performance” del processo, sia in primo che in secondo grado ed uno dei mezzi attraverso i quali il Legislatore ha ritenuto di poter perseguire l'obiettivo del miglioramento della performance nel settore del processo penale è senz'altro quello dell'incentivazione al ricorso ai riti alternativi.

Di qui l'articolato intervento riformatore volto ad ampliare i casi in cui è possibile fare ricorso a procedimenti speciali, ad aumentare per qualità e quantità i benefici connessi alla scelta del rito alternativo rispetto al giudizio ordinario, a rendere vantaggiosa la rinuncia all'impugnazione avverso le decisioni emesse dal giudice di prime cure.

Ad una prima lettura, dei tre procedimenti speciali in esame il rito abbreviato appare essere quello modificato in modo meno incisivo dalla riforma, avendo il Legislatore riservato la modificazione più sostanziale dell'istituto alla fase dell'esecuzione penale.

La disciplina del giudizio abbreviato, invero, è rimasta invariata quanto ai termini ed alla forma della richiesta: il rito alternativo può essere richiesto personalmente dall'imputato ovvero da un procuratore speciale munito di procura autenticata “da un notaio, difensore, persona autorizzata” sino al momento in cui si rassegnano le conclusioni in seno all'udienza preliminare ovvero, nel caso in cui si proceda con il rito sommario (o della citazione diretta) prima dell'apertura del dibattimento; per il procedimenti per i quali il decreto di citazione diretta a giudizio sia emesso dopo il 1° gennaio 2023, il termine ultimo per la proposizione della richiesta coinciderà con l'udienza pre-dibattimentale di cui all'art. 554 bis c.p.p.

È rimasta invariata anche la fisionomia dell'istituto: è possibile richiedere il giudizio allo stato degli atti, ovvero condizionato all'integrazione probatoria. In quest'ultimo caso la condizione posta impedisce l'automatica instaurazione del rito ed impone che il giudice verifichi la ricorrenza dei presupposti:

l'integrazione dovrà apparire necessaria e dovrà comunque garantire la finalità di economia processuale.

Il presupposto della necessità della nuova prova non è stato inciso dal legislatore sicché dovrà continuare ad operarsi il riferimento al *decisum* delle Sezioni Unite n. 44711/2014 secondo cui le ulteriori acquisizioni probatorie potranno essere soltanto integrative, e non sostitutive, del materiale già acquisito ed utilizzabile come base cognitiva, e saranno ammesse solo ove risulti che le stesse costituiscano essenziale e indefettibile supporto logico della decisione, rivestendo carattere di "necessità" nella prospettiva della oggettiva e sicura utilità/idoneità del probabile risultato probatorio ad assicurare il completo accertamento dei fatti rilevanti nel giudizio.

Il presupposto teleologicamente stabilito per il conseguimento della finalità di economia processuale è stato oggetto di modificazione da parte del Legislatore che ha sostituito la formula della «compatibil[ità] con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili» con quella che subordina l'ammissibilità del rito al giudizio positivo circa "una economia processuale, in relazione ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale".

La modifica appare di mero segno lessicale posto che la Corte Costituzionale sin dalle prime applicazioni dell'istituto del c.d. giudizio abbreviato condizionato aveva chiaramente affermato che il risultato di economia processuale andasse posto "a raffronto con l'ordinario giudizio dibattimentale" (Corte Cost. n. 115/2001) e, quindi, con i tempi per la celebrazione di quest'ultimo, agevolmente pronosticabili dal giudice dell'udienza preliminare.

In caso di ammissione del rito nella forma condizionata le prove saranno documentate nelle forme di cui all'art. 510 c.p.p. e, quindi, con riproduzione audio - visiva, "salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico".

Il comma 6 ter dell'art. 438 c.p.p. esplicita la regola secondo cui l'istanza di giudizio abbreviato rigettata dal giudice dell'udienza preliminare è ri-proponibile prima dell'apertura del dibattimento.

L'inserimento della norma appare opportuno alla luce della vicenda travagliata della regola processuale de qua: dopo che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 169/2003 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 438 comma 6 c.p.p. (nonché degli artt. 458, comma 2, e 464, comma 1, c.p.p.) nella parte in cui non prevedeva che in caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato da parte del giudice dell'udienza preliminare l'imputato potesse rinnovare la richiesta dinanzi al giudice del dibattimento, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, e che questi potesse

ammetterlo, il Legislatore era intervenuto con la L 33/2019 a stabilire che l'istanza fosse ri-proponibile sino alle conclusioni nell'udienza preliminare

Il dubbio interpretativo sorto circa l'intenzione del Legislatore di aver voluto modificare la regola processuale nel senso di stabilire che la richiesta non fosse più ri-proponibile dopo la formulazione delle conclusioni in seno all'udienza preliminare, ha comportato l'iniziativa di giudici di merito i quali hanno di nuovo sollevato la questione di legittimità costituzionale del novellato art. 438 c.p.p.; questione risolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 127/2021 che ha affermato la "persistente efficacia del dispositivo della sentenza 169/2003".

Opportunamente il Legislatore esplicita la regola nel novellato art. 438 c.p.p.

Al Legislatore delegato la Legge Delega assegnava anche il compito di prevedere la possibilità per l'imputato di chiedere la definizione del giudizio allo stato degli atti a seguito di nuove contestazioni nel corso del dibattimento, disciplinando i termini per la presentazione dell'istanza.

Il Legislatore delegato è intervenuto modificando l'art. 519 c.p.p. prevedendo che nei casi previsti dagli articoli 516, 517 e 518, comma 2, salvo che la contestazione abbia per oggetto la recidiva, il presidente (ovvero il giudice monocratico) informi l'imputato che può chiedere un termine per la difesa e formulare richiesta di giudizio abbreviato, di applicazione della pena a norma dell'art. 444 o di sospensione del procedimento con messa alla prova, nonché di richiedere l'ammissione di nuove prove e, se l'imputato fa richiesta di un termine per la difesa, il dibattimento resti sospeso per un tempo non inferiore a quello previsto per comparire. L'imputato potrà, a pena di decadenza entro l'udienza successiva, formulare richiesta di giudizio abbreviato, di applicazione della pena a norma dell'art. 444 o di sospensione del procedimento con messa alla prova, nonché richiedere l'ammissione di nuove prove.

La riforma evita di affrontare un tema rilevante, non esplicitando se oggetto della richiesta di giudizio abbreviato (ovvero di patteggiamento) possa essere solo il reato contestato per la prima volta nel corso del dibattimento ovvero anche il reato oggetto della contestazione originaria.

Al tema è già stata data una risposta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 146/2022 che, ponendosi nel solco del *decisum* tracciato dalla decisione n. 237/2012, ha affermato il principio secondo cui è possibile chiedere la definizione allo stato degli atti solo per i reati oggetto di contestazione suppletiva; con la stessa sentenza la Consulta ha però affermato che è possibile formulare richiesta di sospensione del processo e di messa alla prova ex artt. 168 bis c.p. e 464 bis c.p.p. per tutti i reati contestati all'imputato e, quindi, anche per quelli oggetto della originaria contestazione.

L'argomento posto alla base della decisione è che, "diversamente da quanto accade nel rito abbreviato, nella messa alla prova convivono un'anima processuale e una sostanziale" sicché la natura squisitamente processuale del rito alternativo di cui all'art. 438 c.p.p. non consentirebbe recuperi di spazi processuali per l'instaurazione del procedimento speciale anche con riferimento a reati oggetto di contestazione suppletiva.

L'affermazione secondo cui nel rito abbreviato non conviverebbero un'anima sostanziale ed una processuale ha incontrato la critica pressoché unanime della dottrina, ponendosi peraltro in aperto contrasto finanche con la consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte che da tempo afferma che nel rito in esame v'è commistione tra condotte processuali ed effetti sostanziali sul trattamento sanzionatorio (SS.UU. 6.3.1992) e che l'aspetto sostanziale dell'istituto è evidente e consiste nel trattamento premiale, di favore riservato all'imputato (SS.UU. 25.10.2007).

Se la riforma si prefigge la finalità efficientista della riduzione dei tempi di durata dei processi penali (anche) attraverso l'incentivo all'accesso ai riti alternativi a quello ordinario forse questa poteva essere l'occasione per restituire appeal ad un istituto che, nella dimensione attuale, davvero appare dotato di scarsa attrattiva per la parte privata.

Non sfugge, infatti, che un intervento nell'ottica dell'apertura all'accesso a riti alternativi sia stata comunque operata dal legislatore: il novellato art. 519 c.p.p. espressamente la prevede la possibilità di richiedere il giudizio abbreviato, ovvero il patteggiamento o la messa alla prova anche nel caso di contestazione del fatto nuovo, ai sensi del secondo comma dell'art. 518 c.p.p., benché nel sistema previgente siffatta possibilità fosse pacificamente esclusa (e la giurisprudenza costituzionale avesse escluso che la preclusione desse luogo a disparità di trattamento o comprimesse il diritto di difesa dell'imputato il quale, per non perdere i benefici legati alla scelta di un rito alternativo, poteva comunque non prestare il consenso alla contestazione del fatto nuovo ed imporre l'esercizio dell'azione penale con le forme ordinarie. Cfr.: Corte Cost. nn. 41/1994 e 146/1997).

Se la disciplina processuale dinamica non pare aver subito sostanziali modifiche, essendosi il Legislatore limitato ad interpolare le norme con l'inserimento di principi già consolidati nel c.d. diritto vivente, la fase dell'esecuzione delle sentenze di condanna emesse all'esito di giudizio abbreviato appare connotata da novità per effetto della disposizione introdotta dall'art. 442 comma 2-bis c.p.p. che prevede che, ove la sentenza di condanna non sia appellata da imputato e difensore, il giudice dell'esecuzione disporrà una riduzione di 1/6 della pena inflitta.

Il patteggiamento è stato profondamente inciso dalla riforma, soprattutto con riferimento all'oggetto dell'accordo ed agli effetti della sentenza che applica la pena richiesta dalle parti.

Immutati anche in questo caso forma e termini della richiesta, con l'inevitabile modifica che fissa all'udienza pre-dibattimentale il termine ultimo nel caso di procedimenti instaurati col rito della citazione diretta, nei quali il decreto col quale il P.M. esercita l'azione penale sia emesso dopo la data dell'1.1.2023.

L'oggetto dell'accordo appare notevolmente dilatato: se prima della riforma le parti potevano concordare esclusivamente la pena principale, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. novellato possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata; e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato.

Il giudice, ove non condivida anche solo la parte dell'accordo relativa alle pene accessorie ovvero alla confisca, dovrà rigettare in toto la richiesta di applicazione della pena.

Le sanzioni amministrative accessorie continuano ad essere escluse dalla possibilità di richiesta concordata tra le parti, essendosi il Legislatore posto in linea di continuità con il principio affermato dalle SS.UU. con la sentenza n. 21369/2019, secondo cui la sanzione amministrativa è estranea ai termini dell'accordo.

Gli effetti della sentenza con la quale il giudice applica la pena sono disciplinati dall'art. 445 c.p.p. che, al comma 1bis, dispone che la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando venga pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non potrà avere efficacia e non potrà essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile.

Il Legislatore sembra aver voluto rimuovere l'effetto disincentivante costituito dall'efficacia in materia disciplinare della sentenza di patteggiamento determinata dalla espressa formulazione dell'art. 653, comma 1bis, c.p.p. che, dopo la modifica introdotta dalla L. 97/2001, sembrava valorizzare in modo eccessivo una sentenza comunque emessa senza il vaglio approfondito del profilo della responsabilità e sulla base solo della verifica della correttezza della qualificazione giuridica data al fatto ed all'assenza di ragioni per prosciogliere immediatamente ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Da segnalare che, nel novero dei giudizi nell'ambito dei quali la sentenza di applicazione della pena non ha efficacia e non può essere utilizzata come prova non è indicato anche il giudizio penale; tra i primi commenti v'è, particolarmente

autorevole, la Relazione n. 2/2023 del Massimario della Corte di Cassazione ove si legge che, pertanto, “ne dovrebbe discendere che il divieto di utilizzabilità, anche a fini probatori, della sentenza di patteggiamento, sia limitata ai giudizi diversi da quello penale” (e, quindi, la sentenza continuerebbe a poter essere “utilizzata a fini probatori in altro procedimento penale, ai sensi dell’art. 238-bis cod. proc. pen., stante la sua equiparazione legislativa ad una sentenza di condanna, quanto al “fatto” ed alla sua attribuibilità (fra le molte Sez. 5, n. 12344 del 05/12/2017, dep. 2018, Nicho Casas, Rv. 272665)”.

Al canone della interpretazione strettamente letterale (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) potrebbe, però, essere contrapposto quello dell’interpretazione analogica, mancando nell’ordinamento la norma che disciplina la fattispecie concreta.

Meramente procedurale e scevra da complessità interpretativa è la disposizione contenuta nel comma 1bis dell’art. 448 c.p.p. a mente del quale, quando l’imputato e il P.M. concordano l’applicazione di una pena sostitutiva di cui all’articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il giudice, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all’ufficio di esecuzione penale esterna competente. Evidente il riferimento alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, per l’irrogazione e l’espiazione della quale onore l’intervento dell’Ufficio esterno esecuzioni penali.

Anche la disciplina del procedimento per decreto penale risulta profondamente modificata per effetto della riforma.

Il P.M. può chiedere, nel termine di un anno dall’iscrizione della notizia di reato (non più nel termine di sei mesi, avendo il Legislatore inteso armonizzare la presente previsione con quella, modificata, del termine per la conclusione delle indagini preliminari), l’irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva; ai sensi del comma 1bis il giudice, per determinare l’ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l’imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 250 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell’imputato e del suo nucleo familiare.

Quindi, l’art. 460, comma 2, c.p.p. (che vincola il giudice ad applicare la pena nella misura richiesta dal P.M.) fa riferimento solo alla misura della pena detentiva indicata nella richiesta di emissione del decreto penale, con la conseguenza che il giudice resta libero di rideterminare discrezionalmente il

tasso giornaliero che, moltiplicato per i giorni di pena detentiva indicati dal P.M., individui l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva.

La portata della riforma appare di tutta evidenza ove solo si ponga a raffronto il criterio di ragguaglio introdotto dall'art. 28 del D. Lgs n. 150/2022 (il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato non può essere inferiore a 5 euro) con quello pre-vigente, che prevedeva che il valore giornaliero non potesse essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva.

Ai sensi del citato comma 1bis dell'art. 460 c.p.p., nei limiti di cui al primo comma (e, cioè, entro il limite che consentirebbe l'irrogazione della pena sostituiva pecuniaria), la pena detentiva potrà essere sostituita altresì con il lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 56 bis della L 689/1981 purché l'indagato, prima dell'esercizio dell'azione penale, ne abbia fatto richiesta al P.M., presentando il programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna con la dichiarazione di disponibilità dell'ente.

La riforma non ha inciso sul carattere ordinatorio del termine per la formulazione della richiesta da parte del P.M. (affermato sin dalla sentenza n. 3/1992 delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte) e non ha modificato lo spettro dei poteri del G.I.P. che, secondo il principio affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 447 del 1990, gode di "un sindacato completo sulla richiesta del pubblico ministero", dovendo esercitare controllo pieno, nel rito e nel merito, sulla richiesta formulata dal P.M. e, quindi, anche sul profilo della congruità della pena.

A completare il quadro della riforma dell'istituto, complessivamente volta ad incentivare l'acquiescenza al decreto e, quindi, a consolidare il risultato di economia processuale, concorre l'art. 460, comma 1, lett. h-ter c.p.p. che prevede che nel decreto compaia l'avviso che può essere effettuato il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto, con rinuncia all'opposizione.

La riduzione della pena sino alla metà del minimo edittale, e la possibilità di riduzione di un ulteriore quinto nel caso di pagamento nel termine previsto per la proposizione dell'opposizione (in uno al divieto di condanna al pagamento delle spese del procedimento e di applicazione di pene accessorie; alla non efficacia di giudicato del decreto penale nel giudizio civile o amministrativo; alla estinzione di ogni effetto penale in caso di pagamento della pena pecuniaria se il condannato, nel termine di cinque anni, quando il decreto concerne un delitto, ovvero di due anni quando concerne una contravvenzione, non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole) rendono il pacchetto dei benefici di sicuro incentivo all'acquiescenza

e dovrebbero limitare le opposizioni finalizzate solo al miglior trattamento sanzionatorio.

Da ultimo, merita di essere segnalato che nel primo comma dell'art. 459 c.p.p. compare ancora la disposizione che attribuiva potere paralizzante all'opposizione da parte del querelante, da tempo dichiarata costituzionalmente illegittima (Corte Cost. 27 febbraio 2015, n. 23: illegittimità costituzionale «nella parte in cui prevede la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati perseguibili a querela, alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna»).

Vincenzo Di Girolamo

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

App. L'Aquila, sent. 18 gennaio 2023 n. 37 (est. Iachini Bellisarii)

Costituzione della Repubblica – Uguaglianza – Azione contro la discriminazione ex art. 44 D.Lgs n. 268/1998 – Discriminazione mediante adozione di atto amministrativo – Configurabilità – Potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto – Ammissibilità – Danno patrimoniale subito dal soggetto discriminato – Risarcibilità – Sussiste

Costituisce condotta discriminatoria, ai sensi dell'art. 43 d.lg. n. 286/1998, nei confronti di cittadina italiana coniugata con soggetto extracomunitario non titolare di permesso di lungo periodo, ma solo di carta di soggiorno per motivi familiari, l'esclusione dalla graduatoria per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare operata sulla base di atti amministrativi (susceptibili di sindacato di legittimità da parte del giudice ordinario in quanto lesivi di diritti soggettivi) richiedenti il requisito della titolarità del permesso di soggiorno UE per i soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità di un permesso unico di lavoro ai sensi della Direttiva n. 2011/1998 o in subordine di un permesso di soggiorno di almeno due anni ex art. 40 d.lg. n. 286/1998. Tale condotta comporta la condanna del Comune a risarcire il danno patrimoniale e non patrimoniale subito dal soggetto discriminato, con l'inibizione a non inserire nei bandi futuri, il requisito della titolarità in capo ai componenti del nucleo familiare del partecipante di un permesso di lungo periodo dovendosi ammettere nella graduatoria tutti i cittadini, anche se coniugati con soggetti extracomunitari, regolarmente soggiornanti o titolari di permesso unico di lavoro o di un permesso di soggiorno.

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO

Con l'ordinanza oggi impugnata il Tribunale di L'Aquila così ebbe a decidere: "P.Q.M.

in parziale accoglimento della domanda, dichiara discriminatorio il comportamento del Comune di L'Aquila nella parte in cui esclude dal bando relativo all'assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE per il 2020 coloro che abbiano nel loro nucleo familiare un cittadino extra UE con carta di soggiorno per motivi familiari; condanna il Comune al pagamento delle spese di giudizio in favore dei ricorrenti, liquidate in € 286,00 per spese ed € 2.500,00 per compensi, oltre accessori di legge."

Questi i fatti e lo svolgimento del processo in primo grado come laconicamente esposti dal Giudice del Tribunale.

“I ricorrenti esercitano azione ex art. 44 TU immigrazione, deducendo che il Comune di L’Aquila, attraverso il bando 2020 per l’assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE, l’avrebbe esclusa da tale beneficio in quanto suo marito, cittadino extracomunitario, era titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari, e non di permesso di soggiorno di lungo periodo. Il Comune si è costituito, chiedendo il rigetto della domanda ed escludendo la discriminazione.”

La causa è stata decisa come sopra.

(*omissis*) e l’Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione hanno impugnato l’ordinanza, chiedendone la parziale riforma, per i motivi che si vanno ad esaminare.

Il Comune di L’Aquila, costituitosi, ha chiesto il rigetto del gravame e ha formulato appello incidentale al fine di ottenere l’integrale riforma della pronuncia impugnata.

All’udienza del 26.10.2022 questa Corte ha riservato la causa a sentenza con i termini.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Tribunale ha parzialmente accolto il ricorso ex art. 44 T.U. Immigrazione avverso il bando 2020 per l’assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE rilevando quanto segue. “Innanzitutto va individuato correttamente l’oggetto della controversia: i ricorrenti ritengono discriminatorio il comportamento del Comune che, approvando un avviso pubblico per l’assegnazione degli alloggi predetti, ha preteso che tutti i componenti del nucleo familiare fossero cittadini italiani o UE, ovvero, se cittadini extra UE, titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, escludendo così i cittadini extra UE titolari di carta di soggiorno per motivi familiari. Tutte le altre e diverse questioni sollevate dalle parti esulano da questa problematica. Innanzitutto, è certo che la disposizione dell’avviso pubblico, così come sinteticamente riportata, va interpretata così come sostiene la parte ricorrente: la lettura della norma amministrativa speciale non può portare che al risultato che la ricorrente è esclusa dal novero dei beneficiari del bando perché suo marito, cittadino extra UE, non è titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo ma solo di carta di soggiorno per motivi familiari. Sussiste la giurisdizione del G.O., poiché viene denunciata una violazione del principio di non discriminazione, e

non ha rilevanza se essa sia stata perpetrata attraverso un atto amministrativo. Sussiste la discriminazione, poiché la disposizione limitativa riguarda solo i cittadini extra UE, e quindi in ragione della loro cittadinanza e del loro stato personale, e non una qualsiasi altra caratteristica (ad es., per seguire il ragionamento del Comune, il tipo di lavoro, che può riguardare in astratto qualsiasi cittadino, a prescindere dalla cittadinanza). La disposizione tende ad escludere alcuni cittadini extra UE, in ragione del titolo di soggiorno. Ma se ciò può essere legittimo se rapportato a determinate caratteristiche (ad esempio precarietà del permesso, che non consente una programmazione abitativa di lungo periodo), ciò non è comprensibile se rapportato ad un titolo di soggiorno come la carta di soggiorno per motivi familiari, che di per sé non ha scadenza (tranne la necessità di rinnovo, ovviamente), ed anzi ha riguardo proprio alla situazione familiare del richiedente, che è per sua natura permanente ed è una delle caratteristiche principali che determinano l'assegnazione di un alloggio. Ne consegue che va dichiarata discriminatoria la condotta del Comune, nei sensi indicati. Non è possibile la condanna al risarcimento dei danni per il periodo anteriore al ricorso, in quanto gli effetti degli atti amministrativi relativi al 2018 e al 2019 si sono ormai esauriti. Per il periodo 2020 non risulta che allo stato si siano verificati danni, tanto più che non è certo che la ricorrente avrebbe diritto al beneficio. L'esclusione della ricorrente dal concorso per gli alloggi sarebbe un atto illegittimo, e comporterebbe la possibilità per la ricorrente di ottenere in diversa sede l'attuazione della presente sentenza. Le spese devono essere poste a carico del Comune in virtù della soccombenza.”

L'ordinanza è stata congiuntamente impugnata dalle ricorrenti, che ne hanno chiesto la parziale riforma per i motivi che si vanno a riepilogare come sotto.

Si premette che (Cassazione Civile Ord. Sez. Un. n. 3057/2022): “Deve dunque riaffermarsi che la tutela antidiscriminatoria erogata dal giudice civile opera anche per le discriminazioni attuate nell'ambito di procedimenti amministrativi e con riguardo ad atti espressione di potestà pubblicistica (cfr. Cass. Sezioni Unite, 20 aprile 2016, n. 7951, che ha ritenuto esperibile dinanzi al giudice ordinario l'azione ex art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 per impugnare un bando discriminatorio per la selezione di volontari da impiegare in progetti di servizio civile nazionale). Di ciò si trae conferma dal riferimento che il citato art. 44 fa al comportamento discriminatorio “della pubblica amministrazione”, riconducibile agli atti definiti dal precedente art. 43, concedendo

all'autorità giudiziaria ordinaria di disporre la cessazione della condotta pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione.

Ancor più esplicito è il quinto comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011, il quale, ponendosi nel solco dell'interpretazione già accolta dalla richiamata giurisprudenza di questa Corte in relazione al previgente modello processuale, dispone che “con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti”.

L'applicazione di siffatto principio avrebbe reso possibile, quindi, adottare provvedimenti che il Tribunale non ha inteso emanare, essendosi limitato a dichiarare discriminatorio il comportamento del Comune di L'Aquila nella parte in cui aveva escluso dal bando relativo all'assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE per il 2020 coloro che avevano nel loro nucleo familiare un cittadino extra UE con carta di soggiorno per motivi familiari, ma privo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Ogni altra questione, invero, è stata disattesa col rilievo per cui “tutte le altre e diverse questioni sollevate dalle parti esulano da questa problematica”.

Ciò premesso, l'appello, per come proposto dalla sola (*omissis*) in primo luogo è volto a censurare la gravata ordinanza nella parte in cui il giudice si è limitato ad accertare e dichiarare discriminatorio il requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo in relazione al solo bando 2020, omettendo così di considerare che la medesima clausola era inserita nei bandi 2018 e 2019.

La censura (di cui alle conclusioni sub a) è fondata, volta che il comportamento discriminatorio del Comune dell'Aquila non è consistito solo nell'aver adottato la determina dirigenziale 362 del 4.2.2020 e il conseguente avviso pubblico 11.2.2020 del settore politiche per il benessere della persona, ma anche, ovviamente e per le stesse ragioni, la delibera di giunta n. 383 del 27.9.2018 e il conseguente bando, nonché la delibera di Giunta n. 298 del 15.7.2019 e il conseguente bando, per la semplice ragione che anche tali atti prevedevano come requisito per l'inserimento in graduatoria per l'assegnazione di alloggi la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità di un permesso unico lavoro ai sensi della direttiva 2011/98 o in subordine di un permesso di soggiorno di almeno 2 anni ex art. 40, comma 6 TU, anche nel caso di nuclei familiari con componenti

privi di detto permesso, come, incontestatamente, quello della (*omissis*) che ha finito per essere discriminata solo per essere coniugata con persona priva del permesso di lungo periodo in quanto suo marito, cittadino extra UE, non era titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo ma solo di carta di soggiorno per motivi familiari.

Quanto alla richiesta sub b), volta a censurare la pronuncia di primo grado laddove si è omesso di accertare e dichiarare il comportamento discriminatorio del Comune dell'Aquila consistente nel non aver ammesso, nello specifico, la (*omissis*) nelle graduatorie varate a seguito dei bandi di cui agli atti indicati al punto a), sub nn. 1 e 2, ovvero quelli del 2020 e del 2018 (non quello del 2019), si deve rilevare come lo stesso Comune ha ammesso che l'appellante, cittadina italiana, formulò istanze di partecipazione alle procedure di assegnazione degli alloggi indette per gli anni 2018 e 2019, precisando come in relazione a quella dell'anno 2018 venne esclusa a causa della mancata prova che il di lei coniuge, componente del nucleo familiare della (*omissis*) fosse in possesso del permesso di soggiorno di lungo termine; in relazione alla procedura svolta nell'anno 2019 l'esclusione della sig.ra (*omissis*) venne disposta in quanto la medesima aveva omesso di indicare in maniera precisa e completa il proprio nucleo familiare poiché non aveva indicato l'esistenza del coniuge; in relazione alla procedura indetta nell'anno 2020 la (*omissis*) non presentò affatto domanda di partecipazione.

Ciò comporta che la censura ha fondamento solo in quanto rivolta alla discriminatoria esclusione dal bando del 2018, al quale l'appellante intendeva partecipare e dal quale venne esclusa per le ragioni già espresse, illegittimamente perché essa ha dedotto e documentato, in ciò non seriamente resistita, di avere all'epoca sia tutti i requisiti per accedere al bando 2018, ovvero la residenza in L'Aquila da almeno 5 anni, la coincidenza del nucleo istante con quello anagrafico, la composizione del nucleo familiare da 1 a 6, un ISEE inferiore a 12.000 euro in quanto aveva un ISEE familiare di 7.267,00 euro, sia il diritto ad ottenere l'assegnazione dell'alloggio, perché, ove non esclusa per la carenza del titolo di soggiorno di lungo periodo in capo al marito avrebbe conseguito l'alloggio già nel 2018 perché già nel 2018 avrebbe avuto diritto a un punteggio di 27 punti e tutti i candidati con 27 punti avevano ottenuto l'alloggio .

(*omissis*)

*NOTA – ACCESSO AGLI ALLOGGI DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA:
“BANDO” ALLE DISCRIMINAZIONI*

Sommario: 1. Premessa – 2. Analisi della disciplina di riferimento – 3. Divieto di pratiche discriminatorie – 4. Accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica – 5. Conclusioni

1. Premessa

La vicenda vede protagonista una cittadina italiana coniugata con una persona extracomunitaria, che nell'anno 2020 partecipava all'avviso pubblico indetto dal Comune di L'Aquila per l'assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE, attuativo della determina dirigenziale n. 362 del 4/02/2020, presentando relativa domanda¹. La ricorrente è cittadina italiana, nata a L'Aquila e ivi residente da molti anni. È sposata con un cittadino marocchino, residente in Italia dal 2003 e nel comune di L'Aquila dal 2009, con regolare rapporto di lavoro. La coppia ha due figli minori e ha un indicatore ISEE al 2020 di euro 7.267,00. In data 25/03/2020, l'istante essendo, dunque, titolare dei requisiti di reddito e di residenza previsti dal bando, presentava domanda per il proprio nucleo familiare. Tale istanza di partecipazione non veniva accolta, come le precedenti, per insussistenza dei prescritti requisiti². Determina e bando, infatti, prevedevano per l'assegnazione, fra le altre condizioni, che tutti i componenti del nucleo familiare fossero cittadini italiani o UE, ovvero, se cittadini extra UE, titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo.

Il marito dell'istante, invero, quale coniuge di cittadina italiana, è titolare di altro e diverso permesso a tempo indeterminato, cioè di carta di soggiorno di

1. Gli appartamenti del Progetto CASE/MAP sono alloggi pubblici di edilizia residenziale a canoni agevolati destinati a nuclei familiari con redditi limitati ovvero in condizioni di fragilità sociale. Con determina dirigenziale del settore politiche per il benessere della persona n. 362 del 4/02/2020 il Comune di L'Aquila ha approvato l'avviso pubblico per l'assegnazione temporanea di moduli abitativi provvisori e di alloggi del progetto case in favore di nuclei familiari già costituiti in condizione di fragilità sociale, con reddito ISEE fino ad euro 12.000. L'assegnazione cui si riferisce il bando ha una durata di 3 anni prorogabili a 5. Il testo del bando, oltre a confermare il requisito ISEE di cui alla rubrica (valore euro 12.000), indica al primo capoverso del bando - per quello che qui rileva - i seguenti due requisiti (la numerazione è quella del bando): “3) cittadinanza italiana o di uno Stato UE, o di uno Stato extra UE, purché in presenza di permesso di soggiorno di lungo periodo, in riferimento a tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare; 4) residenza nel Comune di L'Aquila da almeno 5 anni”. Cfr. avviso pubblico 11/02/2020 in www.comune.laquila.it.

2. Analogo epilogo, in relazione agli anni 2018 e 2019, hanno avuto le relative istanze di partecipazione alle annesse procedure di assegnazione, in ragione dei parametri di accoglimento, oggetto delle delibere di Giunta n. 383 del 27/09/2018 e n. 298 del 15/07/2019 e dei conseguenti bandi.

familiare di cittadino dell'Unione ai sensi della direttiva 2004/38 e dell'art. 10 d.lg. n. 30/2007.

La posizione della ricorrente, quale cittadina italiana e, perciò, cittadina europea, non avrebbe dovuto essere sussunta nelle fattispecie regolamentative attinenti ai cittadini stranieri. Ciò trova conferma in quanto specificatamente sancito dagli artt. 1 e 2 del d.lg. n. 286/1998, c.d. Testo Unico sull'Immigrazione – T.U.I., per cui lo stesso si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri ovvero non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario³.

Conclusione diversa si sarebbe avuta laddove la domanda fosse stata presentata anche dal coniuge cittadino extracomunitario.

Con riferimento a tale bando l'istante, al solo fine di superare l'ostacolo indicato dal Comune, chiedeva che venisse considerata unicamente la sua posizione di cittadina italiana e, dunque, come nucleo monoparentale, documentando comunque, mediante la produzione di attestazione ISEE, l'esistenza di un nucleo più ampio. Non otteneva alcuna risposta, avendo solo potuto constatare che il suo nome non risultava in graduatoria.

La reiterata esclusione dal suindicato beneficio per carenza del titolo di soggiorno richiesto obbligava i coniugi ad esercitare azione ex art. 44 T.U.I. nei confronti del Comune di L'Aquila prospettando l'integrazione di una discriminazione sia individuale, consistente nella negazione del diritto del nucleo familiare a causa della nazionalità e del titolo di soggiorno del marito (permesso di soggiorno per motivi familiari, e non permesso di soggiorno di lungo periodo) sia collettiva, consistente nella estromissione di tutti gli stranieri privi del permesso di soggiorno di lungo periodo.

Il Comune di L'Aquila si difendeva in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda e negando la discriminazione.

Il Tribunale, con ordinanza depositata il 14/08/2020, accoglieva parzial-

3. Sul presupposto che il diritto all'ingresso e al soggiorno per ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario con il cittadino italiano sia regolato esclusivamente dalla disciplina di derivazione comunitaria sulla libera circolazione di cui al d.lg. n. 30/2007, si veda Cass., 1° marzo 2010 n. 4868, Cass., 27 luglio 2010 n. 17346 e Cass., 17 dicembre 2010 n. 25661. Inoltre, il citato decreto, nel titolo IV, dedicato ai diritti attinenti al mantenimento e alla ricomposizione dell'unità familiare, all'art. 28, comma 2 sancisce espressamente che "Ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione". In ragione dell'avvenuta abrogazione della summenzionata normativa ad opera del d.lg. n. 30/2007, in merito, per logica successione trova applicazione la disciplina sopravvenuta.

mente il ricorso ex art. 44 T.U.I. avverso il bando 2020 per l'assegnazione degli alloggi MAP e Progetto CASE ritenendo discriminatorio il comportamento del Comune di L'Aquila, nella parte in cui aveva escluso coloro che avevano nel loro nucleo familiare un cittadino extra UE con carta di soggiorno per motivi familiari ovvero privo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo⁴ e rigettato tutte le altre domande connesse e correlate.

L'ordinanza veniva congiuntamente impugnata.

La Corte di L'Aquila accoglieva l'appello principale con le motivazioni innanzi pubblicate, in particolare precisando che il comportamento discriminatorio del Comune dell'Aquila è consistito nell'aver adottato delle delibere che prevedevano come requisito per l'inserimento in graduatoria per l'assegnazione di alloggi la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità di un permesso unico lavoro ai sensi della direttiva 2011/98 o in subordine di un permesso di soggiorno di almeno 2 anni ex art. 40, comma 6 TU, anche nel caso di nuclei familiari con componenti privi di detto permesso, come, incontestatamente, quello della ricorrente che ha finito per essere discriminata solo per essere coniugata con persona priva del permesso di lungo periodo in quanto suo marito, cittadino extra UE, era titolare solo di carta di soggiorno per motivi familiari.

L'accesso al welfare da parte dei cittadini di Paesi terzi è oramai da tempo oggetto di un forte contenzioso giurisdizionale che, attraverso lo strumento del diritto antidiscriminatorio, sta progressivamente erodendo i limiti posti sia dalla legislazione nazionale, che da quella regionale⁵. Ciò ha consentito alla Corte costituzionale di inaugurare una nuova fase giurisprudenziale, diversa da quella correlata alla tutela dei diritti del "nucleo essenziale"⁶: il

4. Per il Tribunale di L'Aquila, R.G. n. 655/2020, ordinanza depositata in data 14 agosto 2020.

5. Una semplice ricerca relativa alle prestazioni sociali o ai bandi ERP condotta sui siti degli enti territoriali ha rilevato forme di discriminazione potenziale che, anche attraverso una negoziazione politica, possono essere depotenziate/neutralizzate evitando che producano effetti a livello individuale. Tra il 1° marzo 2022 e il 31 gennaio 2023 ASGI ha ricevuto 363 segnalazioni e richieste di informazioni relative a situazioni di discriminazione. Queste riguardavano donne per il 54,4% (198) e uomini per il 43,1% (157). Cfr. Progetto di studio "Ionondiscrimino" cofinanziato dal Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione FAMI 2014-2020. Contrastare le prassi discriminatorie con l'antidiscriminazione. Manuale delle buone pratiche reperibile sul sito www.asgi.it.

6. Corte cost. n. 44/2020, in materia sociale, esiste un "nucleo forte" di diritti sociali che devono essere riconosciuti a tutti i consociati senza distinzione alcuna, in quanto espressione di bisogni altrettanto essenziali che in una società evoluta e solidale devono essere soddisfatti. Tutte le prestazioni connesse ad uno stato di invalidità debbono, pertanto, essere riconosciute a tutti gli stranieri titolari di permesso di soggiorno di almeno un anno, o comunque titolari di un permesso previsto dall'art. 41 T.U.I.

nuovo filone è indirizzato allo sviluppo della “prevalenza del bisogno”, nel senso che è incostituzionale introdurre nelle leggi regionali e nelle fonti normative secondarie requisiti limitativi del tutto estranei alla valutazione del bisogno. Il parametro alieno dalla considerazione dello stato di necessità – e in particolare il criterio selettivo del radicamento territoriale laddove non risponda ad un principio di ragionevolezza⁷ – non può mai impedire o limitare l’accesso a una prestazione sociale.

A lungo siffatto accesso è stato limitato ai soli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo⁸. Tuttavia, negli ultimi anni, all’esito di un prolungato e proficuo percorso evolutivo, ad opera anche dello stesso legislatore, sono stati faticosamente⁹ ricompresi tra i potenziali beneficiari anche i familiari stranieri di cittadini UE nonché i titolari di permesso unico di lavoro¹⁰.

La vicenda umana che ha condotto alla sentenza oggetto della presente disamina ne rappresenta un chiaro esempio. Ad una cittadina italiana è stato negato l’accesso ad una prestazione sociale id est assegnazione di un pubbli-

7. Corte cost. nn. 40/2011 e 02/2013 per le quali “È possibile subordinare, non irragionevolmente, l’erogazione di determinate prestazioni sociali, non dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza, alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero alla permanenza ne dimostri il carattere non episodico”.

8. IDOS, Dossier Statistico Immigrazione 2022, p. 103. Questa impostazione comportava che una consistente quota della popolazione straniera regolarmente soggiornante - significativamente ridottasi dal 70% al 34% nel periodo d’indagine e, quindi, stimabile in circa 1.219.000 persone - era esclusa dall’accesso al welfare, salvo che per l’assegnazione degli alloggi pubblici i cui criteri erano e sono rimasti leggermente più ampi (art. 40, comma 6 T.U.I.).

9. In alcuni comuni, le amministrazioni locali pongono limiti ancora più stringenti per l’accesso al sistema di welfare locale in danno degli stranieri cittadini di Paesi terzi.

10. Per i titolari di un permesso per familiari di cittadini UE si applica l’art. 24 della direttiva 2004/38, il quale stabilisce che “Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell’Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente”. Si tratta di una clausola di non discriminazione con efficacia diretta nell’ambito dei vari ordinamenti nazionali. Per i titolari di permesso unico di lavoro opera un principio di parità di trattamento in forza dell’art. 12 della direttiva n. 2011/98 il quale prevede che “i lavoratori di cui paragrafo 1, lettere b) c) cioè i cittadini dei Paesi terzi che sono stati ammessi in uno stato membro a fini diversi dall’attività lavorativa ... ai quali è consentito di lavorare e i cittadini dei Paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: ... e) i settori della sicurezza sociale come definiti dal regolamento CE 883/2004”. Dal marzo 2022 con la riforma dell’art. 41 T.U.I. l’esclusione dei titolari di permesso unico di lavoro è stata definitivamente neutralizzata.

co alloggio, a causa della nazionalità extracomunitaria di uno dei componenti il proprio nucleo familiare e della carenza del titolo di soggiorno richiesto (titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui all'articolo 29, comma 1, d.lg. n. 286/1998, c.d. T.U.I.) rispetto a quello di fatto posseduto dal coniuge ed in forza del quale lo stesso soggiornava sul territorio nazionale (carta di soggiorno per motivi familiari ex art. 10 d.lg. n. 30/2007).

Il principio per cui l'ingresso ai diritti sociali si sviluppi secondo una politica economica finalizzata a ridurre al minimo i costi dell'assistenza ha negli anni imperniato l'intera legislazione sociale italiana, caratterizzata da progressiva chiusura proprio a scapito degli stranieri. Infatti, vi è il fondato rischio di una mancata attuazione dei diritti sociali da parte dei migranti, a causa dell'acutizzazione del deficit economico-finanziario dei singoli sistemi nazionali di sicurezza sociale, quale effetto collaterale del fallimento delle politiche di welfare degli Stati nazionali dell'Europa. Tale negativa tendenza è significativamente contrastata dalla legislazione e dalla giurisprudenza antidiscriminatoria sia europea che nazionale, tesa all'affermazione di un principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, indipendentemente dalla nazionalità del richiedente.

La fattispecie in discorso esige una breve disamina dei titoli abilitanti all'ingresso e al soggiorno dei cittadini extracomunitari sul territorio italiano, per prendere effettiva cognizione della abnorme condotta discriminatoria attuata dall'ente locale.

2. Analisi della disciplina di riferimento

Il riconoscimento del diritto delle persone di circolare tra gli Stati membri e di soggiornarvi ha costituito, fin dalla nascita delle comunità europee, uno degli scopi prioritari del processo di integrazione. Il trattato CEE, già nel 1957, enunciava la libertà di circolazione delle persone come una delle quattro libertà istitutive del mercato comune. Obiettivo quest'ultimo raggiunto solo in seguito ad un lungo e travagliato iter normativo e giurisprudenziale. Il diritto alla libera circolazione delle persone sconta, tuttora, l'anima mercantilistica sotto la quale ha ricevuto la sua prima affermazione. Essa, infatti, era prerogativa esclusiva dei lavoratori che si muovevano all'interno dei territori degli Stati membri per rendere la propria prestazione lavorativa sia essa autonoma o subordinata. La libertà era, dunque, essenzialmente orientata ad incoraggiare la redistribuzione territoriale dei fattori di produzione e, tra questi della manodopera, offrendo ai lavoratori più efficienti e qualificati

l'opportunità di trovare altrove migliori condizioni di lavoro e di conseguire un possibile innalzamento del proprio tenore di vita.

Soltanto più tardi la libertà di circolazione è stata estesa ad ulteriori categorie di persone¹¹.

Con il perfezionamento del percorso integrativo comunitario e grazie sia agli accordi di Schengen del 1985, con i quali Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi hanno deciso di eliminare gradualmente i controlli alle frontiere interne e di introdurre la libertà di circolazione per tutti i cittadini dei Paesi firmatari, di altri Paesi dell'UE e di alcuni Paesi terzi, sia al trattato di Maastricht del 1992, che ha istituito la cittadinanza europea¹², l'attenzione è stata spostata sul cittadino in quanto tale, di guisa che il concetto di libera circolazione dei lavoratori ha assunto un valore ampio, includendo il più generale diritto per i cittadini europei di soggiorno e di circolazione in tutto il territorio dell'Unione¹³.

Questo risultato ha prodotto due effetti molto significativi, segnatamente la proclamazione della libera circolazione nella Carta dei diritti fondamentali, quale diritto dell'individuo ed il suo inserimento nella piattaforma comune di diritti ed obblighi che vincolano l'insieme dei Paesi dell'UE, in quanto membri (c.d. acquis comunitario).

Ai sensi dell'art. 21 TFUE, ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte

11. La Corte di Giustizia attraverso un'interpretazione estensiva del Trattato CE aveva ritenuto che le disposizioni che consentono al cittadino di uno Stato membro di prestare occasionalmente un'attività di lavoro autonomo in un altro Stato membro (libertà di prestazione di servizi) si applicassero anche a coloro che si spostavano per ricevere una formazione professionale o fruire di un servizio. Sono stati perciò inclusi tra i beneficiari delle norme coloro che si spostano per motivi di turismo.

12. L'art. 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sancisce che è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro alla quale si aggiunge quella europea senza alcun effetto sostitutivo. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi. I diritti che discendono dal possesso della cittadinanza dell'Unione sono previsti dagli artt. 19-24 TFUE.

13. MEZZANOTTE, *Diritto pubblico dell'economia 2.0*, Amon, 2021.

salve le limitazioni e le condizioni previste dal Trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso.

Si tratta del principale beneficio che discende dal possesso della cittadinanza europea.

La disposizione in oggetto, architrave dell'intero sistema della libera circolazione e del soggiorno dei cittadini comunitari, conferisce ad ogni cives il diritto di entrare, uscire nonché di soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri. Essa in quanto norma di riferimento di più elevato rango mette in evidenza due caratteristiche essenziali di tale diritto:

- 1) il diritto alla libera circolazione e al soggiorno trova la propria fonte diretta nell'ordinamento comunitario. Gli Stati membri non possono modificarne o restringerne il contenuto perché la sua regolamentazione si trova nel Trattato che istituisce l'Unione europea e nelle "disposizioni adottate in applicazione dello stesso"¹⁴;*
- 2) il diritto alla libera circolazione e al soggiorno è soggetto a condizioni e a limiti posti dallo stesso diritto comunitario. Le libertà in esso indicate possono essere oggetto di limitazioni da parte di ogni Stato per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (artt. 45 e 52 TFUE)¹⁵.*

La libera circolazione delle persone è stata sancita in diversi regolamenti e direttive; il regolamento istitutivo n. 1612/68 e la direttiva complementare n. 68/360/CEE del Consiglio, concernente la soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno, sono state nel tempo oggetto di varie revisioni.

Le disposizioni attuali di maggior peso sono la direttiva n. 2004/38/CE sul diritto di circolare e di soggiornare, il regolamento n. 492/2011/UE sulla libera circolazione dei lavoratori e il regolamento che costituisce l'autorità europea del lavoro.

Il principale atto normativo in materia di libertà di circolazione e di sog-

14. 17 settembre 2002, Baubast, causa-413/99, Raccolta I-7091. La Corte ha affermato che il diritto di soggiorno enunciato dall'art. 21 TFUE è "riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato"; esso può essere invocato direttamente dai cittadini dell'Unione dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Spetta al giudice nazionale valutare se il cittadino europeo possa avvalersi oltre che dell'art. 21, di altre disposizioni del Trattato relative a particolari categorie di persone.

15. Come ha indicato la Corte, "il diritto dei cittadini di uno Stato membro di circolare e di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro non è incondizionato", ma si devono considerare le limitazioni e le condizioni previste dal Trattato e dalle disposizioni adottate per la sua attuazione (...). V. Tribunale dell'Unione europea, 16 aprile 1997, Kuchlenz-Winter, causa T-66/95, Raccolta II-637.

giorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari nel territorio degli Stati membri è la direttiva 2004/38/CE, recepita con d.lg. n. 30/2007, la quale ha raccolto in un unico corpus normativo, la moltitudine di fonti (due regolamenti e nove direttive¹⁶) e di principi formulati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁷.

La ratio di tale direttiva va individuata, anche, nei seguenti principi:

- il diritto di ciascun cittadino dell'unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza¹⁸ (v. considerando n. 5, direttiva 2004/38/CE).*

La direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'unione che si rechi o soggiorni in uno stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo (v. art. 3, c. 1, direttiva 2004/38/CE); analoga disposizione è stata prevista dal legislatore italiano in sede di recepimento della normativa europea (v. art. 3, comma 1, d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30).

L'art. 23 del d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30, stabilisce, invece, che le disposizioni in commento si applicano ai familiari stranieri di cittadini italiani soltanto se più favorevoli.

Restano esclusi dall'operativa del relativo regime di favore i cittadini dei Paesi terzi, nei confronti dei quali l'Unione Europea ha sviluppato una "politica comune dell'immigrazione" (art. 79, par. 1, TFUE).

La semplificazione ha favorito l'esercizio dei citati diritti non solo per i cittadini, ma anche per le amministrazioni nazionali. Inoltre, la direttiva ha agevolato le formalità per l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari.

Il diritto di circolazione implica innanzitutto la facoltà, per il cittadino e per

16. Il d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo la direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ha modificato il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed ha abrogato le Dir. 64/221/CEE, Dir. 68/360/CEE, Dir. 72/194/CEE, Dir. 73/148/CEE, Dir. 75/34/CEE, Dir. 75/35/CEE, Dir. 90/364/CEE, Dir. 90/365/CEE e Dir. 93/96/CEE.

17. 23 febbraio 2010, Ibrahim, causa C-310/08, Raccolta, 2010, I, 1065, par. 49.

18. La normativa derivata ha esteso alcuni benefici discendenti dal possesso della cittadinanza dell'Unione anche ai familiari (cittadini extracomunitari o apolidi) che accompagnino o raggiungano in un altro paese membro un cittadino dell'Unione. In particolare, i familiari non comunitari dei *cives* godono del diritto alla libera circolazione, al soggiorno, allo stabilimento e alla parità di trattamento secondo le modalità indicate nella Direttiva 2004/38/CE.

*i suoi familiari di entrare in uno degli Stati membri e di uscirvi liberamente*¹⁹.

*In caso di familiari privi della cittadinanza UE, occorre il visto d'ingresso*²⁰, oppure il permesso di soggiorno previsto dalla direttiva stessa.

Il permesso di soggiorno è un atto amministrativo che autorizza i cittadini di Paesi terzi rispetto a quelli dell'Unione Europea a soggiornare legittimamente in Italia. A seguito del rilascio la permanenza sul territorio dello Stato è consentita per la durata indicata nel permesso e per svolgervi le attività inerenti al motivo per cui è stato rilasciato o le altre consentite dalla legge.

La disciplina del permesso di soggiorno è contenuta nel d.lg. n. 286/1998 (c.d. T.U.I.), così come recentemente modificato dal decreto n. 113/2018 e, nel D.P.R. n. 394 del 31 agosto 1999 (Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e successive modificazioni.

*Devono farne richiesta i cittadini di Paesi extra UE, entrati in Italia con un visto di lunga durata (c.d. visto nazionale, per periodi superiori a 90 giorni)*²¹,

19. Sentenza Bosman adottata il 15/12/1995 nella causa c-415/93. La Corte ha affermato che le disposizioni che impediscono ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione o che lo dissuadono dal farlo costituiscono ostacoli frapposti alla libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati.

20. L'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri è fissato dal regolamento dell'Unione n. 539/2001. Sulle tipologie dei visti d'ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento si rinvia al D.M. 11 maggio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 1° dicembre 2011, n. 280. La previsione di un visto per un familiare di un cittadino dell'Unione (si tratta di un visto di ingresso per motivi familiari come si prevede al punto n. 10 dell'allegato al decreto del Ministero degli Affari esteri 11 maggio 2011) potrebbe apparire in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE che ha più volte statuito la non necessità del visto per l'ingresso in Europa del familiare extracomunitario del cittadino dell'Unione. La previsione risulta comprensibile – e interpretabile in armonia con la giurisprudenza dell'Unione – se si considera che, al pari della carta di soggiorno UE per familiari di cittadini dell'Unione, il visto non costituisce il diritto all'ingresso, ma né dà una prova più semplice e sicura, evitando al cittadino del Paese terzo che lo possiede la necessità di provare la propria condizione di familiare ai valichi di frontiera.

21. Si riporta di seguito un estratto del testo dell'allegato al D.M. 11 maggio 2011 il cui punto 10 è specificatamente dedicato alla disciplina per il rilascio del visto per "motivi familiari" (V.N.) Il visto per motivi familiari, ai sensi di quanto disposto dagli articoli 28 e 29 del T.U.I. n. 286/1998 e ss.mm.ii., consente l'ingresso in Italia, ai fini di un soggiorno di lunga durata, al cittadino straniero nei confronti del quale il congiunto residente in Italia intenda esercitare il proprio diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare.

I. Se familiare di cittadino di un Paese dell'Unione Europea o di un Paese aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo residente in Italia, ovvero di un cittadino italiano, il visto in favore del cittadino straniero è rilasciato alle condizioni previste dal d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30, artt. 2, 5 e 7. Il visto per motivi familiari sarà anche rilasciato, in presenza di un provvedimento definitivo adottato dall'Autorità giudiziaria italiana competente, nel caso di adozione - da parte

mentre chi entra nel nostro Paese per soggiorni brevi, inferiori a 90 giorni non ne ha bisogno.

L'ingresso è in qualunque modo subordinato al rispetto degli adempimenti e delle formalità prescritti con il regolamento di attuazione.

Competente al rilascio del permesso di soggiorno è la questura della provincia in cui si trova lo straniero o dove intende soggiornare.

Il procedimento è ad istanza di parte e la richiesta normalmente è presentata, entro il termine previsto dal Testo Unico, presso l'Ufficio Immigrazione della predetta questura²².

In caso di ricongiungimento familiare o di ingresso per lavoro subordinato, ai sensi dell'articolo 36, comma 1 del Regolamento di attuazione al T.U.I., la richiesta è presentata presso lo Sportello unico per l'immigrazione, istituito presso la Prefettura-Ufficio territoriale del Governo competente per il luogo di dimora del richiedente.

di cittadini italiani - di un cittadino straniero maggiorenne;

II. Il cittadino straniero, di Paesi comunque diversi da quelli indicati al precedente punto I, regolarmente soggiornante in Italia, titolare di carta di soggiorno, di permesso di soggiorno, ovvero di visto d'ingresso di durata non inferiore ad un anno, rilasciati per lavoro subordinato o autonomo, per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari può richiedere il rilascio del visto per motivi familiari in favore delle categorie di familiari di cui al comma 1, 2 e 6 dell'art. 29 del T.U.I. n. 286/98 e ss.mm.ii.

I requisiti e le condizioni per l'ottenimento del visto sono stabiliti dall'art. 29, comma 3, 5, 6, 7 e 8 e 29-bis del T.U.I. n. 286/1998 e ss.mm.ii. e, dall'art. 6 del d.P.R. n. 394/1999, e ss.mm.ii. Per l'ottenimento del visto d'ingresso il cittadino straniero deve risultare in possesso di nullaosta per "familiare al seguito" o "ricongiungimento familiare", rilasciato dallo Sportello Unico per l'Immigrazione presso la Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo, e da questo trasmesso per via telematica direttamente agli Uffici Consolari. Il nulla osta deve essere utilizzato, ai fini del rilascio del visto per motivi familiari, entro sei mesi dalla data di emissione. Nel caso in cui il possesso dei requisiti e delle condizioni previste non possano essere documentati in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di un'autorità riconosciuta o comunque quando sussistano fondati dubbi sull'autenticità della predetta documentazione, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi di quanto disposto dall'art. 49 del d.P.R. n. 200/67, sulla base dell'esame del DNA e delle verifiche e controlli ritenuti necessari, disposti ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2-bis del d.P.R. n. 394/1999 e ss.mm.ii. Resta onere del richiedente il visto comprovante l'assenza di altri figli nel Paese di origine o di provenienza per i genitori a carico di cui all'articolo 29, comma 1, lettera c) del T.U.I. n. 286/1998 e ss.mm.ii.

22. Art. 5, T.U.I. n. 286/1998 e ss.mm.ii. Qualora l'istanza sia presentata direttamente in Questura l'ufficio, dopo aver eseguito i rilievi foto-dattiloscopici, consegnerà al richiedente una copia della richiesta con apposto un timbro recante la data di deposito e l'indicazione del giorno in cui potrà ritirare il permesso di soggiorno definitivo. Fino ad allora la ricevuta di presentazione della richiesta è documento idoneo ad attestare la regolare permanenza dello straniero in Italia.

In alcuni casi, in virtù della convenzione stipulata tra il Ministero dell'Interno e Poste Italiane S.p.a. (ai sensi dell'art. 39, comma 4 bis della Legge n. 3/2003), le istanze sono presentate per il tramite di Uffici Postali abilitati²³.

A norma dell'art. 11, primo comma del Regolamento attuativo al T.U.I., il rilascio del permesso di soggiorno avviene (quando ne ricorrono i presupposti) per i motivi e per la durata indicati nel visto d'ingresso o dallo stesso T.U.I.

Tale durata non può tuttavia essere:

- *superiore a 3 mesi se rilasciato per visite, affari e turismo;*
- *inferiore al periodo di frequenza, anche pluriennale, di un corso di studio di istituzioni scolastiche, istituti tecnici superiori, universitari e di alta formazione artistica, musicale o coreutica, fatta salva la verifica annuale di profitto e con la possibilità di prolungarlo di altri dodici mesi una volta compiuto il percorso formativo;*
- *superiore alle necessità specificamente documentate negli altri casi previsti dal Testo Unico dell'Immigrazione e dal relativo Regolamento di attuazione;*
- *superiore a nove mesi in relazione ad uno o più contratti di lavoro stagionale;*
- *superiore ad un anno in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato;*
- *superiore due anni in relazione ad un contratto di lavoro autonomo, di lavoro subordinato a tempo indeterminato e per ricongiungimento familiare;*
- *superiore alle necessità specificamente documentate, negli altri casi consentiti dal presente testo unico o dal regolamento di attuazione.*

Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione.

L'art. 9 del d.lg. n. 286/1998 prevede che lo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e,

23. Se l'istanza è presentata presso gli Uffici Postali abilitati il richiedente dovrà servirsi dell'apposito kit giallo (reperibile gratuitamente presso un qualsiasi ufficio postale), compilando i moduli presenti all'interno secondo le istruzioni allegate. In caso di difficoltà a reperire il kit è possibile compilare la domanda di rilascio o di rinnovo gratuitamente anche presso i Patronati e i Comuni in cui il servizio è presente. Contestualmente alla presentazione dell'istanza presso l'Ufficio Postale, l'operatore di Poste consegnerà al richiedente una lettera raccomandata di convocazione contenente la data, l'ora e l'indicazione dell'Ufficio Immigrazione della Questura competente dove dovrà recarsi per effettuare i rilievi foto-dattiloscopici (impronte digitali).

nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'articolo 29, comma 3, lettera b) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio, può chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per i familiari di cui all'articolo 29, comma 1.

Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è rilasciato entro 90 giorni dalla richiesta, previo superamento di un test di conoscenza della lingua italiana, ed è valido per dieci anni e automaticamente rinnovato alla scadenza. Esso non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Il titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo può:

- a) fare ingresso nel territorio nazionale in esenzione di visto e circolare liberamente sul territorio nazionale salvo quanto previsto dall'articolo 6, comma 6;*
- b) svolgere nel territorio dello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero. Per lo svolgimento di attività di lavoro subordinato non è richiesta la stipula del contratto di soggiorno;*
- c) usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale;*
- d) partecipare alla vita pubblica locale, con le forme e nei limiti previsti dalla vigente normativa.*

Il diritto di soggiorno come disciplinato dal d.lg. n. 30/2007 non è unico, ma si declina diversamente a seconda delle situazioni e del tipo di soggiorno.

I cittadini dell'Unione europea ed i loro familiari²⁴ hanno il diritto di soggiornare

24. Per familiare si intende: - coniuge; in merito v. Tribunale Reggio Emilia, causa R.G. n. 1401/2011, ordinanza 13 febbraio 2012, riconosce lo status di coniuge anche a persona dello stesso sesso, anche cittadino extracomunitario, che abbia contratto in un Paese dell'Unione un matrimonio legalmente riconosciuto come tale in quello Stato ai sensi dell'art. 2, lett. B), n. 2 d.lg. n. 30/2007; - partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla

nel territorio nazionale; nello specifico, è possibile distinguere tra:

- 1. il diritto di soggiorno fino a 3 mesi;*
- 2. il diritto di soggiorno superiore a 3 mesi ed inferiore a 5 anni.*

Il diritto di soggiorno fino a 3 mesi si applica ai cittadini dell'Unione, senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di un documento d'identità valido per l'espatrio²⁵ ed ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnano o raggiungono il cittadino dell'Unione, in possesso di un passaporto in corso di validità.

Il familiare extracomunitario del cittadino dell'Unione per entrare e soggiornare in uno Stato membro è esentato dall'obbligo di munirsi del visto²⁶ nel caso in cui sia titolare di una carta di soggiorno come familiare di cittadino dell'Unione rilasciata da un qualsiasi Paese membro, art. 5, comma 2, d.lgs. n. 30/2007, e non può essere respinto alla frontiera soltanto per mancanza del necessario visto di ingresso perché il suo diritto all'ingresso discende, infatti, dal vincolo familiare, non dal visto di ingresso²⁷.

Il d.l. n. 89/2011 ha, infatti, opportunamente soppresso il riferimento all'obbligo di un visto d'ingresso, che era previsto nell'art. 9, comma 5, e nell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 30/2007.

La modifica della normativa interna si è resa necessaria per rendere il testo di legge conforme al diritto dell'Unione²⁸.

pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; - discendenti diretti (figli e nipoti), del cittadino dell'Unione Europea o del coniuge, di età inferiore a 21 anni o a carico; - ascendenti diretti (genitori e nonni) del cittadino dell'Unione Europea o del coniuge, se a carico.

Riguardo alla definizione di familiare a carico la Corte ha precisato che *“la situazione di dipendenza deve sussistere nel paese di provenienza del familiare interessato, quanto meno nel momento in cui egli chiede di raggiungere il cittadino dell'Unione di cui è carico”*. Gli Stati membri possono enunciare dei requisiti riguardo la condizione di dipendenza ma non possono privare la disposizione del suo effetto utile. Settembre 2012, Rahaman, causa C-83/11; 8 novembre 2012 Lida causa 40/11. Inoltre, l'art. 3 del d.lg. n. 30/2007 prevede che lo Stato, conformemente alla legislazione nazionale, agevoli l'ingresso ed il soggiorno del familiare del cittadino dell'Unione Europea non compreso fra quelli suindicati, a carico o convivente nel Paese di provenienza, o assistito personalmente dal medesimo cittadino per gravi motivi di salute, nonché del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale dallo Stato del cittadino dell'Unione.

25. Art. 6, comma 1, del d.lg. n. 30/2007.

26. Il d.lg. n. 30/2007 prevede che chi non è cittadino dell'Unione potrebbe avere bisogno di un visto, a seconda della sua nazionalità, art. 5, comma 2, d.lg. n. 30/2007. L'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri è fissato dal regolamento dell'Unione n. 539/2001.

27. Corte di Giustizia, sentenza 14 aprile 2005, causa C-157/2003; Tribunale di Palermo, sezione specializzata Immigrazione, ordinanza del 17 settembre 2019, n. 6635

28. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 2008, Metock e al., causa C-127/08. Il cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato mem-

Il diritto di soggiorno (con riferimento alla sua durata) del familiare dipende da quello primario attribuito al cittadino di uno Stato membro. Si ha così il riconoscimento di un diritto che, pur non essendo enunciato espressamente dal Trattato, ha natura funzionale rispetto all'esercizio della libertà di circolazione delle persone.

Ne consegue che tale diritto è attribuito alle stesse condizioni sia ai cittadini europei, che ai loro familiari. A ben vedere, la disciplina in esame contiene una lacuna, ossia non individua il dies a quo del termine dei 3 mesi del permesso di soggiorno. Una possibile chiave di lettura è offerta dall'art. 5, comma 5 bis, del d.lg. n. 30/2007²⁹, il quale, prevedendo la c.d. dichiarazione facoltativa di presenza, prescrive che il cittadino europeo o il suo familiare può presentarsi ad un ufficio di polizia per dichiarare la propria presenza nel territorio nazionale; in difetto di tale dichiarazione si presume che il soggiorno si sia protratto da oltre 3 mesi, salvo prova contraria a carico dell'interessato. Rebus sic stantibus la data del permesso fino a 3 mesi decorre dal momento in cui l'interessato si presenti all'ufficio preposto.

Peraltro in base all'art. 14 d.lg. n. 30/2007, i cittadini dell'Unione o i loro familiari cessano di beneficiare del diritto al soggiorno anche nei primi 3 mesi qualora: a) costituiscano un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica (in tale ipotesi possono essere allontanati dal territorio dello Stato con uno dei provvedimenti di allontanamento disposto ai sensi dell'art. 20 d.lg. n. 30/2007); b) diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale, salvo che svolgano una regolare attività di lavoro subordinato o autonomo o siano entrati in Italia per cercare un posto di lavoro.

Il diritto di soggiorno superiore a 3 mesi ed inferiore a 5 anni è, invece, regolato dall'art. 7 del d.lg. n. 30/2007, il quale stabilisce che il cittadino dell'Unione ha diritto di soggiornare nel territorio nazionale per un periodo superiore a 3 mesi quando:

- 1. è lavoratore subordinato o autonomo nello Stato;*
- 2. dispone per sé stesso e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, per non gravare sul welfare dello Stato ospitante durante il*

bro di cui non ha la cittadinanza, il quale accompagni o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, ha diritto all'applicazione del regime previsto dalla direttiva 2004/38 sulla libera circolazione e il soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante. Sul punto, cfr. anche Corte d'appello di Roma, decreto 17 maggio 2011; Corte d'appello di Venezia, decreto 23 marzo 2009; Tribunale di Reggio Emilia, 12 luglio 2007; Tribunale di Reggio Emilia, 27 dicembre 2008; Tribunale di Vicenza, decreto 7 ottobre 2010.

29. Il comma 5 bis, dell'art. 5 del d.lg. n. 30/2007 è stato inserito dall'art. 1 del d.lg. n. 32/2008, c.d. decreto correttivo.

periodo di soggiorno, e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che copra tutti i rischi nel territorio nazionale;

3. *è iscritto presso un istituto pubblico o privato riconosciuto per seguirvi come attività principale un corso di studi o di formazione professionale e dispone, per sé stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, per non gravare sul welfare dello Stato ospitante durante il periodo di soggiorno, da attestare attraverso una dichiarazione o con altra idonea documentazione, e di un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo a copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale.*

In difetto di dette condizioni, il cittadino beneficia comunque del diritto di soggiorno allorché disponga di un'assicurazione sanitaria e di risorse economiche sufficienti.

Tale diritto è riconosciuto al familiare, anche se cittadino di Paese non aderente all'Unione Europea, che accompagni o raggiunga un cittadino dell'Unione che ha diritto di soggiornare.

Il cittadino europeo e il di lui familiare, privo di un autonomo diritto, ma che intende soggiornare in Italia per un periodo superiore a 3 mesi, qualora sussistano le condizioni sopra descritte, deve richiedere l'iscrizione anagrafica presso il comune di residenza, presentando determinati documenti.

In particolare, per ottenere l'iscrizione all'anagrafe deve comprovare:

1. *l'attività lavorativa, subordinata o autonoma, esercitata;*
2. *la disponibilità di risorse economiche sufficienti per sé e per i propri familiari, secondo i criteri di cui all'art. 29, comma 3, lett. b) del d.lg. n. 286/1998³⁰, nonché la titolarità di una assicurazione sanitaria ovvero di altro titolo comunque denominato idoneo a coprire tutti i rischi nel territorio nazionale;*
3. *l'iscrizione presso un istituto pubblico o privato riconosciuto dalla vigente normativa in cui segua un corso di studi o di formazione professionale e la titolarità di un'assicurazione sanitaria ovvero di altro*

30. Il criterio reddituale da prendere in considerazione, ai sensi dell'art. 29, comma 3, lett. b) del d.lg. n. 286/1998 è il reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere. Ai fini della verifica della sussistenza del requisito economico necessario a garantire il soggiorno è valutata la situazione complessiva personale dell'interessato ex art. 9, comma 3bis, del d.lg. n. 30/2007. Occorre, infine, ricordare che la dimostrazione relativa alla disponibilità, per sé e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti a non gravare sul sistema di assistenza pubblica, può essere fornita anche attraverso la dichiarazione sostitutiva di certificazione o dall'atto notarile, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

titolo comunque denominato idoneo a coprire tutti i rischi, nonché la disponibilità di risorse economiche sufficienti - secondo i criteri di cui al precedente punto - per sé e per i propri familiari.

Con l'iscrizione all'anagrafe è rilasciata immediatamente al cittadino dell'Unione una attestazione contenente l'indicazione del nome e della dimora del richiedente, nonché la data della richiesta.

I familiari del cittadino europeo che non hanno un autonomo diritto di soggiorno devono presentare, in conformità alle disposizioni del d.P.R. n. 445/2000, anche:

- *documento di identità o il passaporto in corso di validità;*
- *documento rilasciato dall'autorità competente del Paese di origine o provenienza che attesti la qualità di familiare e, qualora richiesto, di familiare a carico ovvero di membro del nucleo familiare ovvero familiare affetto da gravi problemi di salute, che richiedono l'assistenza personale del cittadino dell'Unione, titolare di un autonomo diritto di soggiorno;*
- *attestato della richiesta d'iscrizione anagrafica del familiare cittadino dell'Unione.*

Nel caso in cui il familiare sia il partner bisogna produrre documentazione ufficiale attestante l'esistenza di una stabile relazione con il cittadino europeo³¹.

Le richieste di iscrizioni anagrafiche dei familiari del cittadino dell'Unione che non abbiano la cittadinanza di uno Stato membro sono trasmesse, ai sensi dell'art. 6, comma 7, del d.lg. n. 286/1998, a cura delle amministrazioni comunali alla questura competente per territorio. Ufficio quest'ultimo a cui i familiari del cives, privi di cittadinanza di uno degli Stati membri, trascorsi 3 mesi dal loro ingresso nel territorio nazionale, potranno contestualmente richiedere ex art. 10 d.lg. n. 30/2007, previa dimostrazione delle medesime condizioni richieste per l'iscrizione anagrafica, la Carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione con validità 5 anni dalla data del rilascio.

Il diritto al soggiorno permanente, disciplinato dall'art. 14 del d.lg. n. 30/2007, viene maturato dal cittadino dell'Unione che ha soggiornato legalmente ed in via continuativa³² per 5 anni nel territorio nazionale; invece, il

31. v. Corte di Giustizia sentenza 12 febbraio 1985, Diatta c. Land Berlin, causa C-267/83. Non è necessaria la convivenza con il cittadino dell'Unione al fine del riconoscimento del diritto al soggiorno del familiare di cui all'art. 2 d.lg. n. 30/2007.

32. La condizione relativa alla continuità del soggiorno può essere accertata attraverso l'iscrizione anagrafica dell'interessato. La condizione che questi abbia soggiornato legalmente deve intendersi - anche alla luce di quanto indicato nel preambolo della direttiva 2004/38/CE,

*familiare non avente la cittadinanza di uno Stato membro acquisisce tale diritto se ha soggiornato legalmente in via continuativa per 5 anni nel territorio nazionale unitamente al cittadino dell'Unione. Questo titolo esonera l'interessato dalla conservazione dei requisiti previsti dal decreto legislativo per il riconoscimento del diritto di soggiorno*³³.

*Per i soli cives, il comune di residenza rilascia un attestato*³⁴ *che certifichi la sua condizione di titolare del diritto di soggiorno permanente ed è concesso entro 30 giorni dalla domanda; mentre, per gli stranieri extracomunitari ed i familiari dei cittadini dell'Unione, è competente la questura. Essi dovranno presentare prima dello scadere del periodo di validità della carta di soggiorno di cui all'articolo 10 richiesta di carta di soggiorno permanente la quale verrà rilasciata entro 90 giorni.*

Il diritto di soggiorno permanente si perde in ogni caso a seguito di assenze dal territorio nazionale di durata superiore a 2 anni consecutivi.

Inoltre, l'art. 15 del d.lg. n. 30/2007 individua le ipotesi - riguardanti i lavoratori ed i loro familiari - in cui il diritto di soggiorno permanente viene maturato prima dei 5 anni di soggiorno e sono:

*1. pensionamento dell'interessato*³⁵;

nella Circolare Ministero dell'Interno 6 aprile 2007, n. 19 e nella Circolare Ministero dell'Interno 18 luglio 2007, n. 39 - nel senso che nel corso dei cinque anni di soggiorno l'interessato abbia risieduto nel territorio alle condizioni previste nel decreto legislativo e senza essere stato oggetto di misure di allontanamento. Inoltre, l'art. 14 del d.lg. n. 30/2007 specifica che non pregiudicano la continuità del soggiorno le assenze che non superino complessivamente 6 mesi, 1 anno, ovvero le assenze di durata superiore giustificate dall'assolvimento di obblighi militari ovvero fino a 12 mesi consecutivi per motivi rilevanti. Tra questi ultimi il d.lg. n. 30/2007 annovera, a titolo esemplificativo, la gravidanza e la maternità, la malattia grave, gli studi o la formazione professionale o il distacco per motivi di lavoro in un altro Stato membro o in un Paese terzo. Si ritiene che tali assenze vadano considerate - Circolare Ministero dell'Interno 6 aprile 2007, n.19 - nel calcolo del quinquennio previsto per la maturazione del diritto di soggiorno permanente, nel senso che i relativi periodi debbano essere computati quali periodi di soggiorno nel territorio nazionale.

33. Art. 14, comma 1, d.lg. n. 30/2007, il principale vantaggio che discende dal diritto al soggiorno permanente è che da quel momento, il cittadino comunitario, così come i suoi familiari, potranno fermarsi in Italia, anche qualora i requisiti di reddito e di lavoro vengano meno. Il diritto al soggiorno, infatti, non è in tal caso "subordinato alle condizioni previste dagli articoli 7, 11, 12 e 13".

34. Art. 16, comma 2, del d.lg. n. 30/2007 dispone che l'attestazione di soggiorno permanente per i cittadini dell'Unione europea può essere sostituita da una istruzione contenuta nel microchip della carta di identità elettronica.

35. L'ipotesi in oggetto riguarda il lavoratore subordinato o autonomo che, nel momento in cui cessa l'attività, ha raggiunto l'età prevista ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione o il lavoratore subordinato che cessa di svolgere un'attività subordinata a seguito di pensionamento anticipato, a condizione che abbia svolto nel territorio dello Stato la propria attività

2. *sopravvenuta incapacità lavorativa permanente*³⁶;
3. *esercizio dell'attività lavorativa in altro Stato membro*³⁷.

*Viene specificato, altresì, che, con riguardo alle ipotesi indicate alle lettere a) e b), i periodi di occupazione trascorsi in altro Stato dell'Unione ove l'interessato esercita l'attività sono considerati trascorsi nel territorio nazionale*³⁸. *Nelle stesse ipotesi di cui alle lettere a) e b) la sussistenza delle condizioni di durata del soggiorno e dell'attività non sono necessarie se il coniuge dell'interessato è cittadino italiano o ha perso la cittadinanza italiana a seguito del matrimonio.*

Infine, il diritto al soggiorno permanente, maturato anticipatamente alle condizioni sopra esposte, è esteso al familiare che soggiorna in Italia con il lavoratore subordinato o autonomo. Qualora il lavoratore deceda prima di avere acquisito il diritto di soggiorno permanente, il familiare che ha soggiornato con lui matura il diritto al soggiorno permanente alle seguenti condizioni:

- *il lavoratore abbia soggiornato per due anni continuativi in Italia prima del decesso;*
- *il decesso sia avvenuto a seguito di infortunio sul lavoro o malattia professionale;*
- *il coniuge abbia perso la cittadinanza italiana a seguito del matrimonio.*

In caso di decesso del cittadino unitario, i familiari possono rimanere nel Paese ospitante in presenza delle medesime condizioni dettate per le ipotesi di mancanza di lavoro, vale a dire l'autosufficienza economica. È tassativo che i

almeno negli ultimi dodici mesi e vi abbia soggiornato in via continuativa per oltre 3 anni. Ove il lavoratore appartenga ad una categoria per la quale la legge non riconosce il diritto alla pensione di vecchiaia, la condizione relativa all'età è considerata soddisfatta quando l'interessato ha raggiunto l'età di 60 anni.

36. Art. 15, comma 1, lett. b) d. lg. n. 30/2007. Rientra in tale ipotesi il lavoratore subordinato o autonomo che ha soggiornato in modo continuativo nello Stato per oltre due anni e cessa di esercitare l'attività professionale a causa di una sopravvenuta incapacità lavorativa permanente. Non sono poste condizioni legate alla durata del soggiorno nel caso in cui l'incapacità al lavoro sia dovuta ad un infortunio sul lavoro o ad una malattia professionale dai quali consegue il diritto ad una prestazione interamente o parzialmente a carico di un'istituzione dello Stato.

37. Art. 15, comma 1, lett. c) d. lg. n. 30/2007. Si tratta dell'ipotesi in cui il lavoratore subordinato o autonomo che, dopo 3 anni di attività e di soggiorno continuativi nello Stato, eserciti un'attività subordinata o autonoma in un altro Stato membro, pur continuando a risiedere nel territorio dello Stato, permanendo le condizioni previste per l'iscrizione anagrafica.

38. Ai fini della maturazione anticipata del diritto di soggiorno permanente si considera periodo di occupazione ex art. 15, comma 3, del d.lg. n. 30/2007, il periodo di iscrizione alle liste di mobilità o di disoccupazione involontaria, il periodo di sospensione dell'attività indipendenti dalla volontà dell'interessato e l'assenza dal lavoro o la cessazione dell'attività per malattia o infortunio.

familiari non cittadini UE debbano aver iniziato il loro soggiorno da almeno un anno prima del decesso. Se il cittadino in questione ha figli, essi hanno il diritto di terminare gli studi nello Stato membro che li ospita.

In caso di divorzio, annullamento del matrimonio o scioglimento dell'unione registrata, il familiare cittadino UE può rimanere, sempre che non rappresenti un onere per le risorse dello Stato. Ove, invece, il familiare abbia la cittadinanza di uno Stato terzo, devono essere presenti ragioni che giustifichino il soggiorno, come l'affidamento di un figlio, altrimenti la durata minima di 3 anni del legame.

Godono, inoltre, del diritto di soggiorno gli studenti e coloro che completano una formazione professionale, così come le persone disoccupate iscritte agli uffici di collocamento e coloro che sono inabili al lavoro, a causa di un infortunio. Si tratta di misura di tutela per le persone rimaste prive di occupazione, per fatti indipendenti dalla propria volontà.

Quanto al parametro dell'autosufficienza economica quale requisito del diritto di soggiorno, è doveroso precisare che non sono previsti controlli sistematici per accertarne l'insussistenza.

Per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, gli Stati hanno facoltà di rifiutare il diritto di ingresso e di soggiorno a un cittadino dell'UE e di allontanare singole persone ritenute pericolose. Il rifiuto e l'allontanamento devono essere disposti nel rispetto di regole sostanziali e procedurali, valide per tutti gli individui, a prescindere dalla cittadinanza e in ossequio ai criteri della imputabilità personale e della proporzionalità. Detti motivi non possono essere usati a scopo economico.

Per legittimare l'allontanamento sono richiesti specifici e comprovati presupposti, giacché il comportamento individuale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e grave, da pregiudicare un interesse collettivo fondamentale.

Non sono ammesse espulsioni di gruppo, né in presenza di pericolo solo potenziale.

In caso di persona con diritto di soggiorno permanente, o di cittadino UE, i requisiti per l'allontanamento sono ancora più stringenti.

Va sempre assicurato il diritto di contestazione del provvedimento, davanti alle autorità dello Stato membro.

Trascorso il termine massimo di 3 anni, deve esser consentito alla persona destinataria del provvedimento, di presentare domanda di riammissione nel territorio da cui è stata allontanata.

3. Divieto di pratiche discriminatorie

Il regolamento n. 883/2004/UE disciplina l'accesso alle prestazioni sociali e la parità di trattamento. Con il Regolamento n. 1231/2010 e disposizioni del Regolamento n. 883/2004 sono state estese ai cittadini dei Paesi terzi "purché risiedano legalmente nel territorio di uno Stato membro e si trovino in una situazione che non sia confinata, in tutti i suoi aspetti, all'interno di un solo Stato membro".

Il cittadino dell'Unione che abbia i requisiti per soggiornare in Italia per un periodo superiore a 3 mesi gode del diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani, non solo in ambito lavorativo, ma in tutti gli ambiti, compreso il diritto di accedere all'assistenza sociale a parità di condizioni con i cittadini dell'Unione. L'art. 19, comma 2, d.lg. n. 30/2007 dispone, infatti, che "fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal Trattato CE e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base al presente decreto, nel territorio nazionale gode di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani nel campo di applicazione del Trattato".

Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno. Questo livello di protezione così elevato è dipendente dal legame familiare intessuto con il cittadino dell'Unione, il quale ha esercitato il diritto alla libera circolazione. In altri termini, non si tratta di un diritto autonomo, bensì derivato da quello di cui gode il cittadino dell'Unione³⁹.

Non sono tollerate pratiche discriminatorie. I divieti di discriminazione, contenuti nei Trattati istitutivi sin dalle origini delle Comunità europee, hanno avuto uno straordinario sviluppo, giurisprudenziale e normativo, tanto da divenire un settore specifico del diritto dell'Unione. Detto diritto si è evoluto intorno ai due pilastri costituiti dai divieti di discriminazione per motivi di nazionalità e di sesso.

In proposito, la giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte di giustizia UE ha riconosciuto una dimensione sociale nello stesso divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, allorquando è stato applicato alla libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione europea, a prescindere dallo svolgimento di attività economicamente rilevanti.

Nel corso degli ultimi anni tanti sono stati gli interventi normativi compiuti dall'UE.

39. Tale garanzia non era prevista all'inizio del processo di unificazione europea, ma venne introdotta solo successivamente a partire dal regolamento 38/64, seguito dal regolamento (CEE) n. 1612/68. La natura di diritto o garanzia "derivata" e non "autonoma" è stata precisata dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza *Singh* del 7 luglio 1992, C-370/90.

Tale dimensione sociale è stata implementata dal Trattato di Amsterdam entrato in vigore il 1° novembre 1999, che ha inserito nel Trattato CE l'art. 19 TFUE riguardante il conferimento di poteri al Consiglio per contrastare la discriminazione per motivi di sesso, razza e origine etnica, religione e convinzioni personali, età, disabilità e orientamento sessuale.

Il mosaico delle norme antidiscriminatorie si è ulteriormente arricchito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° novembre 2009, che ha consolidato e ampliato le modifiche apportate tramite il Trattato di Amsterdam. In attuazione dell'art. 19 TFUE, il Consiglio ha adottato la Direttiva del 29 giugno 2000 n. 2000/43/CE (c.d. direttiva "Razza") e poi la Direttiva del 27 novembre 2000 n. 2000/78/CE (c.d. direttiva "Occupazione") per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Le due direttive del 2000 si differenziano, in particolare, relativamente ai motivi di discriminazione tutelati e all'ambito di applicazione, limitandosi la seconda al solo settore del lavoro. Le diverse basi giuridiche tendono, dunque, a generare diverse normative che conferiscono ai singoli motivi di discriminazione tutele diverse, sia per l'ambito di applicazione dei divieti, sia per le specifiche discipline contenute nei diversi atti. È opportuno segnalare che nella Direttiva n. 2000/43/CE sono espressamente escluse le differenze di trattamento basate sulla nazionalità. L'art. 3, infatti, esclude dall'ambito di applicazione della Direttiva "[...] le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di Paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei Paesi terzi o degli apolidi interessati. La disposizione è rafforzata dal considerando n. 13 in base al quale il divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi finanche nei riguardi dei cittadini di Paesi terzi, ma non annovera le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il soggiorno di cittadini dei Paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego. Le norme, quindi, si applicano pure ai cittadini di Paesi terzi, ma escludono che possano essere invocate contro le leggi sull'immigrazione o per discriminazioni basate sulla cittadinanza.

Tecnicamente l'esclusione dell'applicazione della direttiva 2000/43/CE alla discriminazione per motivi di nazionalità si giustifica anche in base al rispetto del principio di attribuzione delle competenze, dato che l'art. 19 TFUE, base giuridica della Direttiva, non riguarda la nazionalità che è invece oggetto dell'art. 18 TFUE. L'art. 19 TFUE fa salve le altre disposizioni

del Trattato, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità continua ad essere esclusivamente disciplinato dall'art. 18 TFUE, con la conseguenza che qualsiasi atto giuridico relativo alla discriminazione per motivi di nazionalità deve essere basato su di esso. Tale disciplina in termini operativi risulta essere meno ampia e più circoscritta. La prevalente interpretazione dell'art. 18 TFUE la ritiene applicabile esclusivamente ai cittadini europei. Non mancano, però, declinazioni al suindicato divieto di discriminazione tali per cui sono imposti agli Stati obblighi a garanzia della parità di trattamento ai cittadini di Paesi terzi, sanciti nelle direttive in materia di immigrazione e asilo. Inoltre l'adozione di queste Direttive consente di ampliare l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, anche dei principi generali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra cui si annovera il principio generale di non discriminazione in virtù degli articoli 20 e 21 della predetta Carta.

La pratica giurisprudenziale delle Corti prima e la formalizzazione legislativa in seguito, hanno individuato una prima distinzione, ormai invalsa, almeno in ambito europeo, tra discriminazioni dirette e indirette. Vengono definite discriminazioni dirette “quelle situazioni in cui per motivi di razza, origine etnica, credo religioso o personale, disabilità, età o orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe in una situazione analoga”.

Alla base della definizione di discriminazione si ha la comparazione tra due situazioni simili alle quali sia praticato un trattamento diverso che produce uno svantaggio.

Ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a, della Direttiva 2000/43/CE “sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”. La definizione è innovativa in quanto i soggetti che vengono in rilievo sono individuati come “persone”, senza alcun riferimento alla quantità di persone coinvolte. È un profilo che ha immediati effetti sul piano della prova del trattamento discriminatorio in quanto non è necessario dimostrare il pregiudizio subito da più soggetti, quindi dal gruppo, essendo sufficiente dimostrare il pregiudizio subito da una sola persona.

La Corte di Giustizia ha affermato che nel caso delle discriminazioni indirette occorra anche valutare se sussista una giustificazione oggettiva che legittimi il comportamento contestato. La giustificazione oggettiva consente

di prendere in esame gli interessi contrapposti: quello della vittima e quello dell'autore della misura, onde verificare se la ragione di quest'ultimo sia tale da giustificare lo svantaggio causato al primo. Si tratta di una categoria non tipizzata nella quale possono essere incluse una pluralità di circostanze alle quali è richiesto solo che rispettino due condizioni: l'essere rivolte a perseguire una finalità legittima ed essere realizzate con mezzi appropriati e necessari. Quanto alla legittimità, occorrerà che la Corte si esprima circa la possibilità che il perseguimento di una finalità economica da parte di un'impresa, ma anche di una pubblica amministrazione o di un ente pubblico, sia considerata sufficiente a fondare una giustificazione oggettiva. L'altra condizione prevista dalla norma è che i mezzi perseguiti siano appropriati e necessari. Vi è il richiamo al principio di proporzionalità più volte ribadito dalla Corte in materia di eccezioni alle libertà fondamentali. In questo caso, se la finalità perseguita è considerata legittima può accadere che lo svantaggio praticato nei confronti di alcuni soggetti sia prodotto da un comportamento "appropriato" perché idoneo a conseguire lo scopo. Esso deve però risultare anche necessario ossia costituire l'unico mezzo per raggiungere il risultato perseguito.

4. Accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica

Alla luce del quadro generale sin qui delineato, resta da esaminare la specifica prestazione oggetto della discriminazione, mettendo in evidenza le problematiche sottese.

Le discriminazioni che possono integrarsi nell'ambito della casa sono quelle che riguardano la procedura di accesso, mediante locazione o acquisto, all'alloggio sia privato (esclusioni operate dai proprietari e/o dalle agenzie immobiliari) che pubblico (requisiti discriminatori nei bandi ERP)⁴⁰.

Le abitazioni del Progetto CASE/MAP sono alloggi pubblici di edilizia residenziale a canoni agevolati destinate a nuclei familiari con redditi limitati ovvero in condizioni di fragilità sociale. Con determina dirigenziale del settore politiche per il benessere della persona n. 362 del 4/02/2020, il Comune

40. Si distingue tra discriminazione diretta e indiretta per razza/etnia/nazionalità. La discriminazione diretta è integrata da tutti quei comportamenti, espliciti o impliciti, iniqui, ostativi e/o preclusivi all'offerta in locazione o in vendita di un alloggio nei confronti degli stranieri, o ad una parte di essi, o agli appartenenti ad un'etnia (per es. i Rom, gli arabi, le persone dalla pelle nera ecc.). La discriminazione si realizza solo se si viene a creare o si tende a creare questa dicotomia tra italiani e stranieri. Si ha, invece, discriminazione indiretta quando i comportamenti o le disposizioni apparentemente neutre pongono, tuttavia, in maggiore difficoltà gli stranieri, o una parte di essi, o gli appartenenti ad un'etnia rispetto agli italiani, o viceversa. Nell'accesso all'alloggio possono essere impiegate dal proprietario clausole che esplicitamente non escludono gli stranieri, ma di fatto li ostacolano nella locazione e/o nell'acquisto della casa.

di L'Aquila ha approvato l'avviso pubblico per l'assegnazione temporanea di moduli abitativi provvisori e di alloggi del progetto case in favore di nuclei familiari già costituiti in condizione di fragilità sociale, con reddito ISEE fino ad euro 12.000⁴¹.

L'assegnazione cui si riferisce il bando ha una durata di 3 anni prorogabili a 5.

Il testo del bando, oltre a confermare il requisito ISEE di cui alla rubrica (valore euro 12.000), indica al primo capoverso del bando - per quello che qui rileva - i seguenti due requisiti (la numerazione è quella del bando): "3) cittadinanza italiana o di uno Stato UE, o di uno Stato extra UE, purché in presenza di permesso di soggiorno di lungo periodo, in riferimento a tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare; 4) residenza nel Comune dell'Aquila da almeno 5 anni".

La norma di riferimento che disciplina l'accesso per i cittadini extra UE agli alloggi pubblici è l'art. 40, comma 6, d.lg. n. 286/1998.

Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni Regione o dagli Enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione.

I Comuni pubblicano periodicamente dei bandi in cui definiscono i criteri di accesso e di attribuzione dei punteggi.

I requisiti inseriti nei bandi variano da Regione a Regione e molto spesso anche tra Comuni della stessa Regione.

In generale, i criteri di accesso possono essere:

- reddito massimo (misurato sull'ISEE);
- assenza di proprietà di alloggi sia in Italia, sia all'estero⁴²;
- residenza nella Regione per un certo numero di anni prima della domanda⁴³;
- assenza di precedenti occupazioni abusive.

41. Cfr. avviso pubblico 11/02/2020 in www.comune.laquila.it.

42. La Corte costituzionale, sentenza n. 9 del 29 gennaio 2021, accogliendo un ricorso proposto dal Governo, ha dichiarato incostituzionali due norme della Regione Abruzzo relative all'accesso agli alloggi pubblici, affrontando questioni che, di fatto, riguardano normative presenti anche in altre Regioni e in altri Comuni in merito a documentazioni aggiuntive per beni immobili e per la situazione reddituale e patrimoniale complessiva.

43. Questo requisito è stato dichiarato incostituzionale con sentenza n. 44/2020 con riferimento alla legge regionale Lombardia n. 16/2016; in conseguenza di tale decisione anche la Toscana lo ha cancellato dal proprio ordinamento, mentre in altre Regioni, Piemonte, Toscana, Veneto, Abruzzo, Trentino Alto Adige, il requisito è attualmente oggetto di contenzioso giudiziario.

Criteri variabili definiscono anche il punteggio che ciascuno conseguirà in graduatoria.

Il diritto dell'Unione è da tempo intervenuto nella materia prevedendo, in relazione ai diversi titoli di soggiorno dello straniero, specifiche clausole che vincolano gli Stati membri a garantire parità di trattamento.

Si tratta di una "parità rafforzata" che vincola il legislatore nazionale e quello regionale, ma anche - quando sussistano i requisiti per l'applicazione diretta - l'azione della pubblica amministrazione che è sempre tenuta ad attenersi al diritto comunitario pur in presenza di una norma nazionale difforme⁴⁴.

Tali previsioni debbono tutte essere lette sulla base del principio generale stabilito dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali UE, a norma del quale l'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali; ne discende che siffatte previsioni non possono essere oggetto di interpretazione restrittive.

Nel campo che qui interessa, le clausole di parità sono previste per le seguenti categorie di persone:

- *titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo - art. 11, commi 1 e 4 direttiva 2003/109⁴⁵;*
- *familiari extra UE di cittadini dell'Unione - art. 24 direttiva 2004/38⁴⁶*

44. CGUE 22.6.89 C-103/88; Corte cost. n. 168/1991 al cui punto 4 si legge testualmente: "la normativa comunitaria deve trovare immediata applicazione non solo da parte del giudice nazionale nell'esercizio della sua giurisdizione, ma anche della stessa pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività amministrativa"; Cass. 17 giugno 2011 n. 13329 secondo la quale "...il giudice nazionale e del pari la pubblica amministrazione, sono in ogni caso obbligati a non applicare la normativa interna contrastante con una direttiva che presenti i caratteri suindicati". V. Corte Appello Torino, 19 dicembre 2018, pres. Fierro, rel. Milani, xxx c. INPS reperibile sul sito: <https://www.asgi.it> censura i comportamenti dell'INPS e dei Comuni quando essi non si attengono alle previsioni del diritto dell'Unione. Seppur in relazione ad una diversa prestazione id est assegno di maternità dei Comuni - art. 74 D.lgs. 151/2001 - è bene evidenziare che la normativa nazionale limitava il diritto alle sole madri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, ma l'INPS ha poi esteso il trattamento alle donne familiari extra UE di cittadini dell'Unione (circolare INPS n. 35 del 09/03/2010).

45. Il comma 1 testualmente recita: "Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento del cittadino nazionale per quanto riguarda [...] d) le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione sociale [...] f) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio"; il comma 4 dispone: "Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali".

46. L'art. 24 direttiva 2004/38 prevede che: "Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari

(la Direttiva non prevede alcuna facoltà per gli Stati membri di appor-
tare limitazioni alla parità);
- titolari di permesso unico di lavoro - art. 12 direttiva 2011/98⁴⁷.

5. Conclusioni

Nella fattispecie in esame l'autorità giudiziaria, tanto di primo che di secondo grado, ha ritenuto sussistente la condotta discriminante posta in essere dal Comune di L'Aquila, poiché nell'individuazione dei parametri regolamentari del bando ha inserito il presupposto del possesso, da parte di tutti i membri over 18 della famiglia, del permesso di lungo soggiorno, anziché del permesso unico di lavoro ai sensi della Direttiva 2011/98 o in subordine di un permesso di soggiorno di almeno 2 anni ex art. 40, comma 6 T.U., anche nel caso di nuclei familiari con componenti privi di detto permesso.

In particolare nel caso de quo è stata accertata la sussistenza della discriminazione individuale e collettiva, poiché la disposizione limitativa riguarda i cittadini extra UE a prescindere dal contesto familiare in cui vivono e, quindi, in ragione della loro cittadinanza e del loro stato personale, e non una qualsiasi altra caratteristica personale (ad es., per seguire il ragionamento del Comune, il tipo di lavoro, che può riguardare in astratto qualsiasi cittadino, a prescindere dalla cittadinanza).

La disposizione tende ad escludere i cittadini extra UE, in ragione del titolo di soggiorno. Ma ciò può essere legittimo se rapportato a determinate qualità (ad esempio precarietà del permesso, che non consente una programmazione abitativa di lungo periodo), mentre non appare giustificabile sotto un

del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente”.

47. L'art. 12 direttiva 2011/98 afferma: “I lavoratori di cui paragrafo 1, lettere b) c) (i cittadini dei paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi e quelli che sono stati ammessi a fini diversi dall'attività lavorativa, ma ai quali è consentito di lavorare) beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: [...]e) i settori della sicurezza sociale come definiti dal regolamento CE 883/2004”. Quanto al campo soggettivo di applicazione, la Direttiva si applica pertanto sia ai lavoratori che ai non-lavoratori, con l'unica condizione che essi siano entrati e soggiornino nel territorio sulla base di un titolo che gli consenta di lavorare. Ne deriva che potrà certamente fruire della parità di trattamento anche un cittadino extra UE che – in ipotesi non abbia mai lavorato, e che sia entrato a seguito di ricongiungimento familiare. Questa ultima tipologia di ingresso è espressamente richiamata dal considerando n. 20, in forza del quale il diritto alla parità di trattamento dovrebbe essere riconosciuto anche a coloro che hanno ottenuto l'accesso al mercato del lavoro di quello Stato membro in conformità di altre disposizioni del diritto dell'Unione o nazionale, compresi i familiari di un lavoratore di un Paese terzo ammessi nello Stato membro in conformità della Direttiva 2003/86/CE del Consiglio 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

profilo logico giuridico se rapportato ad un titolo di soggiorno come la carta di soggiorno per motivi familiari, che di per sé non ha scadenza (tranne la necessità di rinnovo, ovviamente), ed anzi ha riguardo proprio alla situazione familiare del richiedente, che è per sua natura permanente e rappresenta una delle caratteristiche principali che determinano l'assegnazione di un alloggio.

Al di fuori del nucleo essenziale, il legislatore non gode di una totale discrezionalità nello stabilire i criteri selettivi dei beneficiari, essendo necessario rispettare il criterio di ragionevole correlabilità.

Il prediligere un titolo quale il permesso di lungo soggiorno rispetto ad un altro id est la carta di soggiorno ovvero il permesso unico di lavoro ai sensi della Direttiva 2011/98 o in subordine un permesso di soggiorno di almeno 2 anni ex art. 40, comma 6 T.U., si traduce in una scelta illegittima ed arbitraria posta in essere dall'ente locale.

La carta di soggiorno per i familiari dei cittadini dell'Unione europea è titolo di accesso e soggiorno per l'ottenimento del quale il richiedente - che intende prolungare il proprio soggiorno sul territorio italiano per un periodo eccedente i 3 mesi - è tenuto a dimostrare immediatamente la sussistenza dei parametri di reddito e di lavoro e/o assicurativi richiesti dalla normativa di riferimento (art. 7/12 e 13 d.lg. n. 30/2007), il cui esito positivo sancirà la stretta connessione della persona con il territorio in misura pari ovvero superiore al grado di radicamento che il cittadino straniero può conseguire in forza del permesso di lungo soggiorno ex art. 9 d.lg. n. 286/1998.

La limitazione collegata alla durata del permesso può, dunque, apparire non sempre ragionevole. Va escluso innanzitutto che la questione possa risolversi stabilendo una "ragionevole correlazione" tra i limiti posti e le ragioni di bilancio⁴⁸.

Vi è assoluta illogicità perché non è ravvisabile alcun ragionevole nesso tra il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari della persona insediata nel territorio nazionale e che versi in condizione di indigenza e il cronico radicamento territoriale. Così impostata, la questione può riproporsi anche quando il requisito è richiesto sia a italiani che a stranieri, perché anche in questo caso la condizione di bisogno viene trascurata per dare invece rilievo alla "lunga protrazione nel tempo..."

Le decisioni finanche della Consulta, come già anticipato, hanno più volte invalidato e inficiato questa concezione, da un lato affermando che è ingiusto porre in essere una finalità commutativa tra tributi e prestazioni, anche in ragione del fatto che tale logica riduce l'accesso proprio di coloro che hanno

48. La Corte di Strasburgo ha affermato che tra le "ragioni molto forti" che consentono eccezionalmente limitazioni per nazionalità, non rientrano quelle finanziarie o di bilancio. V. *Koua Poirrez c. Francia* 30.09.03; *Luczak c. Polonia* 27.11.07; *Si Amer c. Francia* 29.10.09 e ancora la citata *Dhahbi*).

più necessità, dall'altro prescrivendo che i criteri di un bando devono essere legati alla ratio dello strumento di aiuto e al connesso bisogno e non ad aspetti ad esso estranei. Privilegiare la stanzialità non risponde al fine precipuo di una prestazione di welfare, vale a dire tutelare e/o sostenere una necessità, bensì solo alla volontà di favorire chi è radicato da più tempo.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, della complessa normativa di riferimento sia di matrice nazionale che sovranazionale, e delle relative letture giurisprudenziali, si ritiene che la decisione in commento abbia concretamente rimosso una evidente condotta discriminatoria del tutto arbitraria e irrazionale. Le motivazioni della decisione della Corte si ispirano ad un principio generale: la discriminazione non trova alcun fondamento nel diritto che regola la convivenza tra cittadini, compresi quelli di origine straniera. Tanto è vero che nessuna norma consente di limitare l'accesso agli alloggi pubblici convenzionati alle persone straniere extra UE munite di regolare titolo di accesso e soggiorno, men che meno se il coniuge è italiano.

Da una disamina della fattispecie attraverso le chiavi di lettura impiegate dalle autorità giudiziarie in discorso, appare evidente che l'ente pubblico ha arbitrariamente e soprattutto "irragionevolmente" imposto quale requisito per poter accedere alla prestazione assistenziale in discorso un criterio id est permesso di soggiorno per cittadini extracomunitari lungo soggiornanti (che esige un significativo rapporto con il territorio visti requisiti previsti dall'art. 9 T.U.I.), abnorme rispetto al diverso criterio legale operante in materia ex art. 40, comma 6 o art. 41 del citato decreto ovvero ai sensi della Direttiva 2011/98⁴⁹.

Francesca Michetti

49. L'art. 41 T.U.I. prevede infatti la piena equiparazione dei cittadini extra UE ai cittadini italiani "ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche di assistenza sociale", condizionandola alla titolarità di un "permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. La Corte costituzionale, con la sentenza 432/2005, ha elevato l'art. 41 cit. "quasi" alla dignità di norma costituzionale, affermando che il criterio ivi previsto (cioè la parità di trattamento condizionata al solo permesso di almeno un anno) rappresenta il "necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare lo... scrutinio di ragionevolezza"; ha invece completamente ignorato, in questo esame, l'art. 80, comma 19 L. 23.12.2000 n. 388. Secondo quanto prescritto da ultima disposizione alle "provvidenze economiche" che costituiscono diritti soggettivi (cioè quelle erogate sulla base di requisiti predeterminati) si accede solo con il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo ex art. 9 T.U.I. Per le altre "provvidenze economiche" (quelle cioè attribuite in base a una valutazione discrezionale della P.A.) resta comunque il vincolo del permesso di almeno un anno.

I

App. L'Aquila, sent. 11 aprile 2023 n. 532 (est. Ciofani)

II

App. L'Aquila, sent. 14 luglio 2022 n.1068 (est. Ciofani)

Matrimonio - Divorzio – Assegno divorzile – Attribuzione e quantificazione - Criteri – Funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa – Inadeguatezza dei mezzi del richiedente o impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive – Necessità.

L'assegno divorzile alla stregua del recente orientamento della Corte di Cassazione svolge una funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa, risultando dovuto nel caso di inadeguatezza dei mezzi o impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive del richiedente, tenuto conto del contributo fornito alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente stesso.

I

(omissis)

1. All'esito del giudizio di primo grado - promosso da *(omissis)* contro *(omissis)* (con richiesta di pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, contratto in data *(omissis)*, con esclusione dell'assegno divorzile), giudizio nell'ambito del quale si era costituita la resistente (aderendo alla domanda di scioglimento del matrimonio, ma invocando il riconoscimento di assegno divorzile, in suo favore, nella misura di *(omissis)* 5.000,00 mensili) - il Tribunale di *(omissis)* ha pronunciato l'impugnata sentenza con la quale ha così statuito:“ 1) *(omissis)* lo scioglimento del matrimonio contratto

tra le parti (*omissis*) 3) rigetta la domanda di assegno di divorzio proposta dalla resistente; (*omissis*) .

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'originaria resistente (*omissis*) chiedendone la riforma (*omissis*)

5. L'appello è infondato e deve, di conseguenza, essere rigettato.

6. Vanno innanzi tutto disattesi il primo ed il secondo motivo di gravame i quali si prestano ad una trattazione unitaria, stante la loro interconnessione.

6.1. Con il primo motivo l'appellante lamenta che il Collegio di prime cure l'avrebbe ritenuta economicamente autosufficiente sulla base di una non corretta applicazione dei criteri concernenti la valutazione e la comparazione delle situazioni patrimoniali degli ex coniugi.

In particolare deduce che, in base all'art. 5, comma 6 della (*omissis*) n. 898/1970, il giudice, una volta accertato che il coniuge richiedente non abbia mezzi adeguati o, comunque, non sia in grado di procurarseli per ragioni oggettive, dovrebbe effettuare una redistribuzione della ricchezza fra i coniugi in favore di quello più debole.

Sostiene inoltre che, alla luce dei recenti principi enunciati dalla Corte di Cassazione, il coniuge divorziato avrebbe diritto al mantenimento tutte le volte in cui non sia in grado, per ragioni oggettive, di procurarsi i mezzi per vivere, ovvero quando il suo stipendio è insufficiente a tal fine e quando non ha alcun legame con il mondo del lavoro perché, per diverso tempo, si è dedicato alla casa, ai figli e al menage domestico.

Alla luce di tali principi, prosegue l'appellante, il giudice dovrebbe determinare l'assegno rapportandolo, non al pregresso tenore di vita familiare, ma alla misura adeguata a garantire l'indipendenza economica del coniuge non economicamente autosufficiente.

L'appellante rappresenta, inoltre, di aver richiesto sin dalla seconda memoria ex art. 183, sesto comma C.P.C. l'ammissione di prova orale diretta a dimostrare il suo apporto alla vita familiare, con rinuncia alle sue aspettative professionali e ad accrescere il patrimonio del suo ex marito.

Deduce altresì di aver richiesto l'espletamento di una CTU volta a ricostruire adeguatamente i patrimoni e le condizioni economiche delle parti, oltre che CTU medica allo scopo di accertare le sue condizioni fisiche e lamenta che tali richieste non sono state evase dal giudice, che avrebbe immotivatamente concluso per l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno divorzile.

Evidenzia di aver dedotto fin da subito il suo stato di disoccupazione, sicché il Tribunale avrebbe erroneamente posto l'accento sul mancato deposito delle sue dichiarazioni dei redditi.

Contesta l'attendibilità delle dichiarazioni dei redditi prodotte dalla controparte, poiché non coerenti con lo stile di vita condotto dal marito, che sarebbe emerso dalle altre produzioni documentali da essa versate in atti, avendo peraltro il Tribunale trascurato di considerare che, seppure corrispondeva al vero che le quote della (*omissis*) S.r.l., che il (*omissis*) aveva ricevuto in donazione dal padre, erano state trasferite nel 2018 alla (*omissis*) S.a.s. di (*omissis*) era altrettanto vero che il (*omissis*) era socio accomandatario di detta società.

Lamenta anche che il primo giudice avrebbe illegittimamente attribuito ad essa appellante in proprietà l'immobile che non era a lei riconducibile, facendo parte di (*omissis*) (sicché non rientrava nella sua proprietà disponibile).

Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il Collegio di prime cure ha errato nello statuire l'insussistenza dei requisiti per il riconoscimento dell'assegno divorzile a suo favore sul rilievo che ella fosse una donna appena quarantenne, laureata in medicina e che non fosse stata dichiarata inabile al lavoro dall'ente competente.

Sostiene di aver dedotto e documentato sin dai primi atti processuali di essere afflitta da patologie invalidanti, certificate anche da strutture pubbliche, che la rendevano incapace di lavorare e che, nel corso del processo, si sono, addirittura, aggravate.

Deduce in particolare di essere affetta da patologie con limitazioni significative delle attività precedenti con danno del 40%.

6.2. Il Collegio ritiene utile preliminarmente rammentare la posizione, ormai consolidata, della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che "Ai sensi della l. n. 898/1970, art. 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la l. n. 74/1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto." (cfr. Cass. Sez. Un. Sent. n. 18287/2018).

Nella richiamata sentenza, citata anche dalla appellante (*omissis*) nell'atto introduttivo del presente giudizio, premessa la ricostruzione dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in ordine al riconoscimento ed alla quantifi-

cazione dell'assegno divorzile, il Supremo Collegio ha osservato che l'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, nel testo vigente, impone al giudice di accertare l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio nelle condizioni di vita degli ex coniugi, anche avvalendosi di poteri officiosi, e di valutare l'adeguatezza dei mezzi della parte richiedente alla luce di tutti gli indicatori contenuti nella norma citata, in posizione equiordinata, costituendo tali indicatori espressione del principio di solidarietà e di pari dignità dei coniugi.

Il criterio dell'adeguatezza dei mezzi assume pertanto un contenuto prevalentemente perequativo - compensativo e la sua valutazione va effettuata in relazione al contributo fornito dal coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio comune e di quello dell'altra parte, anche con riferimento alle future potenzialità, considerando che tale contributo è frutto di decisioni comuni, adottate nel corso della vita familiare nell'assolvimento degli obblighi imposti dall'art. 143 c.c., ed è espressione dell'autodeterminazione e dell'autoresponsabilità su cui si fonda, ai sensi degli artt. 2 e 29 Cost., la scelta di unirsi e di sciogliersi dal matrimonio.

Evidenziano le (*omissis*) che il profilo assistenziale dell'assegno divorzile, valorizzato nelle più recenti sentenze di legittimità in base al riferimento normativo all'adeguatezza dei mezzi ed alla capacità del coniuge richiedente di procurarseli, va calato nel contesto sociale della parte economicamente più debole, determinato sia da condizioni strettamente individuali sia da situazioni che sono conseguenza della relazione coniugale, specie se di lunga durata e caratterizzata da uno squilibrio nella realizzazione personale e professionale fuori dal nucleo familiare.

Il criterio attributivo e quello determinativo vanno pertanto coniugati nel criterio assistenziale - compensativo, in base al quale l'adeguatezza dei mezzi va valutata non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione al contributo dato dal coniuge richiedente alla vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi per una sola parte.

Tale funzione equilibratrice dell'assegno non è pertanto finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita coniugale, bensì al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla realizzazione della situazione comparativa attuale.

Tenuto conto della natura composita, tanto assistenziale, quanto perequativa-compensativa, l'assegno di divorzio va attribuito e determinato alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale degli

ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e dell'età dell'avente diritto.

6.3. L'applicazione di tali principi al caso in esame conduce ad escludere la ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno divorzile nella sua componente perequativocompensativa, dovendo evidenziarsi come nella specie la resistente in primo grado non abbia dimostrato e (prima ancora specificamente allegato) di aver fornito concreto ed utile contributo, durante la vita matrimoniale, alla formazione del patrimonio familiare e dell'altro coniuge, attraverso l'attuazione di scelte condivise implicanti la rinuncia ad occasioni di lavoro o l'esclusiva dedizione alla famiglia per facilitare la progressione in carriera dell'altro coniuge.

La stessa si è limitata ad affermare di aver richiesto, senza esito, al Tribunale l'ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio e della prova orale che, a suo dire, avrebbero dimostrato il proprio apporto alla vita familiare, la rinuncia alle sue aspettative professionale e l'accrescimento del patrimonio del sig. (*omissis*) Tali richieste istruttorie sono state riproposte anche in questa sede, senza che tuttavia le stesse possano essere valutate, poiché non reiterate dalla parte nel verbale di udienza di precisazione delle conclusioni (cfr. verbale udienza del (*omissis*) dinanzi al Tribunale).

Infatti, secondo l'ormai pacifico orientamento giurisprudenziale, "La parte che si sia vista rigettare dal giudice di primo grado le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reitarle al momento della precisazione delle conclusioni poiché, diversamente, le stesse debbono intendersi rinunciate e non possono essere riproposte in appello. Tale onere non è assolto attraverso il richiamo generico al contenuto dei precedenti atti difensivi, atteso che la precisazione delle conclusioni deve avvenire in modo specifico, coerentemente con la funzione sua propria di delineare con precisione il "thema" sottoposto al giudice e di porre la controparte nella condizione di prendere posizione in ordine alle (sole) richieste - istruttorie e di merito - definitivamente proposte" (Cass. 19352/2017; nello stesso senso: Cass. 15029/2019; Cass. 16886/2016; Cass. 9410/2011).

A tali considerazioni deve poi aggiungersi il rilievo, operato anche dal Tribunale, che dal matrimonio contratto tra le parti non sono nati figli, sicché non può condividersi l'impostazione difensiva dell'appellante secondo cui, alla luce dei principi recentemente emanati dalla Cassazione, quale coniuge divorziato avrebbe diritto all'assegno di divorzio, in quanto priva di legami con il mondo del lavoro "perché, per molto tempo, si è dedicato alla casa, ai figli ed al menage domestico".

Allo stesso modo non può condividersi neppure la tesi della difesa dell'appellante, secondo la quale la stessa si sarebbe dedicata per molto tempo alla cura delle incombenze domestiche poiché, come provato dalla sentenza

di separazione (non riformata in appello), risulterebbe che la convivenza effettiva tra i coniugi sia durata appena quattro anni (cfr. pag. 8 del doc. n. 1 del fascicolo di parte ricorrente in primo grado).

Oltretutto, dalla documentazione in atti, emerge che la sig.ra (*omissis*) durante il periodo matrimoniale, ossia dal 09.06.2007 al 21.05.2014 (data di deposito del ricorso per la separazione dei coniugi), ha svolto diversi lavori a partire dal (*omissis*) del 2008 fino al (*omissis*) del 2014 (cfr. doc. n. 14 del fascicolo di primo grado di parte appellata).

6.4. Quanto alla componente assistenziale dell'assegno, va rilevato che correttamente il Tribunale ha escluso la ravvisabilità dell'elemento oggettivo dell'inadeguatezza dei mezzi e comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni obiettivi.

Va invero rilevato la mera presentazione di uno stato di (attuale) disoccupazione non è idoneo a supportare la richiesta di assegno, sia in ragione del fatto che il richiedente potrebbe avere altre entrate sia perché egli potrebbe essere disoccupato in un determinato momento, ma tale stato potrebbe comunque variare.

Sul punto, anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che "In tema di assegno di mantenimento, non è sufficiente allegare meramente uno stato di disoccupazione, dovendosi verificare, avuto riguardo a tutte le circostanze concrete del caso, la possibilità del coniuge richiedente di collocarsi o meno utilmente, ed in relazione alle proprie attitudini, nel mercato del lavoro." (cfr. Cass. Sez. I, Sent. n. 28870/2011).

Nella specie -premessi che l'appellante (*omissis*) come emerge dalla lettura del documento n. 13 allegato al fascicolo di primo grado di parte appellata, nel corso degli anni ha svolto diverse attività lavorative, il che denota il possesso in capo alla stessa di capacità di lavoro specifica e di esperienza che, valutate unitamente alla sua giovane età, la rendono utilmente collocabile nel mondo del lavoro si rileva che inidonee a dimostrare la dedotta impossibilità, per ragioni di salute, di procurarsi i mezzi atti ad assicurarsi una vita libera e dignitosa si rivelano le produzioni documentali relative alle varie patologie che la affliggono, atteso che, come correttamente rilevato anche dal primo Collegio, agli atti non vi è traccia di una dichiarazione di inabilità al lavoro rilasciata dagli enti competenti.

Inoltre va rilevato che l'appellante (*omissis*) come già evidenziato dal Tribunale, ha la proprietà di un immobile sito in (*omissis*) di complessivi 14 vani e 295 mq.

Né può rilevare che, secondo quanto dedotto nell'atto di gravame, l'appartamento di (*omissis*) faccia parte di un trust, dovendo al riguardo osservarsi

che, siccome evincibile dall'esame dell'atto istitutivo del trust (*omissis*) prodotto dall'appellato (ma anche dall'appellante in allegato alla comparsa conclusionale di replica nel presente grado), il vincolo è stato istituito da (*omissis*) (nonno materno della appellante (*omissis*) al fine di sostenere la nipote (*omissis*) assicurandole il godimento e conservazione dei beni anche in vista dei figli che dovesse generare, attraverso il trasferimento dell'immobile nella piena titolarità della nipote, la quale, anche in qualità di trustee, ne può disporre "senza alcuna limitazione", essendo peraltro istituiti in trust, oltre ai beni immobili descritti nell'atto, anche i frutti prodotti e "ogni bene o diritto acquistato per mezzo di (*omissis*) in (*omissis*) o quale corrispettivo dell'alienazione o dell'impiego di (*omissis*) in Trust", beni tutti dei quali la trustee (*omissis*) può disporre "senza alcuna limitazione ... e senza dovere mai altrimenti giustificare i propri poteri, che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei (*omissis*) in Trust", potendo finanche "alienare a qualsiasi titolo beni immobili e diritti immobiliari (*omissis*) senza alcun consenso, neanche del disponente", risultando infine nominata beneficiaria finale (*omissis*) con possibilità di trattenere i beni "a titolo di proprietà definitiva e non più fiduciaria" allo spirare del termine.

Alla luce di tali previsioni priva di pregio si rivela la deduzione dell'appellante secondo cui non avrebbe la disponibilità del bene immobile considerato dal Tribunale nel valutare la sua situazione patrimoniale.

In questa sede va ulteriormente evidenziato che l'appellante è proprietaria dei diritti pari ad $\frac{1}{2}$ su una villa su tre piani con giardino e piscina sito in (*omissis*).

Va anche dato atto che, secondo quanto documentato dall'appellato, a seguito del decesso del nonno materno della appellante, è stato attribuito al predetto trust, a titolo di legato, anche un altro immobile sito in (*omissis*), immobile poi venduto dall'appellante (*omissis*) per l'importo di (*omissis*) 175.000,00 confluito nel trust.

Oltretutto, secondo quanto allegato dalla stessa appellante (attraverso il richiamo alle risultanze della relazione della (*omissis*) prodotta in giudizio, rispetto alle quali ha allegato modificazioni unicamente in relazione agli immobili detenuti in locazione), ella è altresì proprietaria di (*omissis*) e di due motocicli (*omissis*) ed è inoltre titolare di tre conti correnti su uno dei quali (*omissis*) riceve periodici accrediti di denaro.

6.5. Alla luce di quanto esposto, nonché degli orientamenti giurisprudenziali citati, nella specie va esclusa la ravvisabilità dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno divorzile tanto in funzione compensativo-perequativa, che in funzione assistenziale, sicché la domanda dell'appellante principale, diretta al riconoscimento dell'assegno de quo, va rigettata (*omissis*)

II

(*omissis*)

1. All'esito del giudizio di primo grado (*omissis*) nell'ambito del quale si era costituita la resistente (aderendo alla domanda di scioglimento del matrimonio civile), ma invocando il riconoscimento di assegno divorzile nella misura di E. 3.000,00 mensili) - il Tribunale di Chieti, pronunciata sentenza non definitiva sullo stato, ha ulteriormente istruito la causa e con l'impugnata sentenza definitiva ha così statuito: "1) Dispone che lo scioglimento del matrimonio (*omissis*) già dichiarato con sentenza non definitiva del 2.3.2020 abbia luogo senza alcun riconoscimento dell'assegno di mantenimento in favore della sig.ra (*omissis*)

(*omissis*)

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello la (*omissis*)

3. L'appellato si è costituito in giudizio diffusamente contestando il gravame (*omissis*)

5.1. Con l'unico (articolato) motivo di gravame l'appellante denuncia che il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto che la difesa della resistente si sarebbe appuntata esclusivamente sul tenore di vita della coppia senza fornire altri elementi utili al riconoscimento dell'assegno.

Evidenza di avere invece allegato e dimostrato, ai fini del riconoscimento dell'assegno: - la disparità reddituale delle parti; - il difetto di autonomia economica della richiedente tale da non garantirle l'autosufficienza; - le aspettative professionali, personali ed economiche sacrificate in considerazione delle scelte di vita concordate con il coniuge; - la durata della convivenza more uxorio poi formalizzata con il matrimonio (per un totale di 7 anni); - l'età della richiedente.

5.1.1. Quanto alla evidente e manifesta disparità economico reddituale tra le parti, deduce di avere posto in rilievo non, come dichiarato dal Tribunale, il tenore di vita della coppia, quanto l'evidente e manifesta disparità delle situazioni economico reddituali delle parti e la capacità economica dello (*omissis*), indubbiamente correlata anche al tenore di vita tenuto dalla coppia, disparità ben tratteggiata dalla sentenza emessa dalla Corte di Appello di (*omissis*) nel giudizio di separazione (sentenza prodotta in primo grado dallo stesso odierno appellato) che aveva riconosciuto in favore di essa appellante un assegno di mantenimento di Euro 1.000,00 mensili.

Spiega di avere documentato, oltre all'elevato tenore di vita della coppia come indice rivelatore dell'elevata capacità economica dello (*omissis*),

anche la situazione economica dello (*omissis*) relativamente: - alla titolarità in capo allo stesso di una villa di 3.000,00 mq (*omissis*); - alla titolarità in capo allo stesso (risultata all'esito delle indagini della Guardia di Finanza) di 8 fabbricati e 7 terreni in provincia di (*omissis*); - alla titolarità in capo allo stesso (risultata all'esito delle indagini della Guardia di Finanza) del ruolo di rappresentante di plurime società e della titolarità in capo allo stesso (*omissis*) di partecipazioni a vario titolo in ulteriori società; - alla titolarità in capo allo stesso (risultata all'esito delle indagini della Guardia di Finanza) di rapporti bancari (conti correnti, polizze, azioni, obbligazioni) con 16 istituti di credito; - all'elevato tenore di vita dell'appellato anche in epoca successiva alla separazione con essa appellante (documentato con la produzione delle foto postate su instagram dallo (*omissis*)).

5.1.2. Rappresenta inoltre, quanto alla propria situazione economico patrimoniale, di aver dimostrato di aver collaborato insieme a sua sorella nell'azienda di famiglia (*omissis*) che però, anche in ragione di difficoltà legate alla necessità di rinnovare le attrezzature e di contrarre a tal fine finanziamenti, si era trovata in grave difficoltà tanto da avere un reddito annuo, al netto dei costi, pari ad Euro 13.000,00. (*omissis*)

Aggiunge, quanto ai terreni ereditati pro quota dai genitori, che gli stessi non sono commerciabili.

Sostiene che l'unico reddito di cui ha goduto è stato l'assegno di mantenimento e che del tutto irrilevanti sarebbero le titolarità di un'auto acquistata nel 2014 per euro 7.000,00 tramite finanziamento con rate trimestrali in cui aveva fatto da garante sua sorella, riferendo peraltro che l'altra autovettura era stata rottamata per vetustà.

5.1.3. Evidenzia come alla luce di tali emergenze risulti chiaramente che essa appellante non sia titolare di alcun reddito e, dunque, non sia economicamente autosufficiente, non disponendo di mezzi adeguati a garantirle un'esistenza libera e dignitosa.

Sostiene che l'elemento della mancanza di autosufficienza economica sarebbe da solo sufficiente, per espressa statuizione della Suprema Corte (Cass. 18861/2020), al riconoscimento dell'assegno in funzione assistenziale.

5.1.4. Rileva ancora che risulta documentalmente, né è mai stato contestato, che essa appellante ha iniziato la relazione sentimentale con lo (*omissis*) nel 2005 e si è sposata nel 2012.

Evidenzia che, quando è cessato, per volontà dello (*omissis*), il matrimonio, essa appellante era già in età tale (38 anni) da rendere difficile il reinserimento nel mondo del lavoro.

Spiega che i documenti prodotti danno contezza che dal 1998 fino al 2005

essa (*omissis*) aveva lavorato con continuità mentre nel 2005, una volta iniziata la relazione con lo (*omissis*), si era trasferita a (*omissis*) (come provato nel giudizio di separazione con le prove testimoniali i cui verbali erano stati prodotti nel giudizio di divorzio, nonché con le prove testimoniali raccolte nel primo grado del presente giudizio) ed aveva interrotto ogni attività lavorativa per volontà dello stesso, come provato a mezzo testi nell'ambito del giudizio di divorzio.

Aggiunge, quanto all'attività lavorativa prestata presso l'agenzia di assicurazioni (*omissis*), che il 27 gennaio 2017 era stata costretta a presentare le dimissioni a causa della diagnosi di adenocarcinoma a carico di sua madre poi deceduta nel marzo di quello stesso anno.

Espone infine che nel 2015, a causa dell'asportazione di un rene, le è stata riconosciuta un'invaldità del 34% che incide sul suo stato di salute e sulla sua conseguente capacità ed idoneità al lavoro.

5.1.5. Dà conto anche di aver dato prova del fatto che il matrimonio era stato preceduto da una lunga relazione/convivenza assimilabile alla convivenza "more uxorio", a nulla rilevando il mero dato formale relativo alla diversa residenza anagrafica, e rappresenta di avere 47 anni e di non avere esperienze lavorative ovvero titoli che possano consentirle un reale e concreto sbocco lavorativo, anche in considerazione della sua età e del fatto che è invalida.

5.1.6. Sostiene conclusivamente di aver dimostrato in primo grado tutti gli elementi richiesti dalla legge, così come interpretati anche dalle recenti pronunce giurisprudenziali, ai fini del riconoscimento dell'assegno di divorzio.

5.2. La Corte ritiene utile fare subito chiarezza su un punto che è stato a lungo oggetto di trattazione da parte della difesa della (*omissis*) nel presente (come nel precedente) grado di giudizio.

Si tratta della questione relativa alla assimilabilità al matrimonio della eventuale convivenza prematrimoniale ad fine della quantificazione della durata del vincolo rilevante quale criterio per la determinazione dell'assegno di divorzio.

5.2.1. Al riguardo si rileva in primo luogo come l'espressa indicazione alla durata del vincolo matrimoniale contenuta nell'art. 5 L n. 898/1970 induca a ritenere irrilevanti eventuali periodi di convivenza, ancorché avente le caratteristiche di una convivenza more uxorio, sicché nella specie la durata del matrimonio che viene in considerazione è quella intercorrente dalla celebrazione del matrimonio (giugno 2011) alla separazione di fatto, intervenuta, siccome incontestato tra le parti nel maggio 2012.

5.2.2. Occorre ad ogni buon conto rilevare che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non risulta nella specie dimostrata l'esistenza

dell'asserita convivenza more uxorio dal 2005 (*omissis*)

5.2.3. Infine e, per mera completezza, va rilevato che le deposizioni testimoniali richiamate dall'appellante nell'atto di gravame non offrono affatto la dimostrazione della asserita convivenza more uxorio (*omissis*)

5.3. Tanto preliminarmente chiarito va ribadito che, come correttamente rilevato dal primo giudice sulla scorta dei principi reiteratamente affermati dalla Suprema Corte in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno di divorzio a far data dalla nota pronuncia a Sezioni Unite n. 18287/2018, il riconoscimento dell'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della L. 898/1970, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge istante e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, applicandosi i criteri equiordinati di cui alla prima parte della norma i quale costituiscono il parametro cui occorre attenersi per decidere sia sulla attribuzione sia sulla quantificazione dell'assegno, dovendo il particolare il giudizio, premessa la valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, avere ad oggetto in particolare il contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età dell'avente diritto.

Invero, come già sottolineato dal primo giudice (che sul punto ha richiamato Cass. 21234/2019), ai fini dell'attribuzione e nella quantificazione dell'assegno divorzile si deve tenere conto della funzione assistenziale e, a determinate condizioni, compensativo-perequativa cui tale assegno assolve, sicché nel valutare l'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge che ne faccia richiesta, o l'impossibilità di procurarsele per ragioni oggettive, si deve tenere conto, utilizzando i criteri di cui all'art. 5, comma 6, L. 898/1970, sia dell'impossibilità di vivere autonomamente e dignitosamente da parte di quest'ultimo e sia della necessità di compensarlo per il particolare contributo che dimostri di avere dato alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale, senza che abbiano rilievo, da soli, lo squilibrio e l'elevato livello reddituale dell'altro ex coniuge.

5.4. Alla luce di tali principi condivisibile si rivela la decisione del primo giudice in punto di esclusione del riconoscimento dell'assegno di divorzio in funzione perequativo/compensativa.

5.4.1. Nella specie non risulta invero provato che la condizione di squilibrio economico patrimoniale, oggettivamente ravvisabile tra i due ex coniugi, sia riconducibile eziologicamente alle scelte comuni di conduzione delle vita

familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia ed al sacrificio delle aspettative di lavoro di uno dei due, né risulta provato (ma neanche allegato) quale sia stato il contributo apportato dalla richiedente, in ogni ambito di rilevanza, al nucleo familiare e alla creazione del patrimonio comune e/o personale dell'altro coniuge, sì da doversi assicurare alla (*omissis*) il riconoscimento di un assegno che vada a compensare il contributo fornito.

5.4.2. Si è detto che il matrimonio ha avuto una durata di circa undici mesi, che non risulta lo specifico contributo (da compensare con il riconoscimento di un assegno di divorzio) dato dalla (*omissis*) alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello dell'altro coniuge, attraverso lo svolgimento di un ruolo confinato all'interno della famiglia, frutto di scelte comuni ed implicante il sacrificio di aspettative professionali ed economiche.

5.4.3. L'appellante ha a lungo affermato che di aver rinunciato, per volontà dello (*omissis*), allo svolgimento di attività lavorativa sin dall'anno 2005 (*omissis*)

Ma al riguardo si è già detto che la (*omissis*), come documentalmente provato e confermato dalla teste (*omissis*) ha acquisito proprio nell'anno 2005 la titolarità dell'azienda di famiglia, mantenendola fino al 2018 (*omissis*)

Peraltro la sospensione dell'esercizio di tale attività per il periodo di durata del vincolo matrimonio non le ha precluso la ripresa dell'attività a far data dall'anno 2012 e la continuazione del suo esercizio non solo fino al 2018 (anno in cui la titolarità passava in capo alla sorella) ma anche successivamente (nella forma della collaborazione).

5.5. Se correttamente il primo giudice ha escluso il riconoscimento dell'assegno in funzione perequativo/compensativa, neanche sono ravvisabili nella specie i presupposti per il riconoscimento dell'assegno di divorzio in funzione meramente assistenziale, stante il difetto del necessario presupposto costituito dalla mancanza di mezzi per la conduzione di una vita libera e dignitosa e dall'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive.

5.5.1. Sul punto va in primo luogo dato atto che, secondo quanto risulta dalle emergenze processuali, la (*omissis*) dal 2005 è divenuta titolare dell'azienda agricola di famiglia avente ad oggetto la coltivazione di viti e la produzione di vini, al cui esercizio ha provveduto unitamente alla sorella, mantenendo detta titolarità fino al 2018, anno in cui la stessa è passata alla sorella minore (*omissis*) peraltro solo formalmente, come evincibile da quanto sostenuto nell'atto di appello (ove si precisa che il trasferimento è avvenuto poiché la sorella "essendo più giovane ha accesso ai contributi/finanziamenti europei per la ristrutturazione aziendale e l'acquisto di attrezzature agricole").

5.5.2. Non è verosimile che una siffatta attività, per il cui esercizio l'impresa si avvale anche di dipendenti, non consenta a chi la esercita (la appellante e sua sorella) di ricavarne i mezzi per vivere, dovendo al riguardo rilevarsi la inattendibilità, a fini ricostruttivi del reddito, dei dati contabili allegati dall'appellante (che quantifica detti redditi in complessivi Euro 13.000,00 annui), atteso che si gli stessi si riferiscono a redditi dichiarati su base catastale.

Altrettanto inverosimile è che, pur avendo continuato a collaborare nell'esercizio dell'impresa (a dimostrazione che si tratta di un'azienda esercitata di fatto in forma collettiva, sia quando era titolare la odierna appellante sia quando lo è divenuta la sorella), la (*omissis*) non percepisca alcun introito, a nulla rilevando i dati, solo formali, risultanti dalle dichiarazioni dei redditi.

5.5.3. Con riferimento al profilo, che pure deve essere oggetto di valutazione, dell'impossibilità per la richiedente, per l'ipotesi di inadeguatezza dei mezzi di cui dispone, di procurarsi mezzi adeguati per ragioni oggettive, va rilevato che privo di significativa rilevanza appare il riconoscimento dell'invalidità civile nella misura del 34% riconosciuta alla (*omissis*) nel 2015, a seguito dell'asportazione di un rene, che non risulta incidere sulla capacità lavorativa e che non ha di fatto impedito l'esercizio dell'impresa agricola fino all'attualità (l'appellante riconosce di continuare "a collaborare" ancorché senza compenso all'impresa di cui è titolare la sorella) né l'esercizio dell'ulteriore attività lavorativa presso un'agenzia di assicurazioni, cessata per ragioni diverse dalle condizioni di salute. (*omissis*)

NOTA - RECENTI APPLICAZIONI DEI PRINCIPI IN MATERIA DI ATTRIBUZIONE E QUANTIFICAZIONE DELL'ASSEGNO DIVORZILE

I provvedimenti annotati, entrambi della Corte d'appello di L'Aquila e redatti dal medesimo estensore, offrono spunto per tornare brevemente sulla questione relativa alla natura dell'assegno di divorzio, alla luce della mutata giurisprudenza della corte di cassazione dopo le ormai più che note sentenze dell'11.5.2017, n. 11504 (c.d. sentenza "Grilli" o "Lamorgese"), prima, e – soprattutto – dell'11.7.2018, n. 18287 resa a sezioni unite, poi.

Con la prima decisione, del 14 luglio 2022, la Corte aquilana nel rigettare l'appello proposto dalla richiedente l'assegno divorzile (negato in primo grado) ripercorre in rapido excursus l'evoluzione giurisprudenziale sul punto¹.

In particolare, nella fattispecie era accaduto che dopo un breve matrimonio,

1. Per le prime applicazioni nella giurisprudenza locale dei nuovi principi introdotti dalla corte di cassazione a far data dal 2017, v. la rassegna a cura di M.C. Serafini e M. Di Tillio "L'orientamento dei Tribunali di merito abruzzesi dopo la sentenza Cassazione n. 11504/2017 in materia di assegno di divorzio", in "PQM", I/2018.

durato appena undici mesi, intervenuti separazione e divorzio, la ex coniuge chiedeva un congruo assegno divorzile, allegando l'elevato tenore di vita goduto in costanza di vincolo (connotato da viaggi e regali di lusso, automobili di valore, disponibilità di natanti da crociera, ecc...) nonché la sproporzione tra le rispettive consistenze patrimoniali degli ex coniugi.

L'assegno veniva negato dal Tribunale di Chieti, per esser stato ritenuto irrilevante il tenore di vita in costanza di matrimonio nonché per difetto del presupposto essenziale, ovvero la mancanza di autosufficienza economica della richiedente.

E tale ricostruzione in fatto della vicenda – corredata delle rispettive tesi difensive delle parti - viene puntualmente riportata nella corposa sentenza di secondo grado, di modo che sia possibile evincere con chiarezza la posizione di entrambi i contendenti, a cui viene dato particolare risalto, così valorizzando l'operato degli avvocati a tutto beneficio della completezza ed esaustività motivazionale della decisione.

Pertanto, sulla base dei principi elaborati dalla nuova giurisprudenza della corte di cassazione la Corte d'appello ha rigettato l'impugnativa proposta.

Con l'altra decisione, dell'11 aprile 2023, preso atto della non dimostrata insufficienza di adeguati mezzi economici della richiedente e della effettiva convivenza tra i coniugi di soli quattro anni, si afferma analogamente che non risulta accertata la circostanza del difetto di autosufficienza economica né dell'impossibilità di acquisirla, ribadendo i principi già espressi.

In questo caso, la richiedente – vistasi anch'essa negare l'assegno divorzile in primo grado – sosteneva, pur essendo un medico quarantenne, di non essere in grado di raggiungere l'indipendenza economica, avendo inoltre rinunciato a occasioni lavorative per il matrimonio e risultando affetta da patologie.

L'appello è stato rigettato sulla base di considerazioni analoghe a quelle già svolte nella precedente sentenza annotata, con motivazione accurata e caratterizzata dalla medesima pregevole attenzione alle difese delle parti.

In sostanza, secondo l'assunto della Corte d'appello, non è stata raggiunta la prova della sussistenza dell'elemento oggettivo dell'inadeguatezza dei mezzi necessari al proprio sostentamento dell'ex coniuge richiedente l'assegno e neppure dell'impossibilità di procurarseli, non risultando a ciò sufficiente il mero stato di disoccupazione “dovendosi verificare, avuto riguardo a tutte le circostanze concrete del caso, la possibilità del coniuge richiedente di collocarsi o meno utilmente, ed in relazione alle proprie attitudini, nel mercato del lavoro”, come affermato già da Cass., sez. I, sent. 27.12.2011, n. 28870.

Come si può notare, in entrambi i casi non vi era la presenza di prole e neppure è stato provato l'effettivo apporto alla vita familiare o alla formazione del patrimonio comune o personale degli ex coniugi da parte delle richiedenti, peraltro in età ritenuta ancora giovanile, ovvero circa quarant'anni, seppur affette da varie patologie, conclamate ma non tali da impedire lo svolgimento di ogni attività lavorativa.

D'altro canto, l'elevato tenore di vita goduto durante il matrimonio non è stato ritenuto rilevante ai fini del decidere, dovendosi ora fare riferimento

ai diversi criteri elaborati dalla suprema corte, difettando comunque nei casi di specie il nesso eziologico tra la sperequazione dei redditi e le scelte di vita familiare effettuate dai coniugi.

Si tratta, dunque, di coerenti e puntuali applicazioni dei richiamati principi in materia, che vanno via via consolidandosi anche nella giurisprudenza di merito.

La Suprema Corte ha elaborato un criterio composito², scaturito dai correttivi apportati alla prima rivoluzionaria citata sentenza n. 11504/2017³, che aveva stravolto la granitica giurisprudenza del precedente trentennio basata, ai fini dell'attribuzione e quantificazione dell'assegno divorzile, sul tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Infatti, il principio interpretativo dell'art. 5 comma 6 della L. 898/70, letto sulla base del presupposto della persistenza anche dopo lo scioglimento del vincolo di doveri di solidarietà post-coniugale, aveva condotto ad assumere quale criterio di attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile principalmente il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Con il nuovo orientamento, invece, si introducono diversi criteri, quali l'autoresponsabilità, l'indipendenza e autosufficienza economica, giustificati dal ritenuto venir meno dopo il divorzio di ogni rapporto tra i coniugi, che riacquistano ciascuno la propria libertà di stato, nel dichiarato intento di superare ogni precedente "suggerione criptoindissolubilista" del matrimonio.

E' evidente, però, che tuttora il principale aspetto della questione è rappresentato dal rigoroso e attento esame che dovrà effettuare, ogni volta e nel singolo caso, il giudice di merito nella valutazione della sussistenza dei surrichiamati presupposti al fine di applicare correttamente i parametri indicati dalla cassazione per l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno di divorzio.

Maria Di Tillio

2. Cfr. Cass. ord. 21.6.2023, n. 17805 e Cass. ord. 15.6.2023, n. 17144, che affermano che non spetta l'assegno all'ex moglie casalinga per scelta personale e non frutto di accordi coniugali; Cass. 13.3.2023, n. 2823, in cui si afferma che l'assegno divorzile è dovuto in caso di spostamenti patrimoniali dall'uno all'altro coniuge avvenuti durante ed in funzione del matrimonio e divenuti ingiustificati ex post, potendosi sempre chiedere la revisione delle condizioni economiche del divorzio; Cass., ord. 28.7.2022, n. 23582 che riconosce valore ai fini dell'attribuzione dell'assegno divorzile al contributo del richiedente alla formazione del patrimonio della famiglia, anche alla luce del sacrificio di concrete (e non aleatorie) aspettative professionali; in senso conforme, v. Cass., ord. 15.7.2021, n. 22499; Cass., ord. 28.2.2020, n. 5603; Cass., ord. 9.8.2019, n. 21234. ove si esclude che la quantificazione dell'assegno di divorzio possa consistere in una percentuale dei redditi del coniuge più abbiente, dovendo piuttosto parametrarsi alle esigenze di vita dignitosa del coniuge richiedente.

3. v. Cass. SS.UU. Sent. 11.7.2018, n. 18287, in "Foro It." n. 9/2018, c. 2671 ss con note di G. Casaburi e M. Bianca.

Trib. L'Aquila, sent. 11 giugno 2022 n. 676 (est. Croci)

Consulenza redatta nell'ambito delle indagini penali - Acquisibilità nell'ambito del procedimento civile- possibilità- sussiste

Ministero- competenza a sorvegliare la realizzazione di costruzioni sussistente al momento di realizzazione dell'opera – Mutamento normativo - intervenuta perdita di tale competenza – Responsabilità Ente Pubblico – permane – ragioni

Ente pubblico obbligato ad effettuare controlli attribuitigli per legge – delega di tale incombenza a libero professionista – Mancato corretto adempimento dell'incarico da parte del professionista – Responsabilità dell'Ente – sussiste

Esperimento dell'azione di regresso non preceduta dal pagamento dell'intero- possibilità – esclusione - possibilità di espletamento dell'azione di regresso nell'ambito della responsabilità ex art. 2053 c.c. – esclusione – ragioni – carattere oggettivo della responsabilità ex art. 2053 c.c. e non per colpa

Terremoto- concorso di responsabilità ex art. 1227 c.c. della vittima che non abbandona l'edificio nonostante il ripetersi delle scosse telluriche – sussiste

Chiamata in causa di terzi – mancanza di allegazione di esclusiva responsabilità di questi nella causazione dell'evento – possibilità di estensione automatica della domanda a carico del terzo - esclusione

Deve ritenersi che la consulenza redatta in sede di indagini penali sia utilizzabile in sede civile attesa la sua attendibilità causa l'elevata competenza dei consulenti incaricati e dall'ampia indagine dai medesimi effettuata.

In caso di rovina di edificio, determinata dal mancato rispetto della normativa vigente all'epoca della sua realizzazione, gli Enti pubblici che, a tale epoca, avevano l'obbligo di sorveglianza sulle costruzioni in zona sismica, devono ritenersi responsabili per i danni verificatisi, a nulla rilevando che, nel corso del tempo, tale competenza sia stata attribuita ad altri Enti, attesa anche la circostanza che la normativa che ha stabilito tale trasferimento di competenze nulla ha stabilito in relazione alla successione tra tali Enti pubblici.

Qualora un Ente pubblico demandi ad un professionista esterno attività, rientranti nelle competenze proprie del delegante, l'eventuale ricorrenza di responsabilità è riferibile all'Ente medesimo poiché, in tale eventualità, il libero professionista svolge funzioni pubbliche e la responsabilità dell'Ente preponente permane a prescindere del rapporto di lavoro instaurato con il soggetto delegato alla svolgimento della funzione pubblica.

L'azione di regresso non può essere esperita nei confronti di terzi se non dopo aver pagato le somme di cui si chiede la ripetizione ed, inoltre, attesa la circostanza che l'azione ex art. 2053 c.c. ha natura di responsabilità oggettiva, parimenti l'azione di regresso non è esperibile, in tale ipotesi, atteso che il regresso presuppone l'accertamento del grado di colpa.

Ai sensi dell'art. 1227 c.c. deve ritenersi la ricorrenza del concorso di colpa laddove la vittima, nonostante preesistenti scosse di terremoto, non abbia abbandonato l'abitazione poi crollata, concorso che può contenersi nella misura del 30% tenuto conto dell'affidamento che le vittime avevano riposto nella capacità dell'edificio di resistere al sisma attesa la sua realizzazione in cemento armato ed avendo esso resistito, in precedenza, allo sciame sismico in essere da mesi.

I chiamati in causa non rispondono della responsabilità del chiamante in causa nell'ipotesi in cui, quest'ultimo, fonda la responsabilità dei chiamati non sui medesimi titoli per cui egli è stato convenuto in giudizio bensì su altri e diversi titoli non oggetto di causa.

(*omissis*) Con distinti ricorsi ex 702 bis c.p.c. gli attori sopra indicati adivano questo Tribunale chiedendo la condanna in solido dei convenuti Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, la Prefettura di L'Aquila, il Comune di L'Aquila nonché di (*omissis*) e (*omissis*) quali eredi del costruttore (*omissis*) al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivati dal decesso dei rispettivi familiari a seguito del al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti in conseguenza del crollo del palazzo sito in L'Aquila, (*omissis*), verificatosi la notte del 6 aprile 2009 a seguito del noto sisma verificatosi in tale data. Esponevano come il collasso dell'edificio fosse imputabile a gravi vizi di progettazione e di costruzione nonché carenze nel calcestruzzo, quanto a elevata variabilità del materiale impiegato e cattiva esecuzione nella ripresa dei getti, come documentato dalle consulenze tecniche esplesate nell'ambito del penale avviato dalla Procura di L'Aquila n. 1509/2009 ampiamente richiamate negli atti introduttivi e prodotte agli (procedimento conclusosi con l'archiviazione, essendo gli indagati tutti deceduti).Deducevano pertanto la responsabilità ex artt.2043, 2049, 2055 c.c. dei convenuti

per la realizzazione di una costruzione difforme dalle prescrizioni normative all'epoca vigenti ed incapace di resistere all'azione di un sisma non avente carattere anomalo o eccezionale; in particolare: del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti nonché della Prefettura per aver non aver diligentemente adempiuto ai compiti di vigilanza e controllo di rispettiva competenza in materia edilizia (in particolare: legge n. 1684 del 1962 - "Norme tecniche per l'edilizia, con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti" per quanto attiene al Genio civile, all'epoca incardinato nel Ministero dei LLPP., i cui funzionari avevano rilasciato dapprima autorizzazione a costruire, ritenendo il progetto conforme alla normativa antisismica e corretti i calcoli di progetto all'uopo presentati e poi certificato di perfetta rispondenza alla normativa stessa dell'edificio realizzato; R.D.L. n. 2229 del 16 novembre 1939 - "Norme per l'esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice o armato", di competenza della Prefettura, il cui incaricato Ing. Fiorentini per non aver adempiuto agli obblighi di verifica sul conglomerato cementizio); del Comune di L'Aquila, che aveva rilasciato il certificato di abitabilità nonostante le difformità tra il fabbricato realizzato e quello assentito;

del costruttore e primo proprietario (*omissis*) e per esso dei suoi eredi per i vizi nell'edificazione del palazzo.

Si costituivano tempestivamente tutti i convenuti nei procedimenti inizialmente separati, tutti eccependo la prescrizione delle pretese azionate e contestandone *an e quantum*.

(*omissis*)

Va premesso come non si rinvenivano in atti i fascicoli di parte cartacei relativi alla controversia R.G. (*omissis*), essendovi solo il fascicolo d'ufficio con le copie di taluni degli atti introduttivi; dovrà pertanto disporsi la separazione del procedimento e la rimessione sul Ruolo per le ricerche e/o la ricostruzione.

Venendo ai residui procedimenti riuniti, si osserva:

sono infondate le eccezioni di prescrizione quinquennale (*omissis*).

Ciò chiarito, premessa l'utilizzabilità in sede civile degli atti espletati in sede penale (e in particolare delle consulenze redatte in sede di indagine e prodotte agli atti, da ritenersi nella specie attendibili in considerazione dell'elevata competenza dei consulenti incaricati, dell'ampia indagine da costoro svolta con numerose ispezioni sul posto, analisi dei campioni ivi raccolti; cfr. *ex multis*. Cass. Ordinanza n. 3689 del 12/02/2021 Rv. 660319 – 01; Sentenza n. 1593 del 20/01/2017 (Rv. 642469 – 01; Ordinanza n. 19521 del 19/07/2019 Rv. 654570 – 01) sussiste la legittimazione passiva e la responsabilità dei Ministeri convenuti nonché degli Eredi (*omissis*).

Dalla documentazione agli atti (Consulenze Arch. (*omissis*); ing. (*omissis*);

ing. (*omissis*)), emerge che l'edificio di interesse fu costruito (*omissis*) nella vigenza della legge n. 1684 del 1962 - "Norme tecniche per l'edilizia, con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti" e del R.D.L. n. 2229 del 16 novembre 1939 - "Norme per l'esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice o armato".

La legge n. 1684 del 1962 che poneva in generale in capo all'Ufficio del Genio Civile l'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge medesima; classificava il Comune di L'Aquila nella II Categoria di rischio sismico e prescriveva le caratteristiche progettuali e strutturali degli edifici ivi realizzati, ponendo il divieto di iniziare nuove costruzioni senza la previa autorizzazione scritta dell'Ufficio del Genio Civile, rilasciata dopo l'invio da parte dell'interessato della denuncia lavori unitamente al progetto; subordinava poi il rilascio della Licenza d'uso da parte della Prefettura alla previa certificazione, da parte dell'Ufficio del Genio Civile, della corrispondenza della costruzione alla normativa antisismica; ai funzionari del Genio Civile era attribuito altresì il compito di verificare se i lavori fossero in concreto eseguiti in conformità con le norme della stessa legge 4, 12, 13, 15, 25, 38; in particolare devolve al Genio Civile la vigilanza sull'osservanza delle norme poste dalla legge medesima con riguardo alle costruzioni in cemento armato, quale quella di specie: "Per la progettazione e l'esecuzione delle opere in cemento armato nelle località sismiche, fermi restando i compiti demandati alle Prefetture dalle norme vigenti in materia, agli Uffici del genio civile compete l'obbligo della vigilanza sull'osservanza delle presenti norme" (art.15). Tale vigilanza si esplica sia in via preventiva, posto che è al Genio Civile che gli interessati debbono presentare la denuncia di nuova costruzione di cui all'art.25 al fine di ottenere l'autorizzazione indispensabile alla realizzazione della nuova costruzione di cui all'art.26 (art. 26 - Autorizzazione per l'inizio dei lavori. Fermo restando l'obbligo della licenza di costruzione prevista dalla vigente legge urbanistica, nelle località sismiche non si possono iniziare lavori senza preventiva autorizzazione scritta dell'Ufficio del genio civile competente.; art.25 - Denuncia dei lavori, presentazione ed esame dei progetti. Nelle località sismiche di cui agli articoli 5 e seguenti della presente legge chiunque intende procedere a nuove costruzioni, è tenuto a darne preavviso scritto ... all'Ufficio del genio civile competente... . Alla domanda deve essere unito il progetto, in doppio esemplare ... esauriente per planimetria, piante, prospetti e sezioni ed accompagnato da una relazione tecnica e dal fascicolo dei calcoli delle strutture portanti, sia in fondazione che in elevazione. La relazione tecnica, salvo che non si tratti di edifici speciali, deve dar anche conto della natura geomorfologica del terreno ed essere accompagnata da necessari profili stratigrafici. All'Ufficio del genio civile

competete la verifica della corrispondenza del progetto alle presenti norme, ed in particolare: 1) il controllo della idoneità del terreno edificatorio e la larghezza delle banchine dei ritiri e dei ripiani previsti dall'art. 5; 2) l'ammissibilità delle altezze degli edifici, delle larghezze stradali e degli intervalli d'isolamento, di cui all'art. 17, sentita la Sezione urbanistica del Provveditorato;") sia in corso di edificazione (art.38 ult. co.: "I funzionari del Genio civile debbono altresì accertare se le riparazioni, ricostruzioni e nuove costruzioni procedano in conformità delle presenti norme. ...") sia, infine, a posteriori, ove si consideri che "Il rilascio da parte del prefetto della licenza d'uso per gli edifici costruiti in cemento armato e delle licenze di abitabilità da parte dei Comuni è condizionata alla esibizione di un certificato da rilasciarsi dall'Ufficio del genio civile che attesta la perfetta rispondenza dell'opera eseguita alle norme per l'edilizia antisismica." (art.36 legge cit.).

Il R.D.L. n. 2229 del 16 novembre 1939 - "Norme per l'esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice o armato", applicabile ad ogni opera in conglomerato cementizio da cui "la cui stabilità possa comunque interessare l'incolumità delle persone" (art.1), quale certamente era l'edificio di causa, prevedeva la necessaria redazione di un progetto da parte di un architetto o ingegnere, che preferibilmente avrebbero dovuto dirigere i lavori; lavori la cui esecuzione era riservata a costruttori iscritti nell'apposito elenco delle ditte specializzate; esigeva altresì che le qualità e proprietà dei materiali fossero essere comprovate prima e durante il corso dei lavori, con periodico prelievo di campioni, mediante certificati rilasciati laboratori ufficiali indicati nello stesso R.D.L. (artt.2/3); l'art.4 imponeva quindi ai costruttori, prima di dare avvio alle opere in questione, di trasmettere alla Prefettura una denuncia corredata da una copia del progetto di massima, da tenere a disposizione in cantiere - e da aggiornare con le eventuali modifiche disposte in corso d'opera, da evidenziarsi con inchiostro di colore diverso, datate e firmate dal direttore dei lavori - per "eventuali visite di controllo. Le visite predette possono essere affidate dalla prefettura a funzionari di uffici tecnici municipali o provinciali o a liberi professionisti di riconosciuta competenza. [...] Qualora dalle ispezioni risultassero gravi manchevolezze nella esecuzione delle opere, la prefettura potrà ordinare la sospensione dei lavori e far eseguire una inchiesta da apposita commissione per i provvedimenti del caso. Agli ingegneri incaricati delle visite di controllo sono corrisposte, a carico dei costruttori, le competenze sancite dalla tariffa professionale [...]. Al termine dei lavori il committente, per ottenere la licenza di uso della costruzione, deve presentare alla prefettura il certificato di collaudo rilasciato da un ingegnere di riconosciuta competenza iscritto all'albo. [...]" Il testo normativo prosegue dettando Norme di discipli-

nando specificamente la qualità e composizione dei materiali - Capo II Qualità dei materiali (artt.5/17), la progettazione (Capo III Norme di progettazione, artt.18/34), le modalità esecutive delle opere in conglomerato cementizio, disciplinando nel dettaglio la preparazione degli impasti, il getto e la ripresa, la compattazione, la rimozione dei casseri, le temperature richieste per l'esecuzione dell'opera, ecc. (Capo IV Norme di esecuzione, artt.35/49), nonché il collaudo Capo V (artt. 50/51). Che i compiti demandati alla Prefettura integrassero una funzione di controllo emerge con evidenza sia dalla previsione inerente l'invio alla Prefettura, unitamente alla denuncia di nuova costruzione, del progetto redatto dall'ingegnere o architetto di cui all'art.1 R.D.L. cit., sia dalla necessità che le visite ispettive fossero eseguite da un tecnico, capace pertanto di verificare l'effettiva osservanza della normativa in materia, sia dal potere di sospendere i lavori allorché questi rinvenisse gravi irregolarità, art.4, R.D.L.. Peraltro, il fatto che fosse prevista una denuncia all'avvio dei lavori si spiega tenendo conto del fatto che, ad influire sulla solidità e buona riuscita dell'opera non sono solo la correttezza a livello progettuale e la qualità dei componenti del cemento (vagliate tramite l'obbligo di invio del progetto, di tenerlo in cantiere per eventuali visite ispettive e di aggiornarlo in modo da rendere immediatamente visibili le eventuali modifiche, con inchiostro diverso, nonché l'obbligo di prelevare periodicamente dei campioni), ma anche le operazioni di miscelazione dello stesso e la sua concreta posa in opera, le quali incidono in via determinante e decisiva sulle caratteristiche finali conglomerato, ben potendo comprometterne radicalmente le capacità di tenuta ove non correttamente eseguite (vd. infra, Relazione ing. (*omissis*); il che spiega anche perché la legge detti una minuziosa disciplina in ordine alla fase esecutiva).

E' quindi evidente come tali testi normativi devolvessero agli organi dei due Ministeri compiti di controllo funzionali a garantire la sicurezza dell'edificio da costruire.

In ordine alla contestata legittimazione dei Ministeri, si osserva che la successiva legge n.1086 del 5.11.71 G.U. 21.12.71 "Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica" (vd. in particolare artt.4, 8, 22) traferì al Genio Civile i compiti in materia di costruzioni in conglomerato cementizio sin lì affidati alle Prefetture; il D.P.R. n.8/72 traferì alle Regioni a statuto ordinario nel cui territorio avevano sede gli Uffici del Genio Civile (art.12, lettera a, ove gli uffici del genio civile sono qualificati uffici periferici del Ministero dei LL.PP.; non appare rilevante il successivo D.P.R. n.616/77, che si occupa delle funzioni statali non traferite, tra l'altro, con il citato D.P.R. n.8/72). Più tardi, per quanto concerne la Regione Abruzzo si traferivano alle Province le funzioni

amministrative inerenti i provvedimenti di competenza dei servizi del Genio Civile e in materia di denuncia di opere in conglomerato cementizio armato, normale o precompresso ed a struttura metallica di cui alla legge n. 1086 del 1971 e succ.ve mod.ni (L.R. 12 agosto 1998, n. 72, art.7).

E' vero che l'illecito si è consumato soltanto nel 2009 e tuttavia l'attività umana che ad esso ha dato causa si è realizzata quando tali uffici e funzioni erano di competenza e concretamente svolti dalle PP.AA. statali odierne convenute.

Al riguardo, si osserva che la successione tra enti pubblici non dispone di una propria disciplina generale, sicché essa viene regolata dal provvedimento che la dispone; solo ove in quest'ultimo non si rinvergono indicazioni può farsi applicazione dei principi generali ("La successione fra enti pubblici non è regolata in via generale dall'ordinamento e, pertanto essa viene, di regola, disciplinata dalle singole leggi che la dispongono. Da ciò consegue, fra l'altro, che possa ipotizzarsi l'applicabilità dei principi civilistici solo in assenza di contrarie disposizioni relative alla singola vicenda successoria [...]” Cass., Sentenza n. 5072 del 05/04/2001, Rv. 545608 - 01).

Nel caso di specie, il D.P.R. n.7/72 lascia in capo allo Stato la competenza in ordine ai procedimenti relativi alle funzioni trasferite qualora essi abbiano importato un impegno di spesa, anche pluriennale, anteriore al trasferimento (art.10); l'art.11 prevede la consegna alle Regioni degli elenchi degli affari non esauriti diversi da quelli individuati all'art.10; si prevede la successione delle Regioni negli immobili ed arredi degli uffici statali trasferiti ai sensi dell'art.12 (art.14), nonché la consegna degli archivi e documenti (art.15).

Orbene, dalle disposizioni ora richiamate emerge che il trasferimento non ha certamente investito procedimenti già definitivamente esauriti anteriormente ad esso (quale quello che qui interessa). Ciò anche tenendo conto di quanto disposto dall'art.21 (che in parte rinvia all'art.8, l. 281/70 - Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle regioni a statuto ordinario e prevede la creazione di un fondo speciale) inerente le modalità contabili di assegnazione delle risorse per le funzioni trasferite, che risultano operanti comunque per il futuro e dunque volte a sostenere le attività che le Regioni avrebbero svolto dal trasferimento in poi. E' peraltro da escludere applicazione dei principi propri delle successioni universali, posto che gli Enti di "provenienza", ossia i Ministeri, non si sono estinti né è cessato l'interesse pubblico alla sorveglianza sull'osservanza della normativa in materia di edilizia antisismica e/o in conglomerato cementizio sicché non si è verificato quell'integrale subingresso nel patrimonio degli Enti "dante causa" che giustificerebbe anche l'assunzione di tutte le obbligazioni ad esso riferibili.

Tenuto infine conto del fatto che la regola-base della responsabilità extracontrattuale di cui all'art.2043, c.c. pone a carico di colui che ha commesso il fatto doloso o colposo l'obbligo di risarcire il danno ingiusto che dal fatto è derivato deve ritenersi che sussista la legittimazione del Ministeri qui convenuti (cfr. Cass., Sentenza n. 3248 del 11/05/1983 Rv. 428145 – 01; Sentenza n. 6452 del 13/12/1980 Rv. 410208 – 01; Sentenza n. 8692 del 10/04/2013 Rv. 626122 – 01).

Ciò chiarito, alla luce dei compiti che le citate disposizioni normative affidavano ai Ministeri, sussiste la responsabilità degli stessi nella determinazione del crollo.

Come sopra osservato, in data 09/04/1963 il Comune di L'Aquila rilasciava autorizzazione a costruire, condizionata, tra l'altro, al preventivo rilascio dell'autorizzazione da parte del Genio Civile competente per territorio; l'istanza di autorizzazione a costruire, a firma delle allora proprietarie dell'area di sedime, venne acquisita dal Genio Civile di L'Aquila in data 6.6.1963 con il n° 9119 di protocollo; la richiesta venne corredata del progetto architettonico e del progetto strutturale dell'edificio, con annessa la relazione tecnica illustrativa dell'intervento e la relazione di calcolo delle strutture portanti in conglomerato cementizio armato; il Genio Civile rilasciò l'autorizzazione all'esecuzione delle opere in data 20.6.1963 con il n° 6417 e, completata l'opera, il proprietario chiedeva al Genio Civile l'attestazione di perfetta rispondenza dell'opera eseguita alle norme di edilizia antisismica in data 28.12.1963. Il 12/07/63 la Prefettura incaricava l'ing. (*omissis*) del controllo delle opere in conglomerato cementizio, invitandolo a segnalare eventuali irregolarità e a trasmettere all'esito una breve relazione circa la regolare esecuzione dei lavori funzionale al rilascio della Licenza d'uso ai sensi dell'art.4 R.D.L.; tale Licenza d'uso risulta poi effettivamente rilasciata, risultando la stessa dal certificato di abitabilità poi emesso dal Comune (vd. certificato fasc. Condominio; relazione (*omissis*) pag.32); il funzionario del Genio Civile incaricato, il giorno 21.1.1964 redigeva verbale di accertamento delle opere eseguite, alla presenza del Direttore dei Lavori, del Costruttore e del Committente. In data 22.1.1964 l'ingegnere capo del Genio Civile di L'Aquila, preso atto delle risultanze del Verbale di accertamento, rilasciava il certificato di perfetta rispondenza del manufatto realizzato alle norme per l'edilizia antisismica (vd. relazione Arch. (*omissis*), pagg.17 e ss. 29 e ss.).

Dalla Relazione degli ingg. (*omissis*) e (*omissis*) risulta come il progetto strutturale e la relazione di calcolo presentate al Genio Civile al fine di verificare la conformità alla normativa antisismica fossero entrambi assai carenti, con una marcata sottostima delle azioni sismiche previste dalla normativa

all'epoca vigente e dei carichi reali presenti sull'edificio, tali da renderlo particolarmente vulnerabile proprio dal punto di vista sismico in particolare nella direzione trasversale, proprio quella nella quale si manifestò il collasso (vd. pagg.48/65; 68/71). Ciò attesta come il crollo sia imputabile all'inosservanza della normativa antisismica da applicarsi ed alla negligenza del Genio Civile, che invece certificava la conformità di progetti e connessa costruzione alla predetta normativa.

Parimenti sussiste la responsabilità del Ministero dell'Interno e delle Eredi (*omissis*), in ragione della inosservanza delle prescrizioni dettate dal RDL n. 2229 del 16 novembre 1939 e della buona tecnica nonché degli omessi controlli sul in punto. Sia dalla relazione redatta il 20/09/2009 dall'ing. (*omissis*) dei VV.FF. a seguito di sopralluogo eseguito all'indomani del crollo, sia dalla relazione dell'ing. (*omissis*) (vd. produzioni attoree) emerge una anomala disgregazione delle strutture in cemento armato; in particolare la stessa viene imputata dall'ing. (*omissis*) alla scorretta posa in opera del materiale: il Consulente chiarisce che la correttezza della miscelazione del conglomerato e delle operazioni di getto e ripresa dello stesso nel corso dei lavori siano determinanti per garantire la sua resistenza e durata; in particolare, la miscelazione ed il getto/ripresa debbono essere eseguiti in modo da assicurare l'omogeneità dell'impasto delle varie componenti del conglomerato (omogeneità necessaria perché esso possa poi avere le caratteristiche di resistenza e durezza sue proprie) nonché in modo da assicurarne la perfetta compattazione nelle casseforme (indispensabile per espellere l'aria); ove tali operazioni non siano correttamente eseguite, il conglomerato perde le sua capacità di resistenza e durezza nel tempo, sostanzialmente divenendo assai più fragile; la scorrettezza delle operazioni di miscelazione, getto/ripresa e compattazione determina una serie di fenomeni denominati sedimentazione (i componenti più pesanti del conglomerato precipitano in basso, separandosi dagli altri), bleeding (separazione dell'acqua dall'impasto); quando entrambi tali fenomeni si verificano essi danno luogo ad un ulteriore fenomeno, denominato segregazione; tali fenomeni sono stati riscontrati in numerosi pilastri dell'edificio ed alla base degli stessi nonché in corrispondenza di nodi travi/pilastro; essi, con particolare riguardo alla sedimentazione alla base di vari pilastri del livello garage, hanno avuto un ruolo determinante nel collasso dell'edificio (pag. 21 Relaz. (*omissis*)). Peraltro, il fenomeno di sedimentazione alla base dei pilastri era immediatamente visibile e percettibile, tanto che l'ing. (*omissis*) ritiene perciò particolarmente grave la mancata vigilanza e controllo in cantiere durante la lavorazione (pag. 21, Relazione (*omissis*)). Va poi escluso che il sisma possa configurare un'ipotesi di forza maggiore atta ad escludere il nesso

causale; sul punto appare sufficiente osservare che, come rilevato anche nella Consulenza (*omissis*) e come mostrato sia dalle fotografie in essa riportate, gli edifici vicini sia in muratura che in cemento armato, pur subendo danni più o meno estesi non hanno subito il collasso radicale verificatosi nella specie. Né il nesso causale è interrotto dalle concorrenti responsabilità imputabili ad altri soggetti indicati dalla difesa erariale, posto che queste semmai si affiancano e concorrono, ma non certo escludono quelle dei Ministeri.

Alla luce delle osservazioni sin svolte deve affermarsi la responsabilità della Ministero dell'Interno e del costruttore (*omissis*) e per esso delle sue Eredi convenute: quest'ultimo procedeva alla realizzazione delle strutture in cemento armato compiendo errori di miscelazione, getto/ripresa e compattazione (operazioni eseguite in difformità alle prescrizioni di cui agli artt.35 e 41 R.D.L. cit. e comunque alle regole della buona tecnica) e l'ing. (*omissis*) incaricato della Prefettura non rilevava gli stessi benché resi evidenti dai gravi fenomeni di sedimentazione presenti alla base dei pilastri; pur in mancanza della relazione dell'ing. (*omissis*) alla Prefettura, ben può desumersi che egli non avesse rilevato detti errori dal fatto che la Licenza d'uso sia poi stata emessa dalla Prefettura. Non possono condividersi le considerazioni del Ministero in ordine alla non imputabilità alla Prefettura dell'operato dell'ing. (*omissis*), in ragione della sua qualità di libero professionista; la Prefettura era il soggetto cui – a tutela dell'incolumità pubblica, art. 1, R.D.L. n.2229/39 – la legge affidava la vigilanza sulle opere in conglomerato; essa esercitava pertanto una funzione amministrativa sua propria, sicché il (*omissis*) agiva quale funzionario pubblico (ossia quale soggetto di cui l'ente pubblico si serve per l'espletamento delle proprie funzioni; null'altro - e certo non la sua qualità di libero professionista – attribuivano al (*omissis*) il potere di eseguire ispezioni sul cantiere e compiere le verifiche sui lavori in corso), restando completamente indifferente la mancanza di un rapporto di lavoro subordinato con la Prefettura o altra P.A.; l'art.28 Cost. nel riferirsi espressamente “funzionari e dipendenti” contempla - implicitamente ma chiaramente - la possibilità che vi siano funzionari (intesi come esercenti di pubbliche funzioni) che non siano anche dipendenti della P.A. per conto della quale operano (dal punto di vista del rapporto di lavoro che ad essa li lega), e tuttavia adotta per essi un identico regime (“L'affermazione della responsabilità aquiliana degli enti pubblici per il fatto di funzionari e dipendenti presuppone che sia stata accertata e dichiarata la responsabilità, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., di (almeno) una delle persone fisiche poste in rapporto giuridicamente rilevante con l'ente stesso (amministratori, funzionari o dipendenti), le quali, per la posizione di “protezione” rispettivamente rivestita, siano in condizione di adottare le

misure preventive necessarie ad evitare la consumazione dell'illecito" Cass., Sentenza n. 22585 del 03/10/2013, Rv. 628151 - 01); avalla ulteriormente tale conclusione lo stesso tenore dell'art.4 RDL n.2229/39, il quale consentiva al prefetto di affidare l'incarico a tecnici municipali o provinciali ovvero a liberi professionisti riconosciuta competenza. L'intercambiabilità delle due opzioni e l'identità del compito da eseguire per conto della P.A. esclude che il regime della responsabilità possa mutare in ragione di un dato 'esterno' – tipologia del rapporto di lavoro con la P.A. – del funzionario, inteso appunto come colui che svolge in concreto le funzioni proprie della P.A. di cui trattasi. Resta poi irrilevante il dato che il compenso dell'incaricato libero professionista fosse a carico del costruttore; tale disposizione si spiega tenendo conto che è il costruttore che, avviando l'opera, ingenera il possibile pericolo per l'incolumità pubblica che impone l'attivazione della competente P.A..

Ciò chiarito, va respinta la domanda di regresso ex art.2055 c.c. formulata dai Ministeri verso gli altri convenuti nonché il convenuto chiamato Condominio nonché in genere verso i proprietari ai sensi dell'art.2053 c.c.; premesso che il regresso presuppone il previo pagamento dell'intero, elemento costitutivo di tale diritto (artt.1299, 2055 II comma c.c., che allo stato non sussiste, apparendo inutile una pronuncia condizionata a tale eventualità, posto che il fatto del pagamento dovrebbe comunque essere accertato e provato in un giudizio che, quand'anche nelle forme monitorie, sarebbe comunque di cognizione) sicché non può in questa sede pronunciarsi condanna di rimborso verso alcuno, si osserva come l'azione di regresso, presupponendo l'accertamento della colpa, è incompatibile con una responsabilità quale quella di cui all'art.2053 c.c. che ha carattere oggettivo e che configura anche una fattispecie di responsabilità per fatto altrui laddove accolla al proprietario anche il vizio di costruzione, quali quelli ricorrenti e fonte del crollo (cfr. Cass. Sentenza n. 17763 del 05/09/2005 Rv. 584900 – 01: "In tema di responsabilità per illecito extracontrattuale, il principio secondo cui, nei rapporti interni tra più soggetti tenuti a rispondere solidalmente dell'evento dannoso, il regresso è ammesso, a favore di colui che ha risarcito il danno e contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa, presupponendo che ciascuno dei corresponsabili abbia una parte di colpa nel verificarsi dell'evento dannoso, esclude implicitamente la possibilità di esercitare l'azione di regresso nei confronti di coloro che, essendo tenuti a rispondere del fatto altrui in virtù di specifiche disposizioni di legge, e quindi in base ad un criterio di imputazione legale, risultano per definizione estranei alla produzione del danno. Pertanto, nell'ipotesi in cui per un incidente stradale siano tenuti a rispondere nei confronti di un terzo, oltre al conducente, il suo datore

di lavoro ed il proprietario dell'autoveicolo, questi ultimi due sono privi di regresso l'uno nei confronti dell'altro, venendone a mancare la stessa funzione giuridico - economica, che consiste nell'accollare il costo del danno all'effettivo responsabile, mentre possono esperire, nello stesso o in separato giudizio, azione di rivalsa contro il conducente - dipendente, autore del fatto dannoso, per l'intera somma pagata al terzo danneggiato.”; cfr. anche Cass. Sentenza n. 16417 del 27/07/2011 Rv. 619443 – 01; Sentenza n. 24567 del 01/12/2016 Rv. 641973 – 01; Sentenza n. 16512 del 05/07/2017 (Rv. 644819 - 01) ed essendo rimaste indimostrate eventuali posteriori condotte colpose dei proprietari influenti sul collasso. Va quindi respinta la domanda verso il condominio (e/o gli altri proprietari quali al (*omissis*) nonché verso il Comune, vd. infra) e resta pertanto assorbita la domanda di garanzia del Condominio verso (*omissis*).

Può pertanto solo procedersi all'accertamento delle quote di responsabilità ascrivibili agli altri convenuti Eredi del costruttore (*omissis*), previo scomputo della quota imputabile alle stesse vittime.

E' infatti fondata l'eccezione di concorso di colpa delle vittime ai sensi dell'art.1227 I comma c.c., costituendo obiettivamente una condotta incauta quella di trattenersi a dormire - così privandosi della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa – nonostante il notorio verificarsi di due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile, concorso che, tenuto conto dell'affidamento che i soggetti poi defunti potevano riporre nella capacità dell'edificio di resistere al sisma per essere lo stesso in cemento armato e rimasto in piedi nel corso dello sciame sismico da mesi in atto, può stimarsi in misura del 30% (art.1127 I co. c.c.), con conseguente proporzionale riduzione del credito risarcitorio degli odierni attori.

Ne deriva che la quota di responsabilità ascrivibile a ciascun Ministero è del 15% ciascuno e per il residuo 40% in capo agli Eredi del costruttore (*omissis*).

Vanno invece respinte le domande attoree verso il Comune di L'Aquila, posto che il controllo a detto ente demandato dalla disciplina prevede un controllo meramente formale circa l'esistenza delle autorizzazioni di competenza del genio Civile e Prefettura; nella specie, si dà atto nel certificato dell'avvenuto rilascio della licenza di cui all'art.4 RDL n.2229 del 1939, la quale ha come presupposto il previo rilascio del certificato di conformità alla normativa antisismica da parte del Genio Civile (art.36 legge n.1684 del 1962) sicché non si ravvisa una omissione rilevante nel rilascio del certificato in questione.

Restano pertanto assorbite le domande di regresso formulate in via subordinata dal Comune per l'ipotesi di propria condanna verso gli Eredi del progettista Cimino chiamati in causa e la domanda di manleva del Comune

verso il proprio assicuratore (*omissis*).

Va peraltro osservato, con riguardo alla posizione dei chiamati Condominio e Eredi (*omissis*) come gli attori non abbiano esteso le proprie pretese nei confronti di detti terzi chiamati e come non operi nella specie l'estensione automatica della domanda, posto che né i Ministeri né il Comune indicano i soggetti rispettivamente chiamati quali unici obbligati nei confronti degli attori, in via alternativa a essi convenuti, ma quali soggetti portatori di responsabilità aventi altro titolo e fondamento, ritenuti corresponsabili o le cui condotte eliderebbero il nesso causale tra quelle ascritte dagli attori ai convenuti chiamanti e l'evento lesivo, formulando domanda di regresso verso i chiamati per l'ipotesi di propria condanna; in altre parole, i Ministeri ed il Comune non sostengono che siano i soggetti da loro chiamati a dover rispondere dei fatti loro ascritti, ma semplicemente che esistano altri coobbligati che concorsero per altri titoli nella determinazione del danno lamentato dagli attori, titoli che questi ultimi, peraltro, ben avrebbero potuto azionare in via autonoma e che non hanno fatto valere in corso di causa estendendo ai detti chiamati le proprie pretese. (cfr. Cass. civ., sez. III, 21/10/2008, n. 25559: "la domanda principale dell'attore si estende automaticamente al chiamato in causa dal convenuto, quando la chiamata del terzo sia effettuata per ottenere la liberazione dello stesso convenuto dalla pretesa attorea, individuandosi il terzo come l'unico obbligato nei confronti dell'attore, in posizione alternativa con il convenuto ed in relazione alla medesima obbligazione dedotta nel giudizio; viceversa, l'estensione automatica della domanda dell'attore al terzo chiamato dal convenuto non opera quando il chiamante faccia valere nei confronti del chiamato un rapporto diverso, ed in particolare, ove l'azione abbia natura risarcitoria, qualora venga dedotto un titolo di responsabilità del terzo differente ed autonomo rispetto a quello invocato dall'attore"; Cass. Ordinanza n. 30601 del 27/11/2018 Rv. 651852 – 01: Qualora il convenuto in un giudizio di risarcimento dei danni, chiami in causa un terzo indicandolo come soggetto (cor)responsabile della pretesa fatta valere dall'attore e chieda di essere manlevato in caso di accoglimento della pretesa attorea, senza porre in dubbio la propria legittimazione passiva, si versa in una ipotesi di chiamata in garanzia, nella quale non opera la regola della automatica estensione della domanda al terzo chiamato, atteso che la posizione assunta dal terzo nel giudizio non contrasta, ma anzi coesiste, con quella del convenuto rispetto all'azione risarcitoria, salvo che l'attore danneggiato proponga nei confronti del chiamato (quale coobbligato solidale) una nuova autonoma domanda di condanna. (Nella fattispecie, la S.C., in applicazione del principio di cui in massima, ha confermato la decisione di merito, che aveva considerato non operante la regola della automatica estensione al terzo chiamato della domanda risarcitoria principale

relativamente ad un'ipotesi in cui l'Azienda Ospedaliera convenuta aveva chiamato in causa il proprio dipendente medico-chirurgo, limitandosi a svolgere nei suoi confronti domanda di rivalsa condizionata all'accoglimento della pretesa attorea e senza che l'attore avesse proposto in via autonoma una domanda di condanna nei confronti del chiamato); Sentenza n. 516 del 15/01/2020 Rv. 656810 – 01: Diversamente dall'ipotesi in cui il convenuto in giudizio chiami in causa un terzo, indicandolo come il soggetto tenuto a rispondere della pretesa dell'attore (caso, questo, nel quale la domanda attorea si estende automaticamente al terzo, pur in mancanza di apposita istanza, dovendosi individuare il vero responsabile nel quadro di un rapporto oggettivamente unitario), nell'eventualità della chiamata del terzo in garanzia la predetta estensione automatica non si verifica, in ragione dell'autonomia sostanziale dei due rapporti, ancorché confluiti in un unico processo.)

Venendo ai danni risarcibili (*omissis*)

NOTA – NESSUN ADDEBITO DI IMPRUDENZA... SE L'IMPERIZIA È INCOLPEVOLE

SOMMARIO: § 1 Il fatto § 2. La posizione degli attori; §3 La posizione dei Convenuti; § 4 La posizione dei terzi chiamati; §5 La sentenza; § 5.1. La corresponsabilità ex art. 1227 c.c.; § 6 I profili problematici della sentenza in commento; § 6.1. La nozione di colpa cui l'art. 1227 c.c. § 6.2. L'essenza dell'addebito colposo; § 6.2.1. La c.d. colpa generica; § 6.2.1.1 i rapporti tra negligenza, imprudenza ed imperizia; § 6.2.1.1. 1 Il principio dell'affidamento

§ 1 Il fatto

*Nel corso della notte del 6 aprile 2009, un violento terremoto ha provocato il crollo tragico dell'edificio situato in via (*omissis*) nella città de L'Aquila, con conseguente perdita di vite umane tra coloro che si trovavano al suo interno.*

A seguito dell'evento, la Procura ha avviato un procedimento penale che, attraverso consulenze tecniche approfondite, ha stabilito che il crollo dell'edificio, nonostante l'intensità della scossa non anormale, era da attribuire a gravi difetti di progettazione e costruzione.

Dopo aver preso atto dell'archiviazione del procedimento penale a causa del decesso degli imputati, gli eredi delle vittime, basandosi su elementi già acquisiti, hanno intrapreso quattro procedimenti sommari di cognizione ex

art. 702 bis c.p.c. al fine di ottenere il risarcimento dei danni, sia patrimoniali che non, derivanti dalla morte dei propri familiari in seguito al disastro. Un requisito fondamentale per la richiesta di condanna è l'accertamento della responsabilità ex artt. 2043, 2049 e 2055 c.c. nei confronti degli eredi del costruttore dell'edificio, del Ministero dell'Interno, del Ministero delle Infrastrutture e del Comune di L'Aquila per aver realizzato o consentito la realizzazione di una struttura non conforme alle disposizioni normative e incapace di resistere a un terremoto privo di caratteristiche eccezionali.

Le perizie tecniche condotte nel contesto del procedimento penale avviato dalla Procura de L'Aquila con il numero 1509/2009 e ampiamente citate negli atti introduttivi del processo civile, hanno evidenziato carenze nel calcestruzzo, come l'elevata variabilità del materiale utilizzato e una scarsa esecuzione durante le fasi di getto.

§ 2. La posizione degli attori

Secondo quanto sostenuto dagli attori, i convenuti dovrebbero essere ritenuti responsabili, in base agli articoli 2043, 2049 e 2055 c.c., per aver realizzato un edificio "non conforme alle normative vigenti all'epoca e incapace di resistere all'azione di un terremoto non di carattere anomalo o eccezionale".

Inoltre, per quanto riguarda la posizione delle entità coinvolte, si sosteneva che non avessero diligentemente adempiuto ai compiti di vigilanza e controllo in materia edilizia di loro competenza.

Nello specifico, il Genio Civile, all'epoca incardinato nel Ministero dei LLPP, doveva ritenersi responsabile, ai sensi della L. 1684/1962 ("Norme tecniche per l'edilizia, con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti"), avendo i suoi funzionari rilasciato, dapprima, autorizzazione a costruire, ritenendo il progetto conforme alla normativa antisismica e, poi, certificato di perfetta rispondenza dell'edificio realizzato alla normativa stessa.

Ai sensi del R.D.L. 2229/1939 ("Norme per l'esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice o armato"), gli attori deducevano la responsabilità della Prefettura per non avere il suo incaricato, Ing. FI., adempiuto agli obblighi di verifica sul conglomerato cementizio.

Il Comune de L'Aquila doveva essere considerato responsabile per aver rilasciato il certificato di abitabilità nonostante le discrepanze tra l'edificio effettivamente realizzato e quello autorizzato.

Infine, veniva dedotta la responsabilità del costruttore e primo proprietario Del B.L., e per esso dei suoi eredi, per vizi nell'edificazione del palazzo.

§ 3 La posizione dei Convenuti

Tutte le parti convenute si costituirono tempestivamente nei procedimenti inizialmente separati, avanzando principalmente l'eccezione della prescrizione e sostenendo la "concorrenza di colpa dei defunti" ai sensi dell'articolo 1227 del Codice Civile, poiché si erano trattenuti all'interno dell'edificio nella notte del 6 aprile, nonostante le scosse sismiche già verificatesi.

Inoltre, dedussero la responsabilità, in conformità all'articolo 2053 del Codice Civile, nei confronti dei proprietari dell'immobile, tra cui i medesimi ricorrenti e/o defunti, la convenuta GUE.D. e il Condominio Del B., per aver "trascurato la manutenzione dell'edificio e posizionato serbatoi d'acqua pesanti all'ultimo piano, minandone la stabilità".

Il Comune de L'Aquila, costituendosi in giudizio, ha sostenuto che la responsabilità per il crollo dell'edificio dovrebbe essere attribuita al comportamento del progettista e responsabile dei calcoli strutturali, citando quindi in causa gli eredi di SC e la propria compagnia assicurativa, Allianz SpA.

Gli eredi del costruttore Del B. fecero valere, in particolare, che il crollo dell'edificio doveva essere attribuito a un caso di forza maggiore, ovvero all'evento sismico, e non a presunte carenze costruttive.

Inoltre, sostennero "l'inapplicabilità degli articoli 1667 e 1669 c.c., poiché erano trascorsi più di 45 anni dalla costruzione dell'edificio, la responsabilità concorrente del Condominio proprietario e la concorrenza di colpa dei defunti, che si erano imprudentemente trattenuti all'interno degli edifici nonostante le forti scosse che erano notoriamente precedute alle ore 3:32".

§ 4 La posizione dei terzi chiamati

Anche i terzi chiamati si costituirono nel processo.

In particolare, il Condominio del B., chiamato dai Ministeri, con riferimento specifico alla questione dei serbatoi, sostenne che i serbatoi erano stati posizionati nell'attico dallo stesso costruttore e che comunque erano stati svuotati anni prima del terremoto, pertanto era da escludere un'influenza causale dei serbatoi nel crollo del palazzo.

Nel contesto del giudizio, il Giudice, richiamando le disposizioni vigenti all'epoca della costruzione dell'edificio e basandosi sui risultati delle consulenze tecniche effettuate nel corso del procedimento penale archiviato, dichiara la responsabilità per l'incidente degli eredi del costruttore, del Ministero dell'Interno e del Ministero delle Infrastrutture. Tale responsabilità è debitamente motivata come segue: è emerso che il costruttore, in violazione

del R.D.L. 16 novembre 1939, n. 2229 (“Norme per l’esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice od armato”), ha commesso degli errori significativi durante la costruzione dell’edificio in cemento armato. La Prefettura, in qualità di organo del Ministero dell’Interno, non ha rilevato tali errori tramite il proprio incaricato tecnico, rilasciando erroneamente la licenza d’uso.

Inoltre, si è constatato che l’Ufficio del Genio Civile, quale organo del Ministero delle Infrastrutture, ha certificato con negligenza la conformità del progetto e dell’esecuzione dell’edificio alle norme antisismiche, violando così la L. 25 novembre 1962, n. 1684 - “Provvedimenti per l’edilizia, con particolari prescrizioni per le zone sismiche”.

§ 5 La sentenza

La sentenza del Tribunale aquilano è conforme a precedenti, sul punto, del medesimo ufficio giudiziario, fatta eccezione per le considerazioni svolte in relazione al concorso di colpa, di cui si è accennato, ed in particolare in relazione ai seguenti profili giuridici:

imputabilità alla Prefettura degli omessi rilievi del tecnico onerato delle verifiche di cui al citato D.L. 16 novembre 1939, n. 2229, sull’assunto che questi, in considerazione dell’incarico svolto, fosse un funzionario pubblico, restando irrilevante la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (in questo senso, in particolare, Trib. L’Aquila 28 settembre 2018, n. 792; Trib. L’Aquila 8 febbraio 2019, n. 97; Trib. L’Aquila 16 agosto 2019, n. 616)

la responsabilità del Ministero delle Infrastrutture e del Ministero dell’Interno per fatti colposi imputabili all’Ufficio del Genio Civile e alla Prefettura e realizzati prima che il D.P.R 15 gennaio 1972 n. 8 attribuisse le competenze rilevanti alle Regioni (Trib. L’Aquila 28 settembre 2018, n. 792; Trib. L’Aquila 8 febbraio 2019, n. 97; Trib. L’Aquila 16 agosto 2019, n. 616; Trib. L’Aquila 16 giugno 2021, n. 430; Trib. L’Aquila 12 maggio 2022, n. 276);

l’esclusione di responsabilità del Comune , sull’assunto che l’attività svolta dai tecnici dell’ente locale costituisse una verifica meramente formale rispetto al possesso delle dovute autorizzazioni rilasciate dall’Ufficio del Genio Civile e dalla Prefettura (v.Trib L’Aquila 11 giugno 2019, n. 429);

l’esclusione di responsabilità da custodia dei proprietari delle abitazioni e del Condominio, per l’omessa prova di rispettive condotte colpose, aventi efficacia causale in relazione al crollo del palazzo (Trib. L’Aquila 28 settembre 2018, n. 792; Trib. L’Aquila 16 agosto 2019, n. 616; Trib. L’Aquila 12 maggio 2022, n. 276; Trib. L’Aquila 1 giugno 2023, n. 394, quest’ultima

riferita allo stesso immobile oggetto della pronuncia in commento);

l'applicazione dei criteri per la quantificazione dei danni patrimoniali e non (Trib. L'Aquila 28 settembre 2018, n. 792; Trib. L'Aquila 8 febbraio 2019, n. 97; Trib. L'Aquila 16 agosto 2019, n. 616; Trib. L'Aquila 16 giugno 2021, n. 430; Trib. L'Aquila 12 maggio 2022, n. 276).

§ 5.1. La corresponsabilità ex art. 1227 c.c.

Tuttavia, la sentenza in commento, si discosta dai precedenti sopra indicati, nella parte in cui ritiene sussistente un concorso di colpa delle vittime, ex art. 1227 c.c., in proporzione del 30% in relazione alla decisione di trascorrere la notte precedente il sisma nelle proprie abitazioni, nonostante le scosse di terremoto in atto.

Infatti seppur il Giudice abbia riconosciuto la responsabilità dei soggetti sopra indicati nella causazione del sinistro, il medesimo ha ravvisato un concorso di colpa delle vittime, ai sensi dell'articolo 1227 c.c., in forza del principio secondo il quale costituisce "obiettivamente una condotta incauta quella di trattenersi a dormire – così privandosi della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa – nonostante il notorio verificarsi di due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile". Peraltro, il suddetto concorso di colpa, "tenuto conto dell'affidamento che i soggetti poi defunti potevano riporre nella capacità dell'edificio di resistere al sisma per essere lo stesso in cemento armato e rimasto in piedi nel corso dello sciame sismico da mesi in atto", è stato valutato nella misura del 30%, con conseguente proporzionale riduzione dell'entità dei pregiudizi risarcibili.

Si sostiene, infatti, che "rimanere a dormire - privandosi così della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa - nonostante sia noto che si sono verificate due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile", costituisca un comportamento oggettivamente imprudente. Tale concorso di colpa è stato stimato, come detto, nella misura del 30%, tenendo conto della fiducia che i soggetti deceduti potevano riporre nella capacità dell'edificio di resistere al terremoto, considerando che l'edificio stesso, in cemento armato, era rimasto in piedi durante lo sciame sismico in corso da diversi mesi. Da qui, dunque, se ne è tratta la conseguenza di una riduzione proporzionale dell'ammontare dei danni risarcibili.

In conclusione, il giudizio ha permesso di individuare le responsabilità degli eredi del costruttore, del Ministero dell'Interno e del Ministero delle Infrastrutture, basandosi sulle norme vigenti e sulle valutazioni tecniche effettuate, tenendo conto anche della concorrenza di colpa delle vittime.

Questa sentenza, per quello che qui interessa indagare affronta una delle questioni più delicate dell'ordinamento giuridico: l'equilibrio tra le responsabilità dell'autore di un illecito e il dovere di "autoresponsabilità" di coloro che ne subiscono le conseguenze. La necessità di definire i confini del dovere di "autoprotezione" da parte della vittima risponde alla necessità di comminare una pena o un risarcimento adeguati alla sua effettiva responsabilità. Questo principio di civiltà giuridica è particolarmente rilevante nei casi di reati colposi e di illeciti civili colposi, cioè involontari, in cui spesso il comportamento negligente della vittima può amplificare le conseguenze del reato (nel diritto penale) e del danno conseguenza (nel diritto civile).

§ 6 I profili problematici della sentenza in commento

La sentenza in commento, sotto il profilo della responsabilità civile, pone interrogativi in relazione a due profili, vale a dire la sua correttezza con riferimento al principio causalistico, del quale l'articolo 1227 c.c. è espressione e del comportamento omissivo del danneggiato, rilevante non solo se contrario ad una prescrizione normativa, ma anche se in contrasto con le generali regole di diligenza e correttezza, come costantemente affermato dalla Suprema Corte, anche a sezioni unite (Cass. 19 febbraio 2020, n. 4178; Cass. sez. Unite, 21 novembre 2011, n. 24406).

In ambito penale, le norme generali stabiliscono che le concause - preesistenti, simultanee o sopravvenute - non interrompono il nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del colpevole e il fatto; tuttavia, se le concause sono sopravvenute, possono escludere il rapporto di causalità solo se sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. La valutazione delle concause ai fini dell'imposizione della sanzione è disciplinata anche dall'articolo 133 del Codice penale, il quale stabilisce che la pena deve essere proporzionata all'intensità del dolo o al grado di colpa.

Ed in ambito civile? Occorre, come sempre, partire dall'esame "neutro" della norma. L'art. 1227 statuisce testualmente che: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

Pertanto la questione del nesso causale, utilizzando l'art. 41 del c.p. in tema di concause - preesistenti, simultanee o sopravvenute - trova applicazione nell'art. 1227 c.c. solo laddove la condotta che costituisce una concausa

(sia essa preesistente, simultanea o sopravvenuta) sia addebitabile all'agente a titolo di colpa¹

§ 6.1. La nozione di colpa cui l'art. 1227 c.c.

A questo punto occorre indagare la nozione di colpa cui l'art. 1227 c.c. fa espresso riferimento.

Il riferimento non può che andare al secondo comma di questo articolo laddove si esclude proprio il diritto al risarcimento del danno qualora "il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

La premessa normativa anche qui è necessaria, poiché l'unica nozione di "colpa" si rinviene nel terzo comma dell'art. 43 c.p., nella sua nota ripartizione tra colpa generica e colpa specifica.

Da qui il primo interrogativo apparentemente innocuo, o se si preferisce apparentemente sterile, ma in realtà ricco di significato. La colpa cui si riferisce il primo comma dell'art. 1227 c.c. è più ampia della "diligenza" cui invece si riferisce il secondo comma dello stesso articolo? O se si preferisce il secondo comma dell'art. 1227 c.c. che parla di assenza di "ordinaria diligenza" (e dunque di negligenza) fa riferimento ad una sola delle tre frazioni che compongono la colpa generica ex art. 43 comma 3 prima parte c.p., id est la negligenza, oppure la negligenza del secondo comma dell'art. 1227 c.c. (assenza di "ordinaria diligenza") è piuttosto un "sinonimo di colpa" e, dunque, come tale, comprensiva della intera nozione di colpa che ci viene fornita dall'art. 43 comma 3 c.p. (generica e specifica)?

La logica, prim'ancora dell'ermeneutica interpretativa, vorrebbe che la negligenza del secondo comma dell'art. 1227 c.c. ricomprendesse la "colpa" cui fa riferimento ben due volte l'art. 1227 al suo primo comma [(...) fatto colposo del creditore (...) gravità della colpa (...)]. Ciò per l'ovvia considerazione che se, come ci dice il secondo comma dell'art. 1227 c.c., il risarcimento è del tutto escluso per danni che il creditore poteva evitare usando la diligenza (insomma non essendo "negligente" nella sua prima delle tre accezioni di colpa generica ex art. 43 c.p.) a maggior ragione il risarcimento andrebbe escluso in caso di imprudenza o imperizia (ossia le altre due accezioni della colpa generica) e, ancor di più, nelle ipotesi di colpa specifica (violazione di specifiche norme di legge, regolamento ordine o disciplina che già in sé contengono la valutazione prognostica discendente da certe condotte impo-

1. Va senza dire che l'elemento del dolo del creditore eliderebbe del tutto la responsabilità del debitore "caduto nel tranello" della condotta del creditore che ne ha determinato l'incolpevole inadempimento.

nendone altre proprio per evitare il verificarsi di eventi lesivi). Sarebbe, infatti illogico che, ad esempio, una persona che dovrebbe essere perita, e che invece nel caso concreto non lo è stato, non subisse un obbligo risarcitorio qualora la propria condotta se fosse stata perita avrebbe potuto evitare del tutto il danno-evento. Stessa cosa dicasi per una persona, perita o meno, che con laddove fosse stato prudente avrebbe potuto evitare del tutto il danno-evento.

La negligenza, intesa come assenza di dovuta diligenza è dunque comprensiva della colpa ex art. 43 comma 3 c.p. in tutti i suoi precipitati tecnici: colpa generica (negligenza, imprudenza, imperizia), colpa specifica (violazione di legge, regolamento, ordine o disciplina).

Se allora l'assenza della dovuta diligenza del secondo comma dell'art. 1227 c.c.². altro non è se non la colpa cui per ben due volte si riferisce il primo comma dell'art. 1227 c.c.³, allora è possibile comprendere che la assenza di condotta "cauta" cui fa riferimento il Giudice nella sentenza in esame⁴, altro non è che l'assenza di prudenza (nella sua seconda accezione di colpa generica).

§ 6.2. L'essenza dell'addebito colposo

La teoria tradizionale — soggettiva — (sostenuta da Carrara e Vannini) ravvisa l'essenza della colpa nella prevedibilità dell'evento non voluto dall'agente: questi è punibile per la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguente possibili e prevedibili della propria condotta. Nell'ipotesi di inosservanza di leggi, regolamenti la colpa è presunta, cioè la prevedibilità da parte del legislatore si è sostituita a quella dell'agente. Questa tesi è certamente utile per segnare il limite della responsabilità penale, ma non coglie l'essenza della colpa: esiste una forma di colpa (la c.d. colpa cosciente) che è caratterizzata dal fatto che l'agente ha previsto il risultato, pur non avendolo voluto. Inoltre, vi sono casi in cui, malgrado la prevedibilità dell'evento, non si risponde per colpa. Si pensi a proposito delle attività rischiose ma giuridicamente autorizzate perché socialmente utili (attività medico-chirurgica

2. (...) "Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

3. "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

4. Costituisce "obiettivamente una condotta incauta quella di trattenersi a dormire – così privandosi della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa – nonostante il notorio verificarsi di due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile".

e sportiva). Senza contare poi che come osserva Antolisei che, malgrado la prevedibilità dell'evento, l'agente non risponde se ha osservato tutte le precauzioni che gli erano imposte.

Secondo altra dottrina (Bettiol) l'essenza della colpa risiederebbe nella violazione di un dovere di attenzione. In ogni azione colposa vi sarebbe un errore di calcolo determinato da un difetto di attenzione. Infatti, si sostiene quando l'uomo agisce deve sempre operare con attenzione e diligenza affinché le sue azioni, dati i rischi che esse comportano, non producano, sia pure contro la sua intenzione, danni effettivi o potenziali a beni o interessi degli altri consociati. Ad esempio, il chirurgo deve esaminare le proprie capacità professionali in ordine alla delicata operazione da compiere e deve procedere con tutte le possibili cautele: se le omette, è in colpa. Pertanto alla radice di ogni delitto colposo e alla radice di ogni illecito civile colposo vi è un difetto di attenzione non scusabile, che si traduce in un errore di fatto dell'operare o sulle conseguenze della condotta. La tesi per quanto autorevole non sembra cogliere nel segno. Come è stato infatti ben osservato da Antolisei, Pannain e Mantovani:

- a) si può rispondere a titolo di colpa anche se si usa la maggiore attenzione possibile;
- b) nel diritto penale, in base agli artt. 47 e 59 c.p., è la colpa a determinare un errore e non un errore a determinare la colpa.

Secondo quella che è certamente l'impostazione più moderna e preferibile (Mantovani e Nuvolone) la responsabilità per colpa trova il suo fondamento unitario nella inosservanza di regole (o espressamente prescritte, oppure richiamate dalle nozioni di diligenza, prudenza, perizia) poste in funzione della tutela preventiva di determinati beni da eventi dannosi: la realizzazione involontaria è imputata a titolo di colpa, poiché l'evento poteva essere evitato mediante il rispetto delle regole di condotta. Insomma il fondamento della colpa starebbe, come nota il Franceschetti, nella inosservanza di una regola di condotta, sia essa sociale che giuridica, espressamente posta per evitare eventi dannosi.

Si tratta di regole di condotta volte a prevenire determinati accadimenti: tali regole possono essere sociali (negligenza, imprudenza, imperizia) oppure giuridiche (regolamenti, ordini, disciplina). Dunque se tali regole di condotta vengono violate e quell'evento dannoso o pericoloso, che le regole di condotta volevano impedire si realizza, il soggetto risponde di quell'evento che certamente non voleva (perché altrimenti c'è dolo), a titolo di colpa.

È determinante per la definizione di colpa il rapporto tra l'inadeguatezza dell'azione e l'evento: quest'ultimo deve emergere per effetto della negligen-

za, imprudenza, imperizia o della violazione delle norme. La formulazione normativa che associa l'azione all'evento è concisa. L'evento citato dal codice è inteso come la condizione finale derivante dall'azione o omissione, e ingloba gli elementi oggettivi del fatto tipico. Un reato è reputato colposo quando l'evento finale avverso al diritto trova origine in una negligenza o in una violazione riguardante qualsiasi segmento del fatto che culmina con l'evento stabilito dalla legge come conclusione dell'azione. La colpa può concernere qualsiasi elemento del fatto (art. 47, 1° comma c.p.), può essere riconosciuta in relazione all'eccesso negligente dei limiti entro i quali è consentito agire legalmente in presenza di una situazione esimente (art. 55 c.p.), o in merito all'ingiustificabile convinzione errata sulla presenza di cause di esclusione della pena (art. 59, 4° comma c.p.). Il reato colposo è l'evento lesivo del bene giuridico causato da un'azione contraria a una regola di diligenza, evento che l'individuo avrebbe potuto prevenire mediante una riflessione accurata sulle conseguenze del suo agire e un utilizzo più consapevole ed efficace delle proprie capacità di intervento nei processi causali.

La colpa svolge una duplice funzione: in prima istanza, contribuisce a individuare la tipicità del fatto oggettivo; successivamente, una volta definita la condotta tipica, la colpa implica la valutazione della censurabilità soggettiva dell'agente in una specifica situazione.

In un'ottica civilistica, l'elemento soggettivo della colpa deve necessariamente avere riguardo al danno-evento, ove il nesso causale tra la condotta colposa e l'evento è disciplinato dal nesso di causalità materiale, mentre il danno – conseguenza, è appunto, il corollario di quel danno evento, addebitabile solo quale conseguenza diretta ed immediata e, come tale, disciplinato, piano eziologico, dal principio di causalità giuridica.

§ 6.2.1. La c.d. colpa generica

Chiarito che l'art. 1227 c.c. si riferisce alla colpa tout court e chiarito che la condotta colposa può essere definita come l'accadimento lesivo del bene giuridico cagionato da una condotta contraria a una regola di esperienza (negligenza imprudenza imperizia che fondano il concetto di colpa generica) o di regole di esperienza positivizzate in una norma (leggi, regolamento, ordine o disciplina che fondano la colpa specifica), accadimento che il soggetto avrebbe potuto evitare attraverso una più accurata riflessione sulle conseguenze del suo agire e con il più attento ed efficace uso delle proprie facoltà di intervento sul decorso causale degli avvenimenti, occorre indagare il significato dei tre pilastri in cui si sostanzia la colpa generica: negligenza,

imprudenza e imperizia.

Crediamo che partendo dall'ultima delle tre accezioni di colpa generica (id est la imperizia) si riesca a meglio fare luce sul significato di negligenza e di imprudenza.

Infatti l'interrogativo da porsi è il seguente: l'imperito (imperizia) può essere anche negligente (negligenza)? Ed il non perito per assenza di oggettive (e non colpevoli) conoscenze tecniche (pensiamo a chi ad esempio semplicemente non ha una laurea in una materia tecnica come la ingegneria civile) può essere negligente in un settore che richiede necessariamente conoscenze tecniche, id est che richiede perizia, per evitare la commissione di reati o di causazione di danni-conseguenza da risarcire?

Le risposte ovviamente variano, ma tale varietà di potenziali risposte non può significare infinità di esse. Diversamente la norma del terzo comma dell'art. 43 c.p. (che viene ovviamente usata anche in tema di responsabilità civile, contrattuale o aquiliana che sia) diverrebbe indeterminata, con buona pace del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie, corollario del principio di legalità.

Certo, si potrebbe obiettare, che la responsabilità civile non è tipica a differenza di quella penale.

Ma, è pur vero che se si utilizza la normativa penale, per definire un istituto civilistico (si pensi appunto al dolo o alla colpa oppure alle cause di giustificazione), non si potrebbe che utilizzare ciò che gli interpreti hanno definito nel settore penalistico.

Si è detto che la tesi moderna dice che l'essenza della colpa consiste appunto nella violazione di regole cautelari. Tali regole, cioè, mirano ad evitare la lesione o messa in pericolo di beni, e dunque mirano a tutelare preventivamente certe categorie di beni.

Sotto il profilo oggettivo, la condotta colposa consiste nella violazione delle regole di condotta siano essere frutto della comune esperienza (e che sono alla base della colpa generica) o frutto di regole positivizzate (colpa specifica).

La regola di condotta enuncia la prevedibilità ed evitabilità del pericolo cui determinati beni sarebbero esposti in caso di sua trasgressione.

Questa regola è sostanzialmente empirica e, cioè, dettata dall'esperienza (così ad esempio dalla pericolosità delle sostanze esplosive l'esperienza trae la regola che è necessario maneggiarle con cura; dalla pericolosità nella circolazione dei veicoli per la incolumità individuale nasce la regola positivizzata secondo cui è necessario, prima di mettersi alla guida, assicurarsi della loro perfetta efficienza, e così via). Tale prevedibilità è intesa in senso

oggettivo, cioè riferita alla migliore scienza ed esperienza di quel particolare momento e di quel determinato campo di attività, (infatti, la regola di diligenza non è statica, ma muta con l'evolversi della scienza e dell'esperienza).

Le regole di diligenza possono avere differente forma giuridica: possono essere dettate direttamente da norme giuridiche; più spesso, però, sono frutto di regole che, in diversi settori della vita sociale, si sono affermate come consuetudini.

E su queste ultime che qui ci si soffermerà stante il fatto che nella sentenza annotata viene addebitato che "rimanere a dormire - privandosi così della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa - nonostante sia noto che si sono verificate due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile", costituisca un comportamento oggettivamente imprudente.

Occorre partire dalla imperizia (la terza del terzetto) poiché, e non è un caso, il Legislatore collocandola per ultima nella condotta colposa generica, ha adottato lo schema della "piramide rovesciata" ponendo alla base della condotta colposa generica, la condotta più ampiamente colposa, ossia la negligenza che può riguardare chiunque (persone perite e non perite) collocando la imprudenza in mezzo poiché la imprudenza può riguardare anche qui chiunque (persone perite e non perite) ma, a differenziarla dalla negligenza, è il necessario esame più approfondito della situazione concreta, dal quale esame si potrà comprendere se fosse esigibile in capo all'agente una condotta prudente o meno. Infine appunto sta la imperizia che, invece, non solo riguarda solo alcuni (a differenza della negligenza e della imprudenza) ma al contempo si applica solo a situazioni concrete di natura tecnica e dal quale esame di tali situazioni si potrà comprendere se il l'uomo di scienza nella situazione data sia stato o meno imperito e se tale imperizia abbia avuto o meno rilievo causale nella causazione del reato (nel diritto penale) ovvero nella causazione del danno – evento (nel diritto civile).

*L'imperizia, quale inosservanza della *leges artis* (per ignoranza della loro esistenza, inattitudine ad applicarle o semplice inapplicazione concreta), si risolve in una negligenza o in una imprudenza qualificata, a seconda che tali regole tecniche violate prescrivevano un *facere* o un *non facere* (tipica la temerarietà professionale: ad es., del comune chirurgo che si avventura in una operazione d'avanguardia).*

L'imprudenza, che consiste nell'agire laddove le regole cautelari lo sconsigliano, è avventatezza, insufficiente ponderazione, ed implica una scarsa considerazione degli interessi altrui.

La negligenza, quale mancata adozione delle cautele imposte dalle regole

cautelari, è trascuratezza, mancanza di attenzione e di sollecitudine con riferimento a una condotta che avrebbe dovuto essere realizzata, e che non si è realizzata.;

§ 6.2.1.1 I rapporti tra negligenza, imprudenza ed imperizia

Una condotta oggettivamente imperita può essere sempre anche negligente? Ed una condotta oggettivamente negligente può essere anche oggettivamente imperita?

La risposta ad entrambi i quesiti non può essere assoluta.

Infatti: vi potrà essere una condotta oggettivamente imperita che potrà anche assurgere ad imprudenza laddove essa sia talmente imperita che anche un uomo della strada non avrebbe tenuto.

Ed una condotta imprudente posta in essere da un uomo della strada può essere anche oggettivamente imperita? In senso oggettivo sì. Non c'è bisogno che l'intera umanità sia laureata in chimica per sapere che l'essere umano non deve ingerire ad esempio il veleno per topi. Tuttavia, se si leggono le etichette del veleno per topi, vi sarà la necessaria avvertenza di "non ingerire" detto veleno.

La condotta che nell'esempio qui prospettato è, in un'ottica scientifica, certamente non perita (all'essere umano non deve essere somministrato veleno per topi, poiché a livello biologico se determinano degli effetti che conducono all'arresto cardio-circolatorio) lo è anche in un'ottica di imprudenza, poiché la comune esperienza costituisce il suo substrato normativo che porta al giudizio di rimproverabilità.

Ma se la situazione concreta che l'agente si trova a "vivere" (si basi bene a vivere e non a fronteggiare, poiché, diversamente egli sarebbe consapevole di trovarsi innanzi ad una situazione che richiede conoscenze tecniche a lui incolpevolmente ignote) richiede una conoscenza tecnica che l'uomo medio non colpevolmente ignora, egli può essere destinatario di un rimprovero per aver non applicato una conoscenza tecnica da lui incolpevolmente ignorata? Può essere considerato imprudente questo uomo della strada per non "essersi fermato" a riflettere sul fatto che ciò che stava vivendo, imponeva una condotta diversa che tuttavia non rientrava nel suo (e nostro) comune bagaglio di conoscenze (o comunque di comune esperienza) proprie dell'uomo medio? Si ritiene che, in un'ottica di colpevolezza intesa in senso normativo, la risposta debba essere ovviamente negativa.

Ecco, la comune esperienza cui sopra si faceva cenno. È sulla comune esperienza e, dunque, su una condotta esigibile dall'uomo medio che si fonda l'addebito colposo nella sua accezione di colpa generica. Si diceva: è noto che l'esplosivo vada maneggiato con cura, come è pure noto che il veleno per topi non vada ingerito. Tuttavia vi sono situazioni nelle quali quella comune esperienza pur ipotizzabile sul piano teorico (sul piano teorico tuttavia, specie nella realtà globalizzata in cui noi tutti viviamo, ogni situazione è certamente nota anche a qualche persona non perita) viene eliminata dal principio dell'affidamento. Un esempio minimale per comprendere tale principio è quello del pedone che attraversa la strada sulle strisce pedonali. Egli sa che, vedendo una autovettura avvicinarsi, quest'ultima rallenterà la sua corsa. Lo impone il codice della strada ed il pedone tecnicamente si affida al fatto che colui che guida il mezzo rallenterà la corsa e non accelererà per investirlo. Egli insomma si affida. Tutti noi sempre ed in ogni momento ci affidiamo a qualcuno. L'avvocato che va in udienza si affida sul fatto che ci sarà il Magistrato e la controparte.

Il paziente che va in sala operatoria si affida sul fatto che chi esegue l'operazione abbia "almeno" la laurea in medicina. Chi compra una casa si affida al fatto che quella casa per poter ottenere le varie concessioni edilizie e l'agibilità sia stata eretta nel rispetto delle scienze delle costruzioni. Chi compra una casa la compra spesso "a scatola chiusa", ignora, cioè l'esatta composizione chimica di ferro e cemento cui la stessa è stata costruita. Ignora quale sia il calcolo di cemento armato che ne determina la correttezza costruttiva. Anzi, a ben guardare negli stessi atti di compravendita mancano elementi di siffatte caratteristiche. Ci si affida al fatto che: se la casa è compra-vendibile vuol dire che quella casa ha le caratteristiche tecniche, prima ancora che giuridiche (ad esempio continuità della trascrizione), per poter formare oggetto di un contratto di compravendita. Anzi di più, l'oggetto è certamente lecito e, dunque, l'immobile nella sua materialità costruttiva non inficerà la validità dell'atto di compravendita.

Alla base di questo principio vi è la considerazione che ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che, di volta in volta, viene in questione. Cosicché, proprio invocando il principio dell'affidamento, il soggetto titolare di un obbligo di diligenza può andare esente da responsabilità quando l'evento possa ricondursi alla condotta di altri, concorrente con la propria a titolo causale o normativo, sulla correttezza del cui

operato il primo abbia fatto legittimo affidamento. Tale principio è specifico corollario, sul piano tecnico, del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost⁵.

§ 6.2.1.1. 1 Il principio dell'affidamento

Qui si giunge allora al punctum dolens: l'affidamento delle persone che sono poi purtroppo decedute nel crollo del palazzo potevano legittimamente invocare l'affidamento sulla bontà della costruzione di quel palazzo, tanto da poter escludere ogni loro colpa data da imprudenza, oppure la loro imprudenza è stata tale da non poter legittimamente invocare l'altrui affidamento?

La risposta è nella motivazione della sentenza. Una motivazione che sul punto sembra assai contraddittoria. Si legge testualmente che costituisce "obiettivamente una condotta incauta quella di trattenersi a dormire – così privandosi della possibilità di allontanarsi immediatamente dall'edificio al verificarsi della scossa – nonostante il notorio verificarsi di due scosse nella serata del 5 aprile e poco dopo la mezzanotte del 6 aprile". Peraltro, il suddetto concorso di colpa, "tenuto conto dell'affidamento che i soggetti poi defunti potevano riporre nella capacità dell'edificio di resistere al sisma per essere lo stesso in cemento armato e rimasto in piedi nel corso dello sciame sismico da mesi in atto".

La domanda allora da porsi è: l'aver fatto delle persone che vivono in uno Stato tra le maggiori potenze del mondo, patria di costruzioni secolari ancora oggi presenti, che in un settore così tecnico e complesso quale è la scienza delle costruzioni ritenevano che detto immobile fosse perfettamente capace di resistere ad urti sismici possono, per ciò solo, essere considerati imprudenti? Ed ancora: laddove la scienza ha in molte occasioni spiegato che non è possibile prevedere terremoti e, comunque terremoti così devastanti come quelli che hanno colpito il capoluogo Abruzzese, possono, essere considerati imprudenti per non aver previsto l'imprevedibile? Se, insomma già a livello prettamente tecnico di perizia era complesso comprenderne la portata ed ancora più complesso prevederne gli esiti infausti, possono delle persone non perite in tali settori scientifici essere considerati imprudenti per aver operato di fare legittimo affidamento sulla costruzione a perfetta regola d'arte di

5. Il principio dell'affidamento - in virtù del quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti secondo le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione - non opera allorché il mancato rispetto da parte di terzi delle norme precauzionali di prudenza abbia la sua prima causa nell'inosservanza di tali norme di prudenza da parte di colui che invoca il suddetto principio.

un fabbricato secondo la migliore scienza ed esperienza? La risposta è per noi ovviamente negativa. Una risposta che, oggettivamente, trova il suo adentellato proprio nella stessa motivazione laddove ove si dà atto che queste persone, in un settore così complesso quale è la scienza delle costruzioni e della incidenza che la sismologia ha sugli immobili, avevano legittimamente fatto “affidamento (...) nella capacità dell’edificio di resistere al sisma per essere lo stesso in cemento armato e rimasto in piedi nel corso dello sciame sismico da mesi in atto”. Da qui la contraddittorietà della sentenza in commento In tema di causalità, non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione; sì che ove, anche per l’omissione del successore, si produca l’evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, l’evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l’evento un affidamento è legittimo laddove non inficiato da colpa. Insomma il Giudice in questa sentenza nel momento in cui riconosce il legittimo affidamento nella capacità dell’edificio di resistere al sisma per essere lo stesso in cemento armato e rimasto in piedi nel corso dello sciame sismico da mesi in atto, avrebbe dovuto per ciò solo escludere qualunque profilo colposo a monte. Invece, in modo contraddittorio riconosce e pone in dialogo e non in antitesi tra loro una condotta colposa ed il principio dell’affidamento.

Marco Riario Sforza

Trib. L'Aquila, sent. 3 maggio 2023, n. 308 (est. de Sensi)

Prescrizione termine lungo ex art. 2947, c.3, c.c. – Fatto costituente reato – applicabilità.

Efficacia del giudicato penale nei confronti di soggetto estromesso dal giudizio penale – Esclusione

Risultanze del processo penale – Possibilità di utilizzazione delle medesime nel processo civile – Possibilità

Responsabilità ex art. 2053 c.c. della Regione Abruzzo quale proprietaria di immobile e dell'ADSU quale usuario del medesimo– possibilità - Sussistenza

Ente pubblico ADSU possibilità di responsabilità ex art. 2049 c.c. per fatto del proprio dipendente - configurabilità – sussistenza

Attesa l'estromissione dal giudizio penale dell'Azienda per il Diritto allo studio di L'Aquila, causa la richiesta degli imputati di applicazione del rito abbreviato, da tale momento, a carico della medesima ADSU, inizia a decorrere la prescrizione, di durata pari a quella prevista per il reato contestato.

Pur non esplicando efficacia di giudicato, nel giudizio civile, la sentenza adottata nel parallelo giudizio penale per non avervi la parte partecipato, tuttavia, le risultanze del medesimo, sono utilizzabili quali prove atipiche, ai sensi degli artt. 115 e 116 c.p.c., in applicazione del principio di libero convincimento del giudice.

Ferma la responsabilità della Regione Abruzzo in quanto proprietaria dell'immobile crollato ex art. 2053 c.c. con essa concorre la responsabilità dell'ADSU, quale titolare del diritto d'uso del medesimo immobile, poiché l'art. 2053 c.c. trova applicazione anche nei confronti del titolare di un diritto reale di godimento.

Sussistendo un rapporto di servizio tra un tecnico ed un Ente ne deriva l'applicabilità a quest'ultimo soggetto della responsabilità ex art. 2049 c.c.

(*omissis*) Con atto di citazione ritualmente notificato, gli attori hanno convenuto in giudizio la Regione Abruzzo, l'Azienda per il diritto agli studi universitari di L'Aquila, (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*), chiedendo il risarcimento di tutti i danni non patrimoniali subiti quale conseguenza del

decesso del proprio congiunto (*omissis*), avvenuto a L'Aquila il 06.04.2009 in seguito al crollo dell'edificio ove egli alloggiava, sito in via XX settembre e denominato "casa dello studente", in occasione del noto evento sismico verificatosi in pari data.

A sostegno delle proprie ragioni hanno dedotto che:

- a seguito nel sisma e del conseguente procedimento penale (R.G.N.R. 2314/09; R.G. G.I.P. 243/10 Tribunale L'Aquila) instauratosi per le vicende legate al crollo dell'edificio de quo, a carico, tra gli altri, dei convenuti (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*), questi ultimi sono stati dichiarati colpevoli (sentenza n. 38/13 GUP L'Aquila) per aver, a vario titolo, cagionato il crollo o cooperato a porre le condizioni del crollo di una porzione dell'ala nord dell'edificio denominato casa dello studente e di conseguenza provocato la morte di alcuni soggetti che ivi alloggiavano, tra cui (*omissis*);
- i predetti imputati hanno proposto appello avverso la sentenza del GUP Tribunale di L'Aquila e la stessa è stata confermata in tale sede, negli stessi termini e con le stesse argomentazioni del primo grado (sent. 963/15 Corte d'Appello di L'Aquila); hanno altresì proposto ricorso per Cassazione ed in seguito al rigetto del gravame (sent n. 6604/17 Cass.) la sentenza di condanna è divenuta definitiva;
- nel predetto provvedimento è emersa la responsabilità penale degli odierni convenuti (ad eccezione della Regione e dell'ADSU, estromessi ex art. 87 c.p.p.) per il crollo dell'edificio de quo e dunque per la morte di (*omissis*);
- quanto alle statuizioni civili, la richiamata sentenza penale ha disposto la condanna in solido di (*omissis*), (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) al pagamento di una provvisoria di euro 100.000,00 in favore di (*omissis*) e (*omissis*);
- dalle perizie disposte in sede penale, sarebbe altresì emersa la responsabilità civile extracontrattuale (ex artt. 2043, 2049, 2051, 2053 c.c.) della Regione Abruzzo, ente proprietario dell'edificio e la responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale (ex artt. 2049, 2051 e 2053 c.c.) dell'ADSU L'Aquila, quale gestore (in seguito alla concessione in gestione del proprietario) della "casa dello studente";
- in conseguenza della responsabilità dei convenuti per la morte del congiunto, avrebbero diritto al risarcimento del danno *iure proprio* e *iure hereditatis* subito;

Si è costituita la Regione Abruzzo, la quale ha contestato da domanda attorea deducendo che:

- non sussisterebbe alcun profilo di responsabilità in capo ad essa, in quanto mancherebbe il nesso di causalità che sarebbe stato interrotto dall'eccezionalità dell'evento sismico;
- in ogni caso, la responsabilità per l'operato dei propri tecnici, non troverebbe fondamento in quanto non vi sarebbe stato alcun comportamento censurabile da parte degli stessi che, al contrario, avrebbero segnalato la necessità di intervenire sull'immobile poi crollato e che ingenti somme sarebbero state stanziare a tal fine;
- non sussisterebbero profili di responsabilità ex art. 2051 e 2053 c.c., poiché, in concreto, non avrebbe rivestito la qualità di custode dell'edificio poiché gestito da altro soggetto;
- infine, sulla quantificazione del danno, vi sarebbe una sproporzione tra le richieste risarcitorie ed i criteri di liquidazione in uso.

Si è costituita, altresì, l'ADSU L'Aquila, la quale ha chiesto il rigetto della domanda, deducendo che:

- le risultanze del processo penale, su cui gli attori baserebbero gran parte della propria domanda, escluderebbero qualsivoglia responsabilità degli organi dell'ADSU che, viceversa, sarebbero stati assolti con formula piena;
- l'evento sismico sarebbe stato eccezionale ed imprevedibile e ciò integrerebbe i requisiti del "caso fortuito" e della "forza maggiore", idonei ad interrompere il nesso di causalità;
- non vi sarebbe alcun profilo di responsabilità contrattuale addebitabile all'ADSU in quanto l'ente non rivestirebbe la qualità di locatore in senso civilistico ma sarebbe un mero concedente degli alloggi che gestisce ed il relativo rapporto con gli assegnatari avrebbe natura amministrativa e non civilistica; non vi sarebbe altresì alcuna responsabilità c.d. da contatto sociale qualificato poiché, oltre a non esservi un sotteso rapporto di natura contrattuale, i soggetti deceduti sarebbero stati tutti maggiorenni, liberi di autodeterminarsi ed in grado di valutare, eventualmente, anche di allontanarsi dall'edificio in conseguenza dello scia-me sismico in atto e senza alcun impedimento;
- con riferimento agli ulteriori addebiti di natura extracontrattuale, oltre ad essere prescritte le relative azioni, sarebbero infondati sia per l'intervenuta interruzione del nesso causale rinvenibile nell'eccezionalità dell'evento sia per la mancanza della qualità di custode, in senso civilistico, dell'edificio;
- infine, il *quantum* risarcitorio sarebbe spropositato ed esorbiterebbe da quanto previsto dalle c.d. tabelle di Milano;

- in ogni caso, ha chiesto di essere autorizzata alla chiamata in garanzia della compagnia assicuratrice (*omissis*), oggi (*omissis*), contrattualmente obbligata a tenerla indenne.

All'udienza del 20.05.2019 il Giudice ha autorizzato la chiamata in causa del terzo (*omissis*) che, regolarmente evocata in giudizio, si è costituita deducendo che:

- il contratto di assicurazione stipulato con la chiamante non avrebbe ad oggetto la garanzia "eventi sismici", sicché non troverebbero copertura assicurativa i danni derivati dal crollo dell'edificio;
- nel merito, sarebbero fondate le deduzioni dell'assicurato in sede di comparsa di risposta;
- in via subordinata, in caso di condanna, il massimale sarebbe di 2.000.000 per ogni sinistro.

Gli altri convenuti, benché regolarmente evocati in giudizio, non si sono costituiti e, per tale motivo, all'udienza del 18.11.2019 ne è stata dichiarata la contumacia.

Con ordinanza del 14.04.2021 il giudice ha accolto parzialmente le richieste istruttorie delle parti, disponendo altresì consulenza tecnica d'ufficio medico legale sulle persone degli attori (*omissis*) e (*omissis*), nominando a tale fine la dott.ssa (*omissis*).

Dopo l'esaurimento delle prove orali, all'udienza del 4.10.2022 la causa è stata trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di gg 30 + 20 per conclusionali e repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, deve essere rigettata l'eccezione di prescrizione formulata da ADSU, secondo cui il diritto vantato dagli attori si sarebbe prescritto per il decorso del termine quinquennale. A tal fine, occorre individuare il *dies a quo* della prescrizione che, nel caso di specie, si rinviene nel momento dell'estromissione dell'ente nel giudizio penale (R.G. GIP 243/2010) celebratosi per gli stessi fatti dedotti ora dagli attori. Infatti, nel caso di specie, ricorre chiaramente l'ipotesi di cui all'art. 2947, comma 3, c.c., a norma del quale, se il fatto posto alla base del risarcimento è considerato dalla legge come reato e per tale reato è previsto un termine prescrizione più lungo (rispetto a quello di natura civilistica), detto termine si applica anche all'azione civile. Orbene, considerando che l'estromissione dell'ente ex art. 87 c.p.c. (in qualità di responsabile civile) è avvenuta in data 14.07.2012 a seguito della richiesta di giudizio abbreviato degli imputati e che, per i reati per i quali sono stati tratti a giudizio (artt. 589 e 590 c.p.) il termine di prescrizione è di 6 anni, il diritto de-

gli attori nei confronti dell'ADSU si sarebbe prescritto in data 14.07.2018. Di conseguenza, considerando che gli attori hanno prodotto atti interruttivi della prescrizione prima di detta data (missiva del 11.04.2014 inviata da *(omissis)* e del 1.04.2014 inviata dagli altri attori), l'eccezione sollevata da ADSU è infondata.

Nel merito va innanzitutto premesso come non sia contestato che *(omissis)* sia deceduto per le lesioni riportate in seguito al crollo dell'edificio denominato "casa dello studente" in occasione del sisma del 06.04.2009 che ha colpito la città di L'Aquila. A tal proposito, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 6604/2017 dell'11.05.2016 ha definitivamente riconosciuto la penale responsabilità degli odierni convenuti, *(omissis)*, *(omissis)*, *(omissis)* e *(omissis)* per aver cagionato, a vario titolo, il crollo del predetto edificio.

A seguito della definizione della vicenda penale, gli attori hanno esercitato in questa sede l'azione di responsabilità civile per il risarcimento del danno.

Orbene, com'è noto, l'art. 651 c.p.p., al comma 1, prevede che "la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale". Nel caso di specie, la citata sentenza della Corte di Cassazione spiega i suoi effetti nei confronti dei predetti condannati: secondo il consolidato insegnamento della Suprema Corte di Cassazione "è implicito il principio dell'efficacia vincolante della sentenza penale irrevocabile di condanna, nel giudizio civile di danno, nei confronti di tutti i soggetti che hanno partecipato al processo penale o che sono stati posti in condizione di farlo, sicché il giudicato penale di condanna fa stato non solo a favore della vittima del reato che non si sia costituita parte civile ma anche verso il responsabile civile che sia intervenuto nel processo penale" (Cass. 12115/2016). Pertanto, ferma l'efficacia del giudicato nei confronti dei citati convenuti, la stessa non può, tuttavia, esplicitarsi nei confronti della ADSU L'Aquila e della Regione Abruzzo, responsabili civili nel giudizio penale, poiché gli stessi non hanno partecipato al predetto giudizio in quanto estromessi, ex art. 87 c.p.p., a seguito della scelta del rito abbreviato da parte degli imputati persone fisiche.

Tuttavia, com'è noto, gli artt. 115 e 116 c.p.c., stabiliscono il principio del c.d. libero convincimento, secondo il quale il Giudice può porre a fondamento delle proprie decisioni anche prove c.d. atipiche.

Sempre secondo il consolidato insegnamento della Suprema Corte di

Cassazione, che questo Giudice condivide, “nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, la decisione può fondarsi anche su prove non espressamente previste dal codice di rito, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo”. (Cass. 25165/2020); ed ancora “l’art. 116 cod. proc. civ. conferisce al giudice di merito un potere ampiamente discrezionale del quale, attenendo esso alle cosiddette prove atipiche o innominate, va motivatamente giustificato l’uso, e non già, come invece in caso di mancata valutazione delle prove tipiche (e salvo sempre il principio del libero convincimento), il non uso”. (Cass. 3642/2004). Inoltre, è principio risalente, quello secondo il quale “le perizie disposte dal giudice penale sono utilizzabili anche dal giudice civile, in sede di libera formazione del proprio convincimento, quanto ai fatti obiettivamente constatati dal perito ed ai dati tecnici riferiti” (Cass. 5410/77).

Orbene, nel caso di specie, questo Giudice ritiene di poter utilizzare le risultanze del processo penale per fondare il proprio convincimento ed in particolar modo per quanto attiene alle cause del crollo dell’edificio, così come individuate dal perito nominato in sede penale (c.d. perizia “(omissis)”), il cui lavoro appare pienamente condivisibile perché privo di vizi logici e giuridici e fondato sulla approfondita e accurata analisi della vicenda.

Chiarito ciò, deve in primo luogo escludersi ogni profilo di eccezionalità del sisma avvenuto il 06.04.2009, tale da rendere l’evento imprevedibile: come chiarito in sede penale, infatti, la scossa, pur caratterizzata da indubbia violenza, non può essere considerata anomala, avendo riguardo alla notoria pericolosità sismica del territorio aquilano, riconosciuta sin da tempi risalenti, anche a livello normativo. Per tali motivi l’evento sismico in questione, pur potendo essere considerato raro, non presenta di certo i caratteri dell’eccezionalità e dell’imprevedibilità.

Quanto al grado di distruttività del sisma, appare significativo che, come individuato dal perito (omissis), il numero di edifici in cemento armato totalmente o parzialmente danneggiati dal sisma è di 15, pari a meno dell’1% del patrimonio edilizio della città e tale circostanza, come si dirà compiutamente di seguito, porta ad escludere che il sisma sia stato, esso solo, causa dell’evento. In effetti, il predetto perito ha evidenziato (pagg. da 246 a 248 della perizia) che il discrimine per gli edifici crollati non è consistito nella violenza del terremoto e dei relativi picchi di accelerazione, bensì nelle diverse modalità di progettazione e di manutenzione. In altre parole, è emerso che solo gli edifici che presentavano importanti vizi progettuali e manutentivi siano crollati.

Il perito, dunque, in relazione ai fattori che hanno determinato il crollo

dell'edificio, individua gli stessi nella sollecitazione impressa dal sisma, negli errori e nelle omissioni del progettista nonché direttore dei lavori ing. Botta e nelle modifiche alla cui realizzazione hanno partecipato a vario titolo gli ingegneri (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*). Detti lavori, sono stati individuati in quelli relativi al terrazzo di copertura del quinto piano, al solaio del primo al quarto piano ed il solaio del piano terra. Tali interventi hanno influenzato la cinematica del crollo, aggravandone le conseguenze. Nello specifico, il perito ha evidenziato che gli interventi di ristrutturazione hanno determinato un incremento, rispetto ai valori per i quali era stato originariamente effettuato il dimensionamento strutturale, intorno al 100% per quanto attiene ai carichi permanenti ed intorno al 50% in considerazione dei carichi totali. Inoltre, l'aggiunta del muro parete REI, previsto come non strutturale ma dotato di notevole rigidità e resistenza, in parte sottostante alle travi 18-29, ha causato un totale cambiamento del regime statico della trave stessa e pertanto il suo inserimento avrebbe dovuto essere oggetto di attenta considerazione in relazione agli aspetti sulla sicurezza strutturale.

Dalla perizia emerge in particolare la violazione delle prescrizioni di cui al D.M. 16.01.96 da parte dei tre ingegneri, che imponeva la verifica della statica dell'edificio anche in relazione alla resistenza strutturale alle sollecitazioni sismiche. Qualora tali verifiche fossero state svolte, peraltro, i tre tecnici avrebbero potuto facilmente prendere contezza dei rilevanti errori progettuali originari.

Ulteriormente, risulta anche una evidente responsabilità omissiva del collaudatore (*omissis*). Questi, incaricato di collaudare la struttura in seguito ai lavori di ristrutturazione eseguiti tra la fine degli anni novanta e gli inizi degli anni duemila, ha omesso di effettuare le verifiche impostegli dalla legge che, qualora effettuate, avrebbero portato alla scoperta dei predetti vizi strutturali dell'edificio.

Chiarite le ragioni del crollo, con riferimento agli enti convenuti in giudizio, può certamente individuarsi una responsabilità in senso civilistico in capo agli stessi. Tale responsabilità, è fondata sull'art. 2053 c.c. e sussiste per la regione Abruzzo, in quanto proprietaria dello stabile e per l'ADSU in quanto usuaria del predetto.

Quanto al rapporto tra predetti Enti, deve evidenziarsi che l'art. 16, comma 2, L.R. n. 91/94 prevede un diritto di uso in capo all'ADSU, che appare atteggiarsi come un diritto reale d'uso, anziché un comodato, come dedotto dall'attrice. In effetti, qualora la norma in questione avesse previsto un contratto di comodato, non avrebbe avuto senso specificare la natura gratuita del rapporto poiché, come noto, il contratto di comodato è gratuito per sua natura.

In relazione alla affermata responsabilità ex art. 2053 c.c., la norma in

questione prevede che il proprietario di un edificio risponda dei danni causati a terzi dalla rovina dello stesso, a meno che non provi che essa non dipenda da vizio di costruzione o difetto di manutenzione. La norma, dunque, pone una responsabilità di tipo oggettivo, e ciò alla stregua del principio secondo il quale colui che dispone del potere, materiale e giuridico, di controllo e di intervento sull'immobile, è tenuto a rispondere dei danni che esso cagiona. Detto principio è stato ribadito anche dalla Suprema Corte di Cassazione secondo cui "la responsabilità delineata dall'art. 2053 cod. civ. si fonda sulla proprietà del bene, la cui rovina è cagione del danno, e va imputata a chi abbia la possibilità di ovviare ad un vizio di costruzione o di provvedere alla manutenzione del bene, ossia - per le strutture condominiali - al condominio" (Cfr. Cass. 18168/2014). Inoltre, non può sussistere alcun dubbio che la richiamata norma si applichi anche con riguardo a chi esercita sul bene un diritto reale di godimento: tale principio è rinvenibile anche in numerose sentenze della Corte di Cassazione (la responsabilità per rovina di edificio ex art. 2053 c.c. - il cui carattere di specialità rispetto a quella ex art. 2051 c.c. deriva dall'essere posta a carico del proprietario o di altro titolare di diritto reale di godimento in base al criterio formale del titolo" Cass. 1002/2010). Nel caso di specie il potere di godimento attribuito all'ADSU con disposizione di legge, peraltro con esplicito obbligo di manutenzione ordinaria e straordinaria, impone di estendere anche a tale ente la predetta responsabilità.

Quanto alla prova liberatoria necessaria per andare esenti da responsabilità, detti enti non solo non l'hanno fornita ma, dalla citata perizia, è emerso che l'edificio è collassato per vizi progettuali originari, successivi e di collaudo.

In capo all'ADSU è inoltre configurabile la responsabilità, ex art. 2049 c.c., per l'operato del proprio dipendente e collaudatore (*omissis*), dovendosi individuare tra l'Ente e il tecnico un rapporto di servizio, avendo quest'ultimo, tra le diverse cariche ricoperte in seno all'Ente, agito quale presidente della commissione di collaudo. A tal proposito, peraltro, a prescindere dal rapporto tra Ente e soggetto preposto, la Suprema Corte di Cassazione, ha affermato che "ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c., è sufficiente che il fatto illecito sia commesso da un soggetto legato da un rapporto di preposizione con il responsabile, ipotesi che ricorre non solo in caso di lavoro subordinato, ma anche quando, per volontà di un soggetto (commitente), un altro (commesso) espliciti un'attività per conto del primo". (Cass. 28852/2021). Pertanto, conclusivamente, l'ADSU è tenuta a rispondere anche del fatto del proprio dipendente (*omissis*).

Premesso quanto esposto in punto di responsabilità per il crollo dell'edificio, va ora trattato quello relativo ai danni dedotti dagli attori. (*omissis*)

Trib. Chieti, sent.19 settembre 2022 n. 461 (est. Falco)

Giudicato interno, dedotto e deducibile, improponibilità di nuova azione per danni relativi alla stessa finestra temporale di un precedente giudizio

Non è consentito - dalla intervenuta formazione tra le parti di un giudicato che copre (innanzitutto) il dedotto - riproporre una domanda di risarcimento del danno (petitum) fondata sui medesimi addebiti (causa petendi) mossi – per la stessa identica vicenda – in altro giudizio;

A alla medesima conclusione, in termini di inammissibilità ed improcedibilità – per esistenza di giudicato tra le parti – si perverrebbe anche nel caso in cui il secondo giudizio avesse avuto ad oggetto i danni relativi alla protrazione degli effetti della condotta illegittima, rispetto a quella prospettata nel primo giudizio; infatti le domande di cui è causa, in quanto proponibili, sarebbero coperte dal giudicato formatosi (anche sul cd. deducibile) nell’originario giudizio.

Per proporre in un nuovo giudizio differenti danni occorre dimostrare di avere (avuto) un interesse giuridicamente rilevante a rivendicare, in un precedente giudizio, soltanto una “porzione” e una “tipologia” di danni; quando il secondo giudizio riguarda danni per una medesima vicenda “illecita”, l’interesse non è ontologicamente e logicamente configurabile, ove si tratti di potenziali crediti risarcitori maturati con riferimento alla stessa identica finestra temporale del rapporto di durata intercorso tra le parti

(omissis)

Si premette che *(omissis)* agisce nel presente giudizio contro la Società per il ristoro dei danni patrimoniali da lucro cessante (quantificati in €. 226.000,00) che la stessa ha dedotto di avere subito per effetto della interruzione (a dire di quella indebita) di somministrazione di energia elettrica, - eseguita dalla seconda nel dicembre 2013 e protrattasi sino a marzo 2015 - in un locale commerciale di sua proprietà *(omissis)*

La società. eccepisce – in via preliminare – l’inammissibilità della avversa azione risarcitoria, perché coperta dal giudicato già formatosi tra le parti sulla sentenza del Tribunale di Chieti n. 97/20 *(omissis)*

Le domande proposte dalla attrice nel presente giudizio sono improcedibili, per esistenza di un giudicato tra le parti sulla sentenza, emessa dal Tribunale di Chieti, all’esito del giudizio R.G. n. 463/18 svoltosi innanzi al Tribunale di Chieti e prima menzionato.

Si perviene a tale conclusione in ragione delle considerazioni di seguito esposte.

Nel giudizio da ultimo citato, (*omissis*) aveva espressamente domandato la condanna della Società a risarcirle i danni subiti in conseguenza dell'asserito comportamento antigiuridico che la prima ivi imputava alla seconda, in particolare per l'indebito e prolungato distacco della fornitura elettrica del proprio locale commerciale, ossia per lo stesso fatto per il quale la odierna attrice ha qui nuovamente avanzato verso l'altra una domanda di risarcimento del danno. (*omissis*)

L'illegittimo distacco della fornitura di energia elettrica al locale utilizzato dalla Sig.ra (*omissis*) per l'esercizio dell'attività di ristorazione si è protratto dal 13.12.13 fino al 4.3.2015 (*omissis*)

La sentenza del Tribunale di Chieti emessa all'esito del predetto giudizio - risolvendo tale controversia: ha dichiarato che nulla fosse dovuto da (*omissis*) alla Società in ragione dell'allaccio abusivo riscontrato nei locali della prima; ha rigettato le altre domande dell'attrice e la domanda riconvenzionale della convenuta.

Tale sentenza non è stata impugnata da alcuna delle parti e – pertanto – è passata in giudicato. Ed è noto che “*mentre il giudicato interno si forma anche sui capi della sentenza che siano stati oggetto di decisione implicita, ove la stessa non sia stata impugnata, nel caso di assorbimento c.d. improprio (il quale ricorre allorchè una domanda viene rigettata in base alla soluzione di una questione di carattere esaustivo che rende vano esaminare le altre), sul soccombente non grava l'onere di formulare sulla questione assorbita alcun motivo di impugnazione, essendo sufficiente, per evitare il giudicato interno, censurare o la sola decisione sulla questione giudicata di carattere assorbente o la stessa statuizione di assorbimento, contestando i presupposti applicativi e la ricaduta sulla effettiva decisione della causa*” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 17219 del 09/10/2012; Cass. Sez. 1 -, Ordinanza n. 48 del 04/01/2022).

Nonostante il formarsi del predetto giudicato, (*omissis*) ha riproposto – per gli stessi fatti che costituirono oggetto del predetto giudizio – una nuova azione risarcitoria, deducendo, a fondamento di essa, gli stessi fatti ed addebiti già invocati (all'epoca) per suffragare le proprie originarie pretese risarcitorie e per contrastare l'avversa pretesa di pagamento delle forniture. (*omissis*)

Ciò non è consentito dalla intervenuta formazione tra le parti di un giudicato che – come è noto – copre (innanzitutto) il dedotto (nella specie, le questioni relative ai danni risarcibili in capo a (*omissis*), in conseguenza del distacco e della interruzione prolungata della fornitura di energia elettrica).

Il tentativo di quest'ultima (sin dall'atto di citazione) di sostenere di avere agito (nel precedente giudizio) soltanto per il risarcimento dei danni subito per il distacco della elettricità e non anche per quelli subiti per la pro-

trazione di quel distacco (durata quindici mesi) - dunque, come se in quella sede si fossero invocati i soli pregiudizi subiti nell'attimo (un secondo: ndr) del "distacco" della luce (sussunto - in diritto - in una sorta di "illecito istantaneo") e giammai anche per quelli (invero i soli giuridicamente apprezzabili) riportati per la prosecuzione di quel distacco nei successivi quindici mesi, è immeritevole di condivisione, in quanto palesemente sconfessato dall'esame del *petitum* e della *causa petendi* delle domande del 1° giudizio, tanto da non esigere ulteriori confutazioni motivazionali.

Ma alla medesima conclusione, in termini di inammissibilità ed improcedibilità - per esistenza di giudicato tra le parti - delle domande risarcitorie avanzate nella presente causa dall'attrice, si perverrebbe anche nel caso in cui si condividesse (ma - come visto - così non è) l'assunto di quest'ultima per cui quel giudizio non avrebbe avuto ad oggetto la vicenda ed i danni relativi (non al distacco della elettricità, bensì) alla protrazione degli effetti di quel distacco per quindici mesi; infatti, anche a voler seguire tale assunto, le domande di cui è causa sarebbero coperte dal giudicato formatosi (anche sul cd. deducibile) in quell'originario giudizio.

E' infatti noto che *"l'autorità del giudicato copre sia il dedotto, sia il deducibile, cioè non soltanto le ragioni giuridiche fatte espressamente valere, in via di azione o in via di eccezione, nel medesimo giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle altre che, se pure non specificamente dedotte o enunciate, costituiscono, tuttavia, premesse necessarie della pretesa e dell'accertamento relativo, in quanto si pongono come precedenti logici essenziali e indefettibili della decisione (giudicato implicito)"* (Cass. Sez. L - , Ordinanza n. 3540 del 11/02/2021), ossia *"anche tutte le altre ragioni giuridiche - proponibili sia in via di azione che di eccezione - le quali, sebbene non dedotte specificamente si caratterizzano per la loro comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte"* (Cass. Sez. L, Sentenza n. 15343 del 30/06/2009).

Ed è parimenti noto che *"l'autorità del giudicato - salva la configurabilità di un caso di revocazione che consenta l'esperimento della relativa azione - copre sia il dedotto che il deducibile, senza che assuma rilievo l'ignoranza, da parte di colui contro il quale si sia formato il giudicato, di fatti che avrebbero potuto dare fondamento ad azioni o eccezioni non fatte valere"* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8784 del 19/08/1993: in forza di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, secondo cui l'avallante, per effetto del giudicato formatosi in sede di rigetto della propria opposizione a decreto ingiuntivo non

può eccepire, nel successivo giudizio di opposizione all'esecuzione, l'estinzione del debito da parte dell'avallato, verificatasi anteriormente all'esito del primo giudizio, ma non venuta, all'epoca, a conoscenza dell'avallante).

(omissis)

NOTA

1) Il fatto oggetto di lite

Caia, titolare di un esercizio commerciale, ha subito un distacco nella fornitura di energia elettrica, a seguito di una verifica tecnica da parte del distributore competente, che avrebbe accertato irregolarità nella fornitura (derivazione illegittima di energia elettrica a monte del contatore), peraltro presumibilmente effettuata da precedente titolare dell'esercizio commerciale.

La società distributrice ha provveduto a calcolare l'energia elettrica presuntivamente prelevata, richiedendone il pagamento.

Caia ha promosso un primo giudizio dinanzi al Tribunale di Chieti, diretto ad accertare la non debenza delle somme richieste per il presunto illegittimo prelievo (azione per l'accertamento negativo del debito) e l'illegittimità del distacco subito ed un indennizzo per il distacco ed in subordine i danni conseguenti, da determinarsi nella misura di giustizia (azione per danni). Detta ultima richiesta è stata poi precisata nella comparsa conclusionale, richiedendosi espressamente "il risarcimento per danno o, comunque, l'indennizzo, per l'illegittimità della interruzione della fornitura di energia elettrica"

In questo primo giudizio è stata accertata la non debenza delle somme relative al prelievo irregolare di energia elettrica, mancando la prova che dalla derivazione (presumibilmente realizzata dal precedente titolare della fornitura) vi fosse stato effettivo prelievo illegittimo di energia elettrica, ma è stata respinta la richiesta di indennizzo o di risarcimento danni, che dir si voglia.

L'attrice ha quindi proposto un nuovo giudizio, conclusosi con la sentenza in esame, chiedendo i danni conseguenti al mancato riallacciamento delle forniture, protrattosi per 15 mesi, e dovuto al mancato pagamento degli oneri stimati dal distributore per prelievi irregolari; ovvero l'attrice, nel riproporre l'azione di risarcimento danni, questa volta sostanziandola specificatamente anche nel quantum, ha cercato di differenziare l'oggetto dei due giudizi, distinguendo tra danni direttamente connessi al distacco (che a suo dire sarebbero stati oggetti del primo giudizio) e danni conseguenti al prolungato mancato riallaccio (spese per l'utilizzo di un generatore, mancati guadagni, danni all'immagine, ecc..).

2) La decisione

Il Giudice, senza entrare nel merito della vicenda, ha ritenuto di respingere la richiesta di risarcimento danni di parte attrice, vista la precedente sentenza di merito, sempre resa dal Tribunale di Chieti.

Il Giudice, infatti, ha correttamente evidenziato, con una attenta ricostruzione degli atti di entrambi i giudizi, posti a confronto, che non era dato distinguere – contrariamente a quanto sostenuto dalla attrice – nei due giudizi, tra danno immediato e danno perdurante del distacco e che già nel primo giudizio vi erano elementi tali da individuare la durata del distacco quale elemento identificativo del danno.

Inoltre, evidenzia il Giudicante, tanto il fatto generatore di quei danni (interruzione di fornitura dal dicembre 2013 al marzo 2015), quanto la consumazione dei danni patrimoniali asseritamente conseguiti (per mancati ricavi) ad esso, nel predetto periodo ed in quello immediatamente successivo, si erano già verificati anteriormente alla prima decisione; e tanto basta, in base al principio del divieto di riproporre quanto “dedotto o deducibile” ed ai principi generali del “giusto processo”, a fondare una decisione a danno dell’attrice.

La sentenza contiene una attenta analisi degli atti processuali di entrambi i giudizi, posti a confronto al fine di evidenziare l’identità delle domande risarcitorie, nonché un richiamo approfondito alla giurisprudenza in materia di giudicato interno e di preclusioni di quanto già dedotto o deducibile in un precedente giudizio; e proprio tali attenti richiami rendono meritevole di segnalazione la sentenza.

E interessante da segnalare, poi, il passaggio finale della motivazione, nel quale viene evidenziato, a completamento delle argomentazioni, che l’attrice non ha dedotto o, tanto meno dimostrato, di avere avuto un interesse giuridicamente rilevante a rivendicare - nel 2018 (ossia nel primo giudizio) - soltanto una “porzione” e una “tipologia” di danni e – nel 2021 (ossia nel secondo giudizio) – altra porzione” e altra “tipologia” di danni per quella medesima vicenda “illecita” consumatasi tra il 2013 ed il 2015.

Ed ancora, il Giudice rileva che detto interesse non è ontologicamente e logicamente configurabile, trattandosi di potenziali crediti risarcitori maturati con riferimento alla stessa identica finestra temporale – anni 2013/2015 – del rapporto di durata intercorso tra le parti.

Giuseppe Malcangi

Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2023 (est. Matalucci)

Lavoro pubblico – Segretario Comunale – Nulla-osta per il comando presso altra amministrazione – Diniego – Violazione degli obblighi di correttezza e buona fede – Sussiste – Tutela d’urgenza – Ammissibilità

È suscettibile di essere accertato con provvedimento ex art. 700 c.p.c., ricorrendo i requisiti del “fumus boni iuris” ed “periculum in mora”, il diritto di un segretario comunale al rilascio del nulla-osta per il comando presso altra amministrazione.

La negazione del nulla-osta è sindacabile dal giudice ordinario sotto l’aspetto dell’osservanza delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost. nella determinazione delle scelte riconnesse alla gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. (nella specie la negazione del nulla-osta è stata ritenuta contraria alle anzidette clausole generali, esemplificate dalla deliberazione n. 307 del 24/07/2002 del Consiglio Nazionale dell’Amministrazione dell’ex agenzia per la gestione dell’albo dei segretari comunali e provinciali, cui è succeduto ex lege, a titolo universale, il Ministero dell’Interno).

(omissis)

La ricorrente - segretario comunale iscritto alla fascia professionale A + Sezione Abruzzo Ministero dell’Interno (ex agenzia Segretari Comunali e Provinciali), e quindi abilitata a ricoprire sedi di classe 1A, cioè con popolazione superiore ai 250.000 abitanti, attualmente in servizio sulla base di una convenzione tra i comuni di, con popolazione da 10.001 sino a 65.000 abitanti - ha agito in giudizio chiedendo, in via cautelare, l’accertamento del diritto all’immediato rilascio di nulla osta finalizzato alla copertura di “n. 1 posto di funzione dirigenziale di livello non generale: dirigente dell’Ispettorato Generale per i Servizi Ispettivi di Finanza Pubblica, relativo all’esecuzione di verifiche amministrativo contabili extra gerarchiche nei confronti di enti e gestori di particolare complessità e rilevanza ai sensi dell’art. 19, comma 5 bis, de l decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

Il Ministero resistente eccepisce la infondatezza della domanda, assumendo che la pretesa vantata dalla ricorrente non integrerebbe un diritto soggettivo, essendo condizionato ad una valutazione rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione di appartenenza, rispetto alla quale il giudice ordinario non avrebbe competenza, ed aggiungendo, allo stesso tempo, di non aver mai

negate il nulla osta richiesto, ma di averlo condizionato al superamento di ragioni ostative di carattere organizzativo, come avvertosi con l'immissione in servizio di ulteriori 222 segretari comunali della sessione aggiuntiva del Corso concorso COA 6. Nonostante il riconosciuto venir meno delle preclusioni organizzative, il Ministero dell'Interno ha continuato a negare l'autorizzazione, assumendo, da ultimo, in sede di note del 2.12.2022, che sarebbe mancato il consenso dell'amministrazione richiedente, alla luce delle note nn. 146534 e 146535 del 29.11.2022.

Note che sono state acquisite in giudizio con ordinanza del 13.12.2022, in quanto non prodotte dal Ministero resistente, a cui si è aggiunta la richiesta di chiarimenti inoltrata al MEF in ordine alla posizione della ricorrente, a cui è seguito riscontro con nota del 19.12.2022 (*omissis*)

In ordine all'ammissibilità di una domanda cautelare di natura accertativa, la giurisprudenza maggioritaria di merito, pronunciata anche in materia di trasferimento (fattispecie affine a quella in oggetto), ritiene superata la risalente impostazione che ingiustificatamente restringeva l'ammissibilità della tutela d'urgenza alla sola anticipazione degli effetti di una pronuncia di condanna, sicché deve riconoscersi ormai, per dottrina prevalente, la possibilità di agire in via d'urgenza anche al fine di preservare la pratica utilità di una sentenza di mero accertamento o costitutiva, ogni qual volta corrisponda all'interesse concreto e attuale del ricorrente a non veder pregiudicate le proprie ragioni dalla tardività con cui la tutela di merito, per sua natura, interviene a comporre la controversia sorta tra le parti.

Nel caso di specie deve ritenersi sussistente l'interesse della parte ricorrente alla proposizione della domanda cautelare, in quanto non è diretta esclusivamente ad ottenere una pronuncia di mero accertamento, ma è funzionale ad ottenere le attività materiali consequenziali che potrebbero essere anticipate con la condotta conformativa dell'amministrazione di appartenenza, quali il rilascio del richiesto nulla osta o in subordine la rivalutazione di tale possibilità da parte dell'amministrazione resistente.

Tanto premesso, al fine di risolvere la presente controversia e utile una breve ricostruzione del contesto normativo di riferimento (*omissis*) in ordine alla disciplina del comando nelle pubbliche amministrazioni. (*omissis*)

Per quanto riguarda, invece, l'istituto del comando del pubblico dipendente è noto che lo stesso non comporta una novazione soggettiva dell'originario rapporto e la nascita di un nuovo rapporto con l'ente destinatario delle prestazioni, ma determina solo una modificazione oggettiva del rapporto originario, nel senso che l'ente datore di lavoro rinuncia alle prestazioni lavo-

relative del dipendente, le quali vengono invece espletate a favore dell'ente (l'amministrazione) di destinazione, che acquisisce il relativo potere direttivo e disciplinare.

Nell'ambito della pubblica amministrazione, la norma di riferimento è l'articolo 19 comma 5 bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 il quale prevede: *“5—bis. Ferma restando la dotazione effettiva di ciascuna amministrazione, gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'articolo 23, purchè dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali, previo collocamento fuori ruolo, aspettativa non retribuita, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti”*.

Con particolare riferimento al rapporto di impiego dei segretari comunali e provinciali, è opportuno richiamare anche la deliberazione n. 307 del 24 luglio 2002 del Consiglio Nazionale di Amministrazione dell'ex Agenzia per la gestione dell'Albo dei segretari comunali e provinciali (cui è succeduto ex lege, a titolo universale, il Ministero dell'Interno) la quale, nel disciplinare il comando dei segretari comunali e provinciali, dispone che *“Il Consiglio nazionale di Amministrazione (oggi Ministero dell'Interno), nel rilasciare la predetta autorizzazione al comando, valuta l'interesse pubblico connesso alla richiesta dell'interessato e dell'amministrazione che intende avvalersi del segretario in posizione di comando nonche' la situazione generale dell'Albo con particolare riferimento al numero delle sedi vacanti, al numero dei segretari in disponibilità, alla distribuzione dei segretari nelle varie sezioni dell'Albo, allo stato delle procedure per il reclutamento dei nuovi segretari comunali”*.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, pronunciandosi sulla disciplina del comando contenuta in linea generale dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, artt. 56 e 57, ha evidenziato le peculiarità che caratterizzano il comando del lavoratore pubblico rispetto al distacco privatistico, perché mentre quest'ultimo è atto del datore di lavoro ed è possibile solo a condizione che sussista un interesse del distaccante a inserire il proprio dipendente nell'altrui organizzazione aziendale, il comando, disciplinato in passato dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, artt. 56 e 57 è finalizzato a soddisfare unicamente le esigenze della amministrazione di destinazione e per questo non costituisce un atto organizzativo riconducibile al datore di lavoro, in quanto ciò) che prevale è l'interesse dell'ente il quale, attraverso il comando, realizza la provvista del personale di cui ha bisogno. Il potere conferito alla amministrazione di destinazione di disporre il comando con atto destinato a incidere su un rapporto del quale non è parte, determinando la scissione del rapporto di servizio rispetto a quello

d'ufficio, si giustifica perché il provvedimento attua, sul piano della organizzazione e del fabbisogno di personale, il principio di rilievo costituzionale di buon andamento e di efficienza degli uffici pubblici (Cass. 5.4.2006 n. 7971; cfr. anche C.d.S. 30.1.2001 n. 322 sulla natura discrezionale del potere della amministrazione di destinazione).

Rispetto all'istituto di carattere generale si è quindi detto che, a fronte dell'interesse prevalente della amministrazione di destinazione, la posizione giuridica soggettiva dell'ente di appartenenza nonché quella dell'impiegato, che potrebbe avere interesse a rimanere inserito nella organizzazione del suo datore di lavoro, hanno la consistenza di meri interessi legittimi oppositivi (così in motivazione Cass. 7971/2006 cit).

(omissis)

In altri termini, dal suddetto contesto normativo emerge che la possibilità di passaggio temporaneo del personale con medesima categoria tra pubbliche amministrazioni è subordinata al previo assenso dell'amministrazione di appartenenza che ne costituisce un elemento essenziale ed imprescindibile.

Come sopra esposto, quest'ultima può negare l'assenso al trasferimento, in base ad una valutazione che, per quanto discrezionale e non suscettibile di valutazione o contestazione nel merito, deve però essere realmente sussistente e rispettosa dei principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e soprattutto di buona fede e correttezza, applicabili nell'esecuzione del contratto di lavoro.

Più precisamente, non può dubitarsi che l'assenso al comando sia un atto rimesso all'esercizio di un potere di scelta discrezionale della pubblica amministrazione di appartenenza, come tale insindacabile nel merito in sede giurisdizionale, ma è altrettanto vero che essendo esercitato nelle forme e con i poteri del datore di lavoro, in esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive, tale discrezionalità non può ritenersi arbitraria e pur, di converso, essere sindacata in sede giurisdizionale in termini di rispondenza ai generali canoni di correttezza, buona fede e buon andamento dell'agire amministrativo.

Ed infatti, coerentemente con la giurisprudenza consolidata in tema di pubblico impiego privatizzato, nel cui ambito gli atti di gestione del rapporto rivestono la natura di determinazioni negoziali, assunte dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, l'agire dell'amministrazione datrice di lavoro deve ritenersi pur sempre caratterizzato dal rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli articoli 1175 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità di buon andamento, di cui all'articolo 97 della Costituzione nella determinazione delle scelte riconnesse alla gestione del rapporto di lavoro.

Così delineate le caratteristiche della fattispecie, nonché i limiti del controllo giurisdizionale sul diniego di nulla osta da parte dell'amministrazione di appartenenza (*omissis*) si ritiene che il diniego al nulla osta espresso dall'amministrazione di appartenenza (e confermato, da ultimo, dalla lettera di riscontro del 29.1.2022 alla richiesta di controparte di definizione bonaria della controversia, cfr. doc.2 depositato in data 10.1.2023 dalla ricorrente), integrando, di fatto, un impedimento della parte ricorrente alla possibilità di accedere alla procedura di interpello per il comando presso il MEF, non sia rispettoso dei principi di buona fede e correttezza e come tale si ritiene illegittima (*omissis*)

Il Ministero dell'Interno, con nota n.6542 in data 02.03.2022, rappresentava quanto segue: “vista la situazione dell'Albo, sia a livello nazionale che territoriale, che risulta fortemente deficitaria e connotata dalla costante diminuzione dei segretari presenti sull'intero territorio e dell'aumento esponenziale delle sedi vacanti, non è possibile dare favorevole seguito alla richiesta formulata finalizzata allo svolgimento di un incarico dirigenziale presso il Ministero dell'Economia e delle finanze della dr.ssa “, aggiungendo, altresì, di essersi attivato per porre in essere tutte le procedure finalizzate a contrastare tale situazione e concludendo nel seguente modo: “*pertanto, in considerazione della immissione in servizio in servizio entro il primo semestre del 2022 di nuovi segretari comunali, a conclusione della fase formativa al corso concorso COA 6, la richiesta della dott.ssa *** potrà essere nuovamente valutata con ogni favorevole considerazione*” (*omissis*)

Con decreto emesso in data 1.7.2022 n. 19046 il Ministero dell'Interno provvedeva alla iscrizione all'Albo dei Segretari comunali dei 286 segretari che avevano partecipato al primo corso concorso COA 6 con decorrenza immediata, nella fascia professionale C (doc. 5 fas. ric.), precisando in tale sede come “*il numero delle unità da iscrivere (287) è stato rapportato a quello dei contingenti, assicurando a tutti gli albi regionali, in egual misura e proporzionalmente, il soddisfacimento del fabbisogno di segretari comunicato*”.

Quindi, deve ritenersi che alla data del 1.7.2022 fossero venute meno le ragioni ostative al rilascio del nulla osta rappresentate dal Ministero dell'Interno con nota n.6542 del 2.3.2022, attesa l'immissione delle unità rapportate al contingente richiesto. Nonostante le richieste di sollecito della parte ricorrente, il Ministero dell'Interno non dava alcun riscontro, mentre il MEF, con nota del 7.5.2022 rinnovava la richiesta di nulla osta al Ministero dell'Interno per sopperire all'urgente necessità di quella specifica unità dirigenziale individuata, non ricevendo alcuna risposta (*omissis*)

Deve, dunque, ritenersi che sotto tale profilo il diniego del Ministero

resistente al rilascio del nulla osta al comando della ricorrente sia del tutto contrario ai doveri di correttezza e buona fede, non trovando fondamento in alcuna esigenza organizzativa, venuta meno, per espressa ammissione della parte resistente, sin dall'ottobre 2022. (*omissis*)

In ordine al *periculum in mora* è noto che lo stesso esige un apprezzamento puntuale, preciso e contingente al fine di verificare in concreto, per ogni singolo caso posto all'attenzione del giudicante, se durante il tempo necessario per azionare in Via ordinaria il diritto questo possa essere pregiudicato in modo irreparabile. Nel caso di specie, le prospettazioni contenute in ricorso e nelle note autorizzate (ammissibili anche in ragione della natura del giudizio) appaiono idonee ad evidenziare una situazione di pregiudizio imminente e irreparabile. E' infatti ormai *ius receptum* la tutelabilità in via cautelare della professionalità, che deriva sia dall'irreparabilità della perdita, insuscettabile per sua natura di riparazione per equivalente, sia dall'inquadramento della professionalità nei valori della persona, al superiore livello primario della garanzia costituzionale del lavoro, in un contesto di rilievo assolutamente preminente da riconoscere alla posizione del lavoratore.

Le prospettazioni della ricorrente appaiono, infatti, idonee ad evidenziare una situazione di pregiudizio imminente e irreparabile, con particolare riferimento alla lesione del bene della "professionalità", non agevolmente riparabile per equivalente. Del resto, non si vede come la stessa, una volta ricoperto l'incarico oggetto del comando, potrebbe far valere il suo diritto in via ordinaria.

Nel caso di specie l'imminenza del pericolo è rappresentata dalla decorrenza di un tempo estremamente significativo nel corso del quale l'amministrazione resistente continua a negare il rilascio del nulla osta. Circostanza fattuale da considerare in un contesto nel quale il MEF ha reiterato in diverse occasioni il proprio interesse a ricoprire il posto oggetto di comando, ma rispetto al quale, in mancanza di risposta e riscontro da parte del Ministero resistente in tempi ragionevoli, potrebbe attingere dai futuri e prossimi neo assunti a tempo indeterminato. La parte ricorrente ha, infatti, dedotto e dimostrato che nelle more del richiesto nulla osta, la procedura concorsuale per la assunzione dei nuovi dirigenti presso l'Ispettorato Generale dei servizi Ispettivi di Finanza Pubblica (dove la ricorrente avrebbe svolto il comando) è in fase avanzata, essendo state svolte ad ottobre 2022 le prove scritte e che in data 30.12.2022 è stata approvata la graduatoria di merito del concorso pubblico per il reclutamento di 38 unità di personale dirigenziale di seconda fascia, in prova, nel ruolo dei dirigenti del Ministero dell'economia e delle Finanze.

In altri termini, non può escludersi che l'ulteriore ritardo ingiustificato nel

rilascio del nulla osta da parte del Ministero dell'Interno potrebbe determinare il MEF ad assegnare ai neo assunti l'incarico oggetto del comando.

Né si ritiene che la manifestazione di interesse da parte del MEF al comando della ricorrente, in mancanza di quelle esigenze improcrastinabili che hanno spinto il Ministero suddetto ad indicare prioritariamente alcune posizioni, possa giustificare il perdurante diniego del Ministero convenuto, né vale ad escludere il requisito del *periculum* che al contrario, alla luce del quadro fattuale sopra delineate, deve ritenersi di immediata evidenza.

In altri termini l'interesse al comando della ricorrente da parte del MEF, ribadite da ultimo con nota del 19.12.2022, se non riscontrato in termini ragionevoli, potrebbe indurre il Ministero stesso a ricorrere al personale neo assunto, tanto è vero che con nota dell'11.11.2022, in un'ottica di ricognizione di tutte le richieste inviate, ha espresso *“la necessità di riscontro per tutte le richieste”* riguardanti i Segretari comunali, tra cui anche la posizione della (*omissis*).

In conclusione, alla luce di una valutazione meramente sommaria dei fatti di causa, propria di tale fase del giudizio, devono ritenersi sussistenti i requisiti per accogliere la domanda cautelare con conseguente accertamento e dichiarazione, nei confronti del Ministero dell'Interno, quale responsabile dell'Albo Nazione dei Segretari Comunali e provinciali, in persona del Ministro pro tempore, del diritto della ricorrente all'immediato rilascio di nulla osta relativo alla *“procedura per l'acquisizione della disponibilità a ricoprire n. I posto di funzione dirigenziale di livello non generale: dirigente dell'Ispettorato Generale per i Servizi Ispettivi di Finanza Pubblica, relativo all'esecuzione di verifiche amministrativo contabili extra gerarchiche nei confronti di enti e gestioni di particolare complessità e rilevanza”*. (*omissis*)

Trib. Vasto sent. 16 gennaio 2023 n. 11 (est. David)

Transazione conservativa e novativa – Distinzione – Risoluzione per inadempimento – Transazione conservativa – Ammissibilità

In ipotesi di transazione semplice o conservativa e non di transazione novativa (che determina, invece, l'estinzione del precedente rapporto e la sostituzione integrale rispetto ad esso, di modo che si verifichi una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello risultante dall'accordo transattivo, con la conseguente insorgenza dall'atto di un'obbligazione oggettivamente diversa dalla precedente), è possibile domandare la risoluzione per inadempimento della transazione al fine di restituire il rapporto transatto nella situazione giuridica preesistente, facendo risorgere tutte le ragioni, azioni ed eccezioni di cui potevano disporre originariamente le parti. L'inadempimento in ordine alle specifiche obbligazioni assunte con l'accordo transattivo è idoneo a fondare la facoltà, per la parte non inadempiente, di ritenere risolto l'accordo, con conseguente riviviscenza dell'intero credito e del correlativo diritto per essa di agire in giudizio nei confronti della controparte.

(omissis)

Occorre preliminarmente, in sintesi e per quanto di interesse, ripercorrere quanto dedotto e documentato dalle parti in causa.

Dal corredo probatorio è emerso che la società attrice accettava l'offerta del 22.10.2014 proposta dalla convenuta per la realizzazione di un ascensore in un condominio di nuova costruzione sito in V., Via S. L., al prezzo complessivo di Euro 12.000,00 (Iva esclusa), da versarsi nella misura del 30% all'ordine, del 40% ad avvenuta installazione della parte meccanica e porte di piano e 30% alla consegna impianto finito e collaudo finale (all. 1 di parte attrice).

Stante l'inadempimento nel versamento delle somme così pattuite, la convenuta adiva questo Tribunale per ottenere il titolo esecutivo (decreto ingiuntivo n. 215/2015 del Tribunale di Vasto) cui seguiva, in mancanza di opposizione, l'esecuzione presso terzi con cui la creditrice G. Srl otteneva parziale soddisfazione del proprio credito.

A saldo e contestuale estinzione della procedura esecutiva, le parti in causa stipulavano, in data 25.2.2016, un atto di transazione con il quale l'attrice si obbligava, in favore della convenuta, alla corresponsione della somma complessiva di Euro 13.979,32, pattuendone dettagliatamente le modalità di versamento (all. 2 di parte attrice), mentre la convenuta si obbligava al completamento dei lavori.

La transazione veniva parzialmente adempiuta dalla E.C., la quale provvedeva a versare il dovuto, residuando unicamente l'importo di Euro 3.700,00 la cui condizione prevalente, secondo la prospettazione offerta da parte attrice, era da rinvenire nella richiesta di ultimazione dei lavori entro il mese di agosto 2016.

L'attrice, in luogo del versamento della residua somma, adiva il Tribunale di Vasto per ottenere l'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 c.p.c. (all. 3 di parte attrice) al fine di accertare lo stato dei lavori e verificare la corretta esecuzione del cronoprogramma ripassato nella proposta del 22.10.2014. Contestualmente, parte convenuta otteneva il decreto ingiuntivo n.70/2016 (all. 4 di parte attrice) emesso dal Giudice di Pace di Vasto per ottenere il pagamento della residua somma di Euro 3.700,00, cui parte attrice proponeva formale opposizione (all. 5 di parte attrice).

La su menzionata procedura, rinviata in attesa del deposito dell'elaborato definitivo del Consulente Tecnico D'Ufficio, veniva definita con sentenza n. 41/2019, all'esito di cui le parti sottoscrivevano, innanzi al tecnico già nominato in sede di A.T.P., un accordo di transazione in data 20.9.2017 (all. 6 di parte attrice).

Nel predetto accordo, la convenuta si impegnava, al massimo entro il 30.9.2017, alla ripresa dei lavori per il completamento dell'ascensore, ivi compreso il collaudo finale, mentre parte attrice si obbligava al pagamento della somma complessiva di Euro 2.000,00, da versarsi in due tranches di pari importo (Euro 1.000,00), la prima al momento della ripresa dei lavori e la seconda all'ultimazione degli stessi. Il tutto con espressa rinuncia delle parti agli atti ed abbandono del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, al titolo esecutivo, alla sua esecuzione e ad intraprendere l'azione di risarcimento dei danni ipotizzata dall'attrice nell'ambito del procedimento per accertamento tecnico preventivo.

(omissis)

Tanto premesso, l'oggetto di disamina dell'odierno giudizio deve essere circoscritto alla valutazione della corretta esecuzione dell'accordo di transazione ripassato tra le parti in data 20.9.2017.

Sul punto, parte attrice avanza, nei confronti della convenuta, domanda di risoluzione per grave inadempimento delle prestazioni assunte nell'accordo da parte della convenuta medesima, consistente nella mancata prosecuzione dell'opera per cui è causa, oltre al risarcimento dei danni conseguenti all'impossibilità di chiudere i lavori in cantiere e di vendere gli appartamenti ivi insistenti stante l'assenza della certificazione di agibilità dell'intera palazzina.

Segnatamente, l'attrice imputa alla convenuta la responsabilità per lo smarrimento dei materiali utili al proseguimento dei lavori, avendo quest'ultima l'onere di custodirli presso la propria sede.

Di contro, la società G. deduce l'impossibilità oggettiva di adempimento della prestazione assunta per il mancato rinvenimento sul cantiere dei materiali consegnati alla E.C. ed indicati nella missiva del 13.12.2017 (all. 7.1 attrice), necessari per l'ultimazione dell'opera.

(*omissis*)

Ebbene (*omissis*) può affermarsi che parte attrice ha regolarmente assolto all'onere probatorio e di allegazione su di essa incombente, provando la fonte negoziale delle proprie pretese (accordo transattivo) e l'assolvimento della propria prestazione, convenuta nell'accordo transattivo (versamento della prima rata di Euro 1.000,00).

Non può ritenersi provata, invece, la non imputabilità dell'inadempimento eccepito dalla convenuta.

La prova della fonte negoziale del rapporto dedotto in giudizio, unitamente alla dimostrazione del versamento ed alla allegazione dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale da parte della convenuta, impone l'accoglimento della domanda, con conseguente declaratoria di risoluzione dell'accordo negoziale per inadempimento e condanna della società G. s.n.c. alla restituzione della somma versata di Euro 1.000,00, oltre interessi legali, con decorrenza dalla data della domanda fino al saldo.

Deve evidenziarsi, infatti, che l'accordo per cui è causa rappresenta una transazione c.d semplice, ovvero un accordo con il quale le parti si sono limitate ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto ed a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni, consistenti in una riduzione delle opposte pretese in modo da realizzare un regolamento di interessi costituente un *quid medium* rispetto alle prospettazioni iniziali (cfr. Cass. Ord. 21.6.2021 n. 17636)

In effetti, le parti nell'atto di transazione, richiamando espressamente l'offerta del 22.10.2014, accettata dall'attrice, hanno convenuto (al punto 2 dell'accordo) la ripresa dei lavori, entro la data del 30.9.2017, per il completamento dell'ascensore, ivi compreso il collaudo, a fronte del pagamento della minor somma di Euro 2.000,00, da versarsi in due tranches (cfr. al punto 4 dell'accordo).

Ebbene, come noto, in ipotesi di transazione semplice o conservativa e non di transazione novativa (che determina, invece, l'estinzione del precedente rapporto e la sostituzione integrale rispetto ad esso, di modo che si verifichi una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello risultante dall'accordo transattivo, con la conseguente insorgenza dall'atto di un'obbligazione oggettivamente diversa dalla precedente), è possibile domandare la risoluzione per inadempimento della transazione al fine di restituire il

rapporto transatto nella situazione giuridica preesistente, facendo risorgere tutte le ragioni, azioni ed eccezioni di cui potevano disporre originariamente le parti.

L'inadempimento in ordine alle specifiche obbligazioni assunte con l'accordo transattivo è idoneo a fondare la facoltà per la parte non inadempiente di ritenere risolto l'accordo con conseguente riviviscenza dell'intero credito e del correlativo diritto per essa di agire in giudizio nei confronti della controparte (cfr. a tal proposito, Tribunale di Milano 2.9.2019 n. 79389).

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui un rapporto venga fatto oggetto di una transazione e questa non abbia carattere novativo, la mancata estinzione del rapporto originario discendente da quel carattere della transazione e, dunque, non che la posizione delle parti sia regolata contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, ma bensì soltanto che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario (al contrario di quanto, invece, accade qualora le parti espressamente od oggettivamente abbiano stipulato un accordo transattivo novativo, nel qual caso l'art. 1976 c.c. sancisce, l'irrisolubilità della transazione - cfr. Cass. civ. Sez. III, 16/11/2006, n. 24377).

Il tutto a maggior ragione se, come nel caso di specie, le parti hanno pattuito, al punto 5) dell'accordo di transazione del 20.9.2017, la risoluzione ipso iure per il caso di inadempienza di una delle parti rispetto a quanto convenuto. Tale clausola (c.d. clausola risolutiva espressa) attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per un determinato inadempimento della controparte, dispensandola dall'onere di provarne l'importanza (ex plurimis, Cass. n. 17603/2018). Parimenti può accogliersi la domanda formulata in ordine all'ordine di consegna della documentazione riguardante la certificazione degli elementi montati in esecuzione del ridotto contratto di appalto.

(omissis)

NOTA

Premessa: La vicenda processuale – I precedenti

Al fine di una più completa comprensione della vicenda si riportano, in sintesi, i precedenti intercorsi tra le parti, prima del presente giudizio, dettagliatamente narrati nel testo integrale della sentenza, ma sopra omissi.

Tra la attrice (Alfa) e la convenuta (Omega) era ripassato un contratto di appalto per la realizzazione di un ascensore in un condominio di nuova costruzione; stante l'inadempimento nel versamento delle somme pattuite, la convenuta (Omega) adiva il Tribunale di Vasto per ottenere il titolo esecutivo.

A saldo e contestuale estinzione della conseguente procedura esecutiva,

le parti in causa stipulavano, un atto di transazione con il quale l'attrice (Alfa) si obbligava, in favore della convenuta, alla corresponsione di una data somma mentre la convenuta si obbligava al completamento dei lavori.

La transazione veniva adempiuta solo parzialmente dalla Alfa, che adiva il Tribunale di Vasto per ottenere un accertamento tecnico preventivo al fine di accertare lo stato dei lavori e verificare la corretta esecuzione del cronoprogramma.

Contestualmente, parte convenuta otteneva decreto ingiuntivo per il pagamento della somma residua, cui parte attrice proponeva formale opposizione.

La su menzionata procedura, rinviata in attesa del deposito dell'elaborato definitivo del Consulente Tecnico D'Ufficio, veniva definita con sentenza n. 41/2019, all'esito della quale le parti sottoscrivevano un accordo di transazione.

Nel predetto accordo, la convenuta si impegnavo alla ripresa dei lavori per il completamento dell'ascensore, ivi compreso il collaudo finale, mentre parte attrice si obbligava al pagamento della somma complessiva di Euro 2.000,00, da versarsi in due tranches di pari importo (Euro 1.000,00), la prima al momento della ripresa dei lavori e la seconda all'ultimazione degli stessi. Il tutto con espressa rinuncia delle parti agli atti ed abbandono del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, al titolo esecutivo, alla sua esecuzione e ad intraprendere l'azione di risarcimento dei danni ipotizzata dall'attrice nell'ambito del procedimento per accertamento tecnico preventivo.

Parte attrice provvedeva al versamento, in favore della convenuta, della sola prima rata concordata di Euro 1.000,00, mentre quest'ultima non proseguiva nel compimento dell'opera concordata.

Dal vicendevole inadempimento dell'ultima transazione intercorsa nasceva l'odierno giudizio, nel quale veniva richiesta la risoluzione della transazione da ultimo stipulata.

Brevi cenni sull'esito del giudizio

La sentenza, dopo aver affrontato articolata ed interessante problematica sull'onere della prova in caso di inadempimento reciproco, giunge alle proprie conclusioni, evidenziando che l'accordo per cui è causa è una transazione c.d semplice, ovvero un accordo con il quale le parti si sono limitate ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto ed a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni, consistenti in una riduzione delle opposte pretese.

In ipotesi di transazione semplice è possibile domandare la risoluzione per inadempimento della transazione al fine di restituire il rapporto transatto nella situazione giuridica preesistente, facendo risorgere tutte le ragioni,

azioni ed eccezioni di cui potevano disporre originariamente le parti.

Il tutto, come evidenzia il giudicante, “a maggior ragione se, come nel caso di specie, le parti hanno pattuito, al punto 5) dell’accordo di transazione del 20.9.2017, la risoluzione ipso iure per il caso di inadempienza di una delle parti rispetto a quanto convenuto. Tale clausola (c.d. clausola risolutiva espressa) attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per un determinato inadempimento della controparte, dispensandola dall’onere di provarne l’importanza (ex plurimis, Cass. n. 17603/2018)”.

La soluzione sotto tale profilo risulta pacifica ed il richiamo, nella sentenza, alla transazione novativa costituisce soltanto una sorta di obiter dictum diretto a meglio giustificare, per differenza, l’accoglimento della domanda di risoluzione della transazione intervenuta tra le parti.

La transazione semplice e novativa

Si prende comunque spunto dalla sentenza per un breve “ripasso scolastico” e qualche approfondimento sugli aspetti definitori della transazione (semplice e novativa).

Si ricorda brevemente che, secondo definizione codicistica (art. 1965 C.C.):

“La transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata, o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.

Per consolidata dottrina, (per tutti, Francesco Messineo, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè, 1972) gli elementi fondamentali della transazione sono:

- a) Una lite esistente tra le parti o la possibilità che una lite insorga tra esse;*
- b) Un’incertezza, ovvero una res litigiosa*
- c) Reciproche concessioni o rinunce, mediante le quali le parti pongono fine ad una lite cominciata o prevengono una lite che può sorgere.*

Quindi, la transazione interviene su pretese e contestazioni che vanno eliminate a prescindere da un accertamento dei diritti spettanti alle parti (e sotto tale profilo vi è una implicita distinzione tra contratto di transazione, negozio di accertamento e atti di accertamento - a tal riguardo vedasi Palazzo, la Transazione, in Trattato di Diritto Privato, UTET, vol. 13, 1985 e

Renato Miccio, in Commentario del Codice Civile - Dei singoli Contratti, UTET, 1959, ove ben si evidenzia che le reciproche concessioni differenziano la transazione dalla semplice rinuncia o dalla confessione e che il potere dispositivo della transazione è differente da quello accertativo, essendovi nella transazione, come in genere in tutti i contratti, un giudizio economico e non un giudizio giuridico).

E pure va considerato che la res litigiosa non deve pure essere soggettivamente “dubia” per le parti, essendo sufficiente lo scopo di estinguere la lite: si pensi ad esempio alla rivendica di un bene usucapito per decorso del tempo ed all’accordo diretto a formalizzare, mediante compravendita (o direttamente nella transazione, al riguardo Palazzo, o.c., pag. 323), il passaggio di proprietà de facto già intervenuto.

Peraltro, la transazione, al di là dell’effetto principale, quello eliminativo della lite, e quindi preclusivo dell’accertamento, può produrre effetti anche su rapporti diversi da quello oggetto della lite e quindi consente ampia autonomia negoziale (c.d. transazione mista).

Per quanto riguarda la transazione novativa, la sua specifica collocazione può ricavarsi, implicitamente, dall’art. 1976 C.C., che recita:

“Risoluzione della transazione per inadempimento

La risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato”;

e comunque dal 2° comma dell’art. 1965 C.C., nel momento in cui si preveda una nuova fonte del rapporto. Nella transazione novativa l’intento della parti sembra essere quello di mutare il rapporto obbligatorio sottostante, o meglio, di creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello oggetto di contestazione, andando ad incidere su rapporti non controversi e quindi utilizzando rapporti estranei alla materia della lite, per cui la transazione risulti incompatibile con taluna delle obbligazioni nascenti dal precedente rapporto (Messineo, o.c. pag. 231). La transazione novativa è quindi un negozio di secondo grado, però principale e non ausiliario.

Peraltro va verificato se la valenza novativa di una transazione va riferito all’intento dei soggetti (nel caso rivolto ad estinguere il precedente rapporto ed a sostituirlo con uno nuovo – animus novandi), oppure all’oggettiva mutazione del rapporto.

Probabilmente il giusto equilibrio è dato dalla presenza di entrambi gli elementi, anche se quello oggettivo finisce, forse, con l’assumere valenza predominante (così in genere nei rapporti caratterizzati dalla diade elemento soggettivo/elemento oggettivo, come nel possesso).

La nostra sentenza pare più orientata alla tesi del riscontro oggettivo, attraverso il quale viene chiaramente esclusa la possibilità di una transazione novativa (ma nel nostro caso il compito del giudicante non presentava particolari difficoltà, vista anche la clausola risolutiva contenuta nella transazione).

Del resto la transazione di cui all'art. 1976 C.C. dovrebbe essere quella in cui le parti danno luogo ad un nuovo rapporto giuridico, tale da escludere ogni possibile coesistenza con il rapporto precedente, e con la possibilità di agire esclusivamente per l'adempimento della transazione. Di qui la regola del divieto di richiedere la risoluzione e la reviviscenza del rapporto precedente.

E ciò a meno che il diritto alla risoluzione (con reviviscenza del precedente rapporto) sia stato espressamente stipulato.

Tecniche redazionali della transazione – brevi cenni

La natura della transazione, semplice o novativa, dovrebbe derivare quindi dall'oggetto dell'accordo, ove lo stesso si limiti a regolare il rapporto preesistente oppure venga ad istituire un nuovo rapporto, sostanzialmente differente, o meglio ancora incompatibile con quello preesistente.

Il rischio della transazione novativa è però quello, ove lo stesso abbia effetti economicamente abdicativi, di vedere la parte creditrice limitata nelle sue azioni, in caso di inadempimento di controparte, potendo solo pretendere l'adempimento della nuova obbligazione.

Sarà pertanto opportuno, in sede di stipulazione, ove del caso, prevedere apposita clausola risolutiva

Del resto nel nostro caso, al di là della qualificazione del tipo di novazione, come ha ben evidenziato il Giudicante, le parti avevano (opportunamente) previsto una clausola risolutiva per l'inadempimento, evitando così ogni possibile equivoco interpretativo e rischio concreto.

Può quindi risultare opportuno l'inserimento di una siffatta clausola in un accordo transattivo specialmente ove esso abbia possibile carattere novativo, per evitare che l'originario rapporto si esaurisca e le pendenze tra le parti, anche per il caso di inadempimento, siano regolati esclusivamente, dal nuovo rapporto costituito.

O, in alternativa, anche per il caso di transazione semplice o mista, potrebbe bastare una precisazione che escluda l'effetto novativo, con l'aggiunta di una frase del tipo: "e senza che ciò costituisca novazione".

Giuseppe Malcangi

Trib. Pescara Dcr. 3 maggio 2023 n. 18 (est. Bongrazio)

Fallimento – Insinuazione stato passivo – credito del professionista per attività svolta nella precedente procedura di concordato preventivo – collocazione del credito in prededuzione – verifica della funzionalità alla procedura dell’attività svolta dal professionista – valutazione ex ante – necessità – apertura della procedura di concordato preventivo quale utilità minima – necessità.

Il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l’accesso al concordato preventivo è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all’art. 161 L.F., sia stata funzionale ai sensi dell’art. 111, comma secondo L.F., alla finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo il giudizio ex ante rimesso all’apprezzamento del giudice di merito, alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali dell’impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell’art. 163 L.F..

La circostanza che il concordato sia stato successivamente revocato ai sensi dell’art. 173 L.F., con conseguente dichiarazione di fallimento, non è idonea ad escludere tale nesso funzionale sia perché trattasi di evenienze successive alla proposizione della domanda di concordato sia perché la valutazione di funzionalità non può essere svolta con giudizio ex post, sulla base di una verifica della sussistenza di un indice di collegamento tra il fatto genetico sopravvissuto come titolo del credito al fine avanzato in prededuzione e la persistenza, riconosciuta anche nella nuova procedura, della adeguatezza delle prestazione all’intera vicenda concorsuale.

(Omissis)

Con ricorso del 16 dicembre 2013 l’avv. *(omissis)* avanzava domanda di ammissione allo stato passivo del Fallimento *(omissis)*. n. 42/2013 per l’importo di complessivi Euro 107.648,24 vantati in prededuzione a titolo di consulenza e assistenza professionale svolta in favore della fallita per la predisposizione della proposta di concordato preventivo.

(omissis)

ammetteva il credito per euro 80.000,00 a titolo di competenze profes-

sionali in privilegio ex art. 2751 BIS c.c. oltre euro 9.527,82 per interessi moratori sempre in privilegio ed 11.190,97 per rimborso forfetario al 12,5% in chirografo, 4.028,75 per CAP al 4% in chirografo, ed IVA in privilegio all'aliquota vigente al momento del pagamento per la quota che troverà capienza. (*omissis*)

L'avv. (*omissis*) proponeva tempestiva opposizione ai sensi dell'art. 98 L.F. per il riconoscimento della natura prededucibile del credito riconosciuto gli in via via privilegiata ed il Tribunale, (*omissis*), rigettava l'opposizione con compensazione integrale delle spese di lite.

A seguito di impugnazione, con sentenza n. 20949/2022 depositata e comunicata in data 30 giugno 2022, la Suprema Corte ha cassato il decreto impugnato in accoglimento del primo motivo di impugnazione, rinviando (anche per le spese) a questo Tribunale per la pronuncia di merito da effettuarsi secondo il principio espresso in accoglimento del gravame.

A seguito di rituale ricorso in riassunzione l'avv. (*omissis*), in applicazione del principio di diritto enunciato in tale sentenza, chiedeva il riconoscimento della natura prededucibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111, 2° comma l.f., del credito, già ammesso al passivo in privilegio, (*omissis*)

Costituitasi in giudizio la Curatela non si opponeva al riconoscimento della natura prededucibile del credito vantato dall'avv. (*omissis*), ai sensi e per gli effetti dell'art. 111, 2° comma l.fall., (*omissis*)

Per effetto del giudicato endofallimentare formatosi, a seguito dell'ammissione al passivo del credito vantato dall'opponente, in merito alla circostanza che l'Avv. (*omissis*) abbia svolto la propria attività in favore della società poi fallita nell'ambito della procedura di concordato preventivo poi sfociata in fallimento ex art. 173 L.F. senza che lo stesso sia in corso in inadempimento (totale o parziale) del suo incarico professionale, al presente giudizio rescissorio è affidata la valutazione della natura prededucibile o meno di tale credito. In merito assume valore vincolante il principio espresso dalla sentenza rescindente della Suprema Corte n. 20949/2022 che, nel richiamare il principio espresso con precedente sentenza n. 42093/2021, ha stabilito che *“Il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art.161 l.f., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111 co.2 l.f., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore ven-*

ga ammesso alla procedura ai sensi dell'art.163 l.f., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria".

Esclusa, per i motivi sopradetti, la ricorrenza di un'ipotesi di inadempimento o frode dell'opponente va affrontata la ricorrenza del requisito della funzionalità del credito dell'Avv. (*omissis*) Il giudice di legittimità ha da tempo affermato in merito il concetto di funzionalità "esprime un'attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato, così attenendo a crediti maturati in capo a terzi, per prestazioni svolte anche prima dell'inizio della procedura e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi ma comunque in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell'iniziativa, più che al risultato. Detta relazione ha assunto - nella varietà delle formule definitorie - un sostanziale assestamento entro una qualità strumentale riconoscibile *ex ante* e per quanto con oscillazioni sulla rappresentazione più o meno presunta e dunque automatica nel nesso con il prosieguo concorsuale, specie se ad esito infausto; la funzionalità può dirsi sussistente quando l'attività originante il credito sia ragionevolmente assunta, nella prospettazione delle circostanze ad essa coeve, proprio per assecondare, con l'instaurazione o lo svolgimento della specifica procedura concorsuale cui è volta, le utilità (patrimoniali, aziendali, negoziali) su cui può contare tipologicamente, cioè secondo le regole del modello implicato, l'intera massa dei creditori, destinati a prendere posizione sulla proposta del debitore"(Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 42093/2021).

Nella fattispecie è risultato che la domanda di concordato preventivo è stata positivamente vagliata dal Tribunale che, con decreto ex art. 163 L.F., ha aperto la procedura cui ha fatto seguito il voto favorevole dei creditori, come pure indicato nel decreto ex art. 99 L.F. di questo Tribunale, e la successiva revoca ex art. 173 L.F. per la sopravvenienza di eventi (sequestro penale su un immobile, per omesso versamento Iva ed escussione di un pegno su titoli da parte di BLS) successivi all'ammissione alla procedura.

Risulta, pertanto, accertata la natura funzionale della prestazione professionale dell'opponente siccome relativa a procedura di concordato preventivo dichiarata ammissibile e sottoposta al vaglio (risultato favorevole) dei creditori. La circostanza che il concordato sia stato successivamente revocato ai sensi dell'art. 173 L.F. con conseguente dichiarazione di fallimento, non è idonea ad escludere tale nesso funzionale sia perché trattasi di evenienze successive alla

proposizione della domanda di concordato (*omissis*) sia perché la valutazione di funzionalità non può essere svolta con giudizio *ex post* come affermato nella sentenza della Suprema Corte, ma solo sulla base di una verifica della sussistenza di un “*indice di collegamento tra il fatto genetico sopravvissuto come titolo del credito al fine avanzato in prededuzione e la persistenza, riconoscibile anche nella nuova procedura, della adeguatezza della prestazione all’intera vicenda concorsuale, iniziata con un progetto e terminata con esito del tutto diverso da quello per il quale l’ingaggio delle prestazioni di terzi era avvenuto ad opera del debitore e così voluto da entrambe le parti*” a tal fine essendo sufficiente “*che il concordato sia stato almeno aperto evitando che crediti ad esso meramente adiacenti trovino pari trattamento rispetto a crediti invece già interni al concorso pieno*”. In tale prospettiva il ministero del professionista legale per la proposizione della domanda, al pari dell’attività dell’attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e la perizia estimativa giurata sul valore dei beni oggetto di prelazione, rientrano a pieno titolo nei crediti funzionalmente insorti per l’avvio della procedura che, pertanto, “*agevola una positiva valutazione ex ante della strumentalità*” (Sez. Un. cit.).

L’opposizione dell’Avv. (*omissis*), pertanto, merita accoglimento con conseguente riconoscimento della natura prededucibile del credito dello stesso già ammesso al passivo in via privilegiata e chirografaria (*omissis*)

NOTA

Con ricorso per l’insinuazione allo stato passivo del fallimento di una società, un avvocato, rappresentando di aver assistito la società, dipoi fallita, nella precedente procedura di concordato preventivo, chiedeva la collocazione del proprio credito in prededuzione. Il Giudice delegato al fallimento ammetteva il credito in privilegio, negando la collocazione prededucibile, ritenendo che tale qualificazione preferenziale non potesse essere consentita in quanto l’ammissione alla procedura di concordato era stata revocata dal Tribunale ai sensi dell’art. 173 l.f., presumendo che l’avvocato avesse sottaciuto le circostanze causa di revoca. Il professionista presentava opposizione allo stato passivo avverso il decreto di ammissione del credito in solo privilegio, spiegando di aver svolto diligentemente il proprio operato e che le circostanze che avevano condotto alla revoca del concordato preventivo erano a lui sconosciute nel momento in cui aveva chiesto l’ammissione alla procedura e che, invece, non appena conosciute ne aveva fatto partecipe il Giudice delegato.

Il Tribunale adriatico, ritenendo infondate le ragioni del professionista, si conformava al decisum del Giudice delegato, rigettando l'opposizione allo stato passivo. L'avvocato impugnava, quindi, il decreto di rigetto del tribunale innanzi alla Corte di Cassazione, eccependo la violazione dell'art. 111 l.f. ed insistendo per il riconoscimento della qualifica in prededuzione del credito vantato, posta la funzionalità della propria opera alla procedura di concordato preventivo che, peraltro, era stata dichiarata aperta. La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso del professionista, cassava con rinvio il decreto del tribunale pescarese innanzi al quale si svolgeva il giudizio di rinvio per l'applicazione del principio di diritto enunciato dagli Ermellini. Il Tribunale adriatico, in sede di rinvio, ritenuta che l'opera del professionista dovesse ritenersi funzionale alla procedura con un giudizio da effettuarsi ex ante, ammetteva il credito in collocazione prededucibile.

Con il decreto, emesso dal tribunale adriatico in sede di rinvio dal giudizio di cassazione, è stato recepito il principio di diritto espresso dalle sezioni unite della Suprema Corte (v. Cass. Sez. Un. n. 42093/21) secondo il quale i crediti professionali, sorti antecedentemente al fallimento e per l'assistenza nella presentazione del concordato preventivo, debbano collocarsi in prededuzione nell'ipotesi in cui essi siano funzionali alla procedura minore, funzionalità intesa come espressione di un'attitudine di vantaggio per il ceto creditorio da valutarsi ex ante.

Il suddetto principio di diritto prende la mosse dal dettato dell'art. 111, comma 2 l.f. a mente del quale sono considerati crediti prededucibili quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, norma, introdotta dall'art. 99 d.Lgs. n. 5/2006 in attuazione della c.d. Riforma Vietti, che, per pacifica ammissione della giurisprudenza di legittimità, è applicabile a tutte le procedure concorsuali. Con la suddetta norma, dunque, il legislatore ha effettuato una divisione tra crediti prededucibili per apposita disposizione legislativa e crediti prededucibili giudiziali in quanto sorti in occasione o in funzione della procedura concorsuale.

Le suddette due circostanze (in occasione o funzione), che hanno consentito il proliferare di interpretazione dottrinali e giurisprudenziali, rappresentano due criteri: l'uno di natura temporale con riguardo all'insorgenza dei crediti nella procedura di fallimento o di concordato preventivo e l'altro da intendersi in termini di crediti maturati per aver apportato vantaggi o utilità ai creditori.

In particolare, il criterio dell'occasionalità è stato interpretato da una prima giurisprudenza in senso eccessivamente estensivo, qualificando prededucibili tutti i crediti purchè sorti nell'ambito della procedura concorsuale

fino a quando, con una interpretazione più attinente allo spirito del legislatore, sono stati definiti prededucibili tutti i crediti, sorti sì in occasione della procedura concorsuale, ma integrata con la riferibilità del credito all'attività svolta dagli organi della procedura, escludendo così tutti quei crediti estranei alle esigenze della procedura.

Meno univoca è stata l'interpretazione fornita dagli interpreti alla nozione di funzionalità fino alla definizione chiarificatrice fornita dalla Suprema Corte, a Sezioni Unite, con cui è stato stabilito che il detto criterio debba essere inteso in termini di reale vantaggiosità apportata al ceto creditorio dall'attività svolta dal professionista che deve atteggiarsi in termini di adeguatezza funzionale con le necessità di risanamento dell'impresa.

Pertanto, da una prima interpretazione utilitaristica con una valutazione dell'attività del professionista da valutarsi ex post, si è giunti alla riconoscibilità della prededucibilità con una valutazione da operarsi ex ante senza che gli eventuali insuccessi della procedura concorsuale ovvero la dichiarazione di fallimento possano inficiare il diligente lavoro svolto dal professionista: il tutto chiaramente senza che tali attività possano apparire superflue, eccessive oppure ultronee. Parimenti la giurisprudenza ha ritenuto meritevole di qualificazione prededucibile il credito del professionista maturato nell'attività di predisposizione del concordato preventivo nell'ipotesi per cui il debitore abbia rinunciato alla procedura dopo l'apertura della stessa ovvero il debitore sia stato inadempiente agli obblighi assunti in sede concorsuale senza che tali circostanze possano compromettere il diritto del professionista. Da ultimo, come anzidetto, la Corte di Cassazione ha chiarito il concetto di funzionalità, imponendo invero che il rapporto di inerenza alle finalità della procedura debba trovare apprezzamento anche nella transizione verso altra procedura che segua la prima, a condizione che quanto meno si sia pervenuti all'apertura della detta procedura. A completamento dell'analisi della normativa non può sottacersi come il legislatore, con il D.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi di impresa ed insolvenza) in ossequio alla legge delega n. 155/2017, abbia ridisegnato le prededuzioni nell'ambito delle procedure fallimentari, tentando di ridurre in tal modo gli equivoci insorti con la previgente disciplina. In particolare l'articolo 6 del CCII, espressamente rubricato prededucibilità dei crediti, enumera i casi tassativi previsti dalla legge in cui è consentita tale qualificazione, precisando altresì che i crediti siano riconosciuti prededucibili nella misura del 75% ove sorti in funzione delle procedure mentre il credito viene riconosciuto per l'intero nei casi in cui sia sorto durante la procedura concorsuale per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, per il compenso degli organi preposti e per le pre-

stazioni professionali richieste dagli organi medesimi e ciò anche nel caso di successive procedure concorsuali.

E' evidente che la novella legislativa si atteggia in termini peggiorativi con riguardo ai diritti dei professionisti il cui credito, oltre ad essere decurtato nella misura del 25%, può essere soddisfatto in prededuzione solo in caso di apertura della procedura di concordato preventivo ovvero di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con una presunzione iuris et de iure di utilità che non ammette prova contraria: in definitiva l'elemento minimo per dimostrare la presenza di una utilità per il ceto creditorio è costituito proprio dall'ammissione del debitore al concordato preventivo ovvero dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, circostanze che attestano l'adeguatezza della prestazione professionale effettuata.

Di tale nuova ratio legislativa, già fatta propria dalla più volte citata pronuncia della Suprema Corte, a sezioni unite, ha fatto buon governo il Tribunale adriatico che, nel caso che ci occupa, ha rettamente operato una analisi ex ante dell'attività del professionista ritenendola svolta diligentemente che, contestualmente all'apertura della procedura concordataria, ha fatto propendere per la sussistenza della funzionalità della prestazione d'opera con conseguente riconoscimento della prededuzione in ossequio ai principi sopra enunciati ed oggi incorporati nel CCII.

Peraltro, la qualificazione del detto credito, in termini di prededuzione da parte del Tribunale, non è stata scalfita neanche dal fatto che il concordato preventivo fosse stato revocato ai sensi dell'art. 173 l.f. in quanto i fatti costituenti la revoca non sono stati ritenuti idonei ad interrompere il nesso funzionale sia perchè intervenuti successivamente alla apertura della procedura e sia perchè la sussistenza della funzionalità dell'attività del professionista è stata valutata ex ante dal Tribunale.

Indubbiamente, deve condividersi la scelta operata dal Tribunale che, in aderenza ai principi espressi dalla Suprema Corte ma anche ai nuovi canoni del CCII, ha riconosciuto la prededuzione ai crediti professionali sia in base ad una valutazione di funzionalità operata ex ante e non ex post e sia perchè ha ritenuto sussistere quell'elemento minimo di utilità costituito dall'apertura della procedura concordataria.

Guglielmo Flacco

Trib. Teramo sent. 1 febbraio 2023 n. 58 (est. Mastro)

Edilizia e urbanistica – Ricostruzione e nuova costruzione – Differenze

Nell'ambito delle opere edilizie - anche alla luce dei criteri di cui all'art. 31, comma 1, lett. d), della l. n. 457/1978 (oggi art. 3 d.P.R. n. 380/2001) - è ravvisabile una "ricostruzione", quando l'opera di modifica dell'edificio preesistente si traduce non soltanto nell'esatto ripristino della costruzione precedente, ma anche nella riduzione della volumetria rispetto alle originarie dimensioni dell'edificio; è ravvisabile, viceversa, una "nuova costruzione", quando l'opera di modifica si traduce non soltanto nella realizzazione ex novo di un fabbricato, ma anche in qualsiasi modificazione della volumetria dell'edificio preesistente che ne comporti un aumento della volumetria, con la conseguenza che solo all'ipotesi di "nuova costruzione" è applicabile la disciplina in tema di distanze ai sensi dell'art. 873 cod. civ.

(omissis)

Ebbene, con specifico riferimento alla violazione delle distanze a seguito della edificazione della struttura per autorimesse, occorre chiarire alcuni aspetti.

In tema di distanze legali tra fabbricati, l'art. 873 c.c., nello stabilire per le costruzioni su fondi finitimi la distanza minima di tre metri dal confine o quella maggiore fissata dai regolamenti locali, si riferisce, in relazione all'interesse tutelato, non necessariamente ad un edificio, ma ad un qualsiasi manufatto avente caratteristiche di consistenza e stabilità o che emerga in modo sensibile dal suolo e che, inoltre, per la sua consistenza, abbia l'idoneità a creare intercapedini pregiudizievoli alla sicurezza ed alla salubrità del godimento della proprietà (Cassazione sezione II, 21 luglio 2005, n. 15282).

Alla luce degli esposti principi, devono condividersi le conclusioni cui è pervenuto il CTU che, nel rispondere allo specifico quesito formulato dal precedente giudice istruttore, ha appurato che la struttura delle autorimesse realizzata dalla P.C. S.r.l. non può ritenersi completamente interrata in quanto essa non sviluppa completamente al di sotto dell'originale profilo del terreno. Essa, possedendo i caratteri della solidità, della stabilità e della immobilizzazione, può essere considerata una costruzione rilevante ai fini delle distanze tra fabbricati.

Infatti, dal confronto tra il profilo del terreno, lungo la medesima linea di sezione, ante operam ed il profilo dello stato di fatto attuale, è emerso che

la struttura destinata alle autorimesse (profilo in azzurro nella F. 4 a pagina 15 della relazione peritale) non ripropone la preesistente sistemazione del terreno.

Invero, osserva il CTU a pagina 15, che “come visibile dalla F. 4, per tutta la porzione evidenziata in giallo l’edificato non rispetta la definizione di piano “interrato” secondo la quale la costruzione avrebbe dovuto svilupparsi in ogni sua parte al di sotto del punto più basso dell’area esterna ante operam, dunque al di sotto della quota -0,28 m, considerando in tal modo la situazione più sfavorevole (-0,28 m risulta essere la quota più bassa del ciglio della scarpata), proprio in prossimità dell’area ad Est, verso la proprietà C./T. (per altri due lati, infatti, il lotto confina con la strada) dunque la situazione da preservare era proprio quella in prossimità del compendio immobiliare dei convenuti”.

In argomento, si è puntualizzato (Cass. II, n. 28612/2020) che, nell’ambito delle opere edilizie - anche alla luce dei criteri di cui all’art. 31, comma 1, lett. d), della L. n. 457 del 1978 (oggi art. 3 D.P.R. n. 380 del 2001) - è ravvisabile una “ricostruzione”, quando l’opera di modifica dell’edificio preesistente si traduce non soltanto nell’esatto ripristino della costruzione precedente, ma anche nella riduzione della volumetria rispetto alle originarie dimensioni dell’edificio; è ravvisabile, viceversa, una “nuova costruzione”, quando l’opera di modifica si traduce non soltanto nella realizzazione ex novo di un fabbricato, ma anche in qualsiasi modificazione della volumetria dell’edificio preesistente che ne comporti un aumento della volumetria, con la conseguenza che solo all’ipotesi di “nuova costruzione” è applicabile la disciplina in tema di distanze ai sensi dell’art. 873 cod. civ.

Per le motivazioni innanzi illustrate, deve affermarsi, nel caso di specie, l’avvenuta violazione della normativa sulle distanze tra edifici.

Non appare convincente quanto affermato dalla difesa della società attrice in ordine all’applicabilità, nel caso di specie, dell’ultimo comma dell’art. 9 D.M. n. 1444 del 1968, secondo cui: “Sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche”.

Ritiene, quindi, il difensore della società che nella vicenda che qui ci occupa sia consentita una deroga alle generali previsioni sulle distanze, in base al rilievo per cui il fabbricato oggetto di causa sarebbe stato edificato in ossequio al Piano Particolareggiato del Centro Storico del Comune di (*omissis*), che consentirebbe di costruire a distanze inferiori.

A tale osservazione, risponde il CTU che la mancanza di uno schema planovolumetrico nel Piano Particolareggiato imporrebbe l’applicazione della disciplina generale di cui all’art. 9 D.M. n. 1444 del 1968, ciò in quanto l’art. 19

della L.R. n. 18 del 1983 prevede espressamente che il Piano Particolareggiato debba necessariamente indicare, tra le altre cose, lo schema planovolumetrico degli edifici previsti.

Ebbene, deve condividersi quanto affermato dal CTU osservandosi come la necessità di uno schema planovolumetrico sia espressa anche nell'art. 9 D.M. n. 1444 del 1968.

(omissis)

NOTA

La sentenza del Tribunale Civile di Teramo n. 58 dell'1 febbraio 2023, segna e ribadisce un importante principio di diritto in tema di elementi differenziali tra ricostruzione edilizia e interventi di nuova costruzione per i quali sarebbe da rispettare, sempre e comunque, la disciplina in tema di distanze ai sensi dell'art. 873 cod. civ.

Al fine, tuttavia, di conferire a detto principio di diritto un valido approccio teorico, ma allo stesso tempo concretamente multidisciplinare che colga le particolarità del "nuovo diritto edilizio" che si va (molto lentamente ma costantemente) delineando nel nostro ordinamento giuridico, non si può fare a meno di soffermarsi sull'evoluzione degli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente originariamente disciplinato dalla legge n. 457/1978 (art. 31)!

In verità, per effetto delle modifiche apportate dal c.d. Decreto Semplificazioni n. 76/2020 (convertito nella legge n. 120/2020), l'art. 3, comma 1, lett. d) del D.p.r. n. 380/2001 ha ricompreso nel novero degli interventi di ristrutturazione edilizia anche quelli c.d. di demolizione-ricostruzione, volti all'integrale ripristino di edifici del tutto demoliti o crollati.

Detti interventi edilizi, per rientrare nell'ambito del recupero ed essere qualificati come ristrutturazione edilizia, devono in generale mantenersi rispettosi unicamente del "volume dell'edificato preesistente", potendo modificarsi in sede di nuovo intervento edilizio tutti gli altri elementi identificativi dell'immobile precedente, ossia: sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche.

Il legislatore del 2020 ha, quindi, espressamente equiparato all'intervento di contestuale demolizione e ricostruzione proprio quello di "ripristino integrale di edifici crollati o demoliti, accomunati dalla medesima finalità di contenimento del consumo di suolo" (in merito: T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, sent. del 27 maggio 2022, n. 505; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, sent. del 10 gennaio 2022, n. 171; T.A.R. Toscana, sez. III, sent. del 26 maggio 2020, n. 631).

In medias res è bene far presente che, per specifica giurisprudenza, si ha “ricostruzione edilizia” che segue le sorti dell’immobile originario (demolito) quando ci si contenga rigorosamente nei limiti preesistenti di altezza, volumetria, sagoma dell’edificio, mentre si ha “nuova costruzione” sottoposta al rispetto delle distanze dai confini già esistenti per ciò che eccede rispetto all’edificato preesistente (cfr.: Cons. Stato, Sez. IV, sent. del 12 ottobre 2017 n. 4728; Cass. Civ., sez. II, sent. dell’11 giugno 2018, n. 15041).

Ossia laddove l’intervento di ricostruzione comporti, anche a volumetria identica rispetto al passato, una modifica (in aumento rispetto a prima) della sagoma, dei prospetti e del sedime occupato, occorre pur sempre rispettare il limite delle distanze legittimamente preesistenti (si veda in merito quanto statuito in: art. 2 bis del D.p.r. n. 380/2001 e in comma 1-ter del medesimo articolo, come introdotti dal d.l. n. 32/2019, c.d. “Decreto sblocca cantieri”, convertito nella legge n. 55/2019 e dal d.l. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020; e in dottrina: “Rivista giuridica dell’edilizia 2020, 6, I, 1615”).

Quindi, anche a fronte “dell’innovativo istituto della demo-ricostruzione edilizia”, rimarrebbe pur sempre fermo il principio di diritto per il quale laddove il manufatto venga ricostruito senza il rispetto della sagoma preesistente e dell’area di sedime, occorrerà comunque il rispetto delle distanze prescritte, proprio perché esso, quanto alla sua collocazione fisica, rappresenta un novum, come tale tenuto a rispettare, indipendentemente dalla sua qualificazione come ristrutturazione edilizia o nuova costruzione, le norme sulle distanze stesse (in merito: Cons. Stato, sez. IV, sent. del 12 ottobre 2017, n. 4728; Cons. Stato, sez. IV, sent. del 14 settembre 2017, n. 4337; Cons. Stato, sez. IV, sent. del 4 agosto 2016, n. 3522).

A tal proposito la giurisprudenza civile di legittimità è molto rigorosa nell’imporre, ai fini del rispetto della normativa sulle distanze minime tra gli edifici e dai confini, l’accertamento se le modifiche edilizie apportate, seppur non comportanti un aumento di volumetria, comunque determinano concretamente un’opera edilizia nel complesso nuova e diversa, per sagoma e strutture accessorie stabili, rispetto a quella preesistente (in merito, ex plurimis: Cass. Civ., sent. del 3 marzo 2008, n. 5741, rv. 602211; Cass. Civ., sez. II, sent. n. 23458 del 16 dicembre 2004, rv. 578594; Cass. Civ., sent. del 30 gennaio 2007, n. 1966, rv. 594945; Cass. Civ., sent. del 18 aprile 2003, n. 6317, rv. 562330).

In base a ciò, la norma imperativa contenuta nell’art. 873 cod. civ. avrebbe efficacia precettiva e inderogabile che non permetterebbe, per la sua natura funzionale, utili deroghe neppure per gli innovativi interventi di (demo) ricostruzione che, a volumetria invariata ma con la modifica di sagoma, prospetti e sedime, consentono una “lodevole rigenerazione urbana e riqualifica-

zione del suolo degradato con fabbricati rigenerati ex novo e più performanti dal punto di vista della stabilità strutturale e sicurezza sismica” (in Decreto del Ministero Infrastrutture del 17.1.2018).

In questo mare magnum di disposizioni innovative, di parziali contro-riforme, di apparenti concorsi/conflitti di norme, si auspicherebbe un intervento di interpretazione autentica o, quantomeno, un intervento giurisprudenziale di portata trasversale e chiarificatore che consenta concretamente di non vanificare lo spirito della “normativa edilizia di next generation” e, allo stesso tempo, di non disperdere quei principi di ordinamento giuridico civile pur sempre attinenti alla corretta edificazione e all’ordinato assetto urbanistico del territorio (così, anche per obiter dicta: T.A.R. Veneto, Venezia, sent. n. 660/2022; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sent. del 16 febbraio 2022, n. 183; Consiglio di Stato, sez. II, sent. del 6 marzo 2020, n. 1641; Cassazione Penale, sez. 3, sent. n. 1669 anno 2023; Corte Costituzionale, sent. n. 202/2021; Corte Costituzionale, sentenza n. 178 del 15 luglio 2016; Corte Costituzionale, sentenza n. 231 del 3 novembre 2016; Corte Costituzionale, sentenza n. 232/2005; Cass. Civ., sez. II, sent. del 19 ottobre 2015, n. 21125; Cass. Civ., sez. II, sent. del 15 giugno 2010, n. 14446; Cass. Civ., sez. II, sent. del 29 marzo 2006, n. 7275; Cass. Civ., sez. II, sent. del 17 ottobre 1992, n. 11423).

Per concludere: “Chi vivrà, vedrà e vedrà il meglio; quantomeno si spera!”

Luigi Zappacosta

Giurisprudenza penale

Trib. Pescara G.u.p., sent. 23 febbraio 2023 (est. Sarandrea) - imp.ti A. + 28

**Reati omissivi - Nesso di causalità - Giudizio controfattuale.
Concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute - Eccentricità del percorso causale - Nesso di causalità - Esclusione.
Reati omissivi - Obbligo di impedire l'evento - Posizione di garanzia - Fonte formale - Dominio dei mezzi impeditivi - Necessità.
Colpa - Concretizzazione del rischio - Violazione della norma precauzionale - Necessità.
Colpa - Prevedibilità e prevenibilità dell'evento - Agente modello - Valutazione ex ante.**

Anche nell'ambito dei reati omissivi deve ritenersi accertato il nesso di causalità nel caso in cui, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, si possa affermare con giudizio caratterizzato da alto grado di credibilità razionale, prossimo alla certezza, che questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Le cause sopravvenute, o simultanee o preesistenti, idonee ad escludere il nesso causale sono non solo quelle che innescano un percorso causale completamente autonomo da quello determinato dall'agente, ma anche quelle che realizzino una linea di sviluppo del tutto anomala ed imprevedibile rispetto alla condotta sulla quale vengano comunque ad innestarsi.

Affinché sia costituita una posizione di garanzia occorre una fonte formale, costituita dalla legge o dal contratto, che faccia sorgere l'obbligo di attivarsi al fine di impedire l'evento ed il concreto possesso, in capo al garante, dei poteri impeditivi dell'evento che si vuole scongiurare.

Per poter addebitare un evento dannoso a titolo di colpa è necessario che la regola cautelare violata sia quella che mirava ad evitare proprio l'evento che si è verificato.

Ai fini dell'accertamento della colpa occorre verificare, con valutazione ex ante, la possibilità di prevedere l'evento, anche se più grave rispetto a quelli verificatisi in precedenza ma evitando eccessiva dilatazione dello stesso, in base alle più recenti acquisizioni scientifiche.

(omissis)

Le indagini svolte si sono immediatamente indirizzate sull'analisi delle responsabilità connesse sia alle vicende che avevano accompagnato l'intera vita dell'hotel Rigopiano, dunque dalle fasi della sua realizzazione a quelle dell'ampliamento, e sia sulla tempestività ed efficacia delle attività poste in atto dagli enti funzionalmente competenti in epoca immediatamente precedente l'impatto valanghivo a tutela delle persone presenti nell'hotel.

Tale ultimo aspetto, che ha costituito una parte rilevante delle indagini, era legato in particolare al fatto che è stato appurato che, poche ore prima del distacco della valanga, alcuni clienti dell'hotel, allarmati per alcune violente scosse di terremoto che da qualche giorno e quella mattina in particolare avevano interessato l'area, avessero più volte invocato un intervento delle Autorità competenti per lo sgombero della strada provinciale, unica in grado di garantire l'allontanamento dall'hotel, che al momento era sommersa dalla neve e che aveva impedito l'ordinario flusso veicolare.

È appena il caso di ricordare come nei giorni precedenti la valanga che ha colpito l'hotel, una larga parte della regione Abruzzo era stata funestata da disagiatissime condizioni meteo; oltre ad essere stata interessata da abbondanti e continue nevicate, la zona era stata peraltro colpita da numerose scosse telluriche che avevano interessato vaste aree della regione.

Dunque anche sotto tale profilo le indagini hanno inteso verificare l'operato delle amministrazioni chiamate a gestire tale particolare situazione ed a verificare la regolarità del loro operato.

Tale verifica investigativa, ad ampio spettro, è stata indirizzata verso tutti gli elementi a cui, secondo l'assunto accusatorio, sarebbe da riconoscere efficacia causale con i decessi e le lesioni subite dagli ospiti e del personale presente nella struttura secondo una complessa ed articolata catena causale: la costruzione dell'hotel, l'estensione della sua capacità ricettiva, le condizioni che avrebbero dapprima consentito l'ingresso e poi impedito l'allontanamento degli ospiti dell'hotel.

Riservando al prosieguo della trattazione l'analisi di tale assunto, e che costituisce il dato centrale dell'impostazione accusatoria (dalla quale esula invece la questione relativa ai soccorsi), si ritiene opportuno, nella fase preliminare del lavoro, evidenziare quali siano gli elementi fattuali non controversi, evidenziandosi al riguardo che le indagini si sono immediatamente dirette all'analisi delle risposte fornite dalle Autorità competenti alle richieste di aiuto presentate da alcuni clienti dell'hotel nei momenti immediatamente antecedenti la valanga il cui accoglimento, secondo le indicazioni indicate in rubrica, avrebbe impedito il tragico epilogo della vicenda.

Per descrivere tale aspetto occorre preliminarmente fornire una descrizione

del contesto in cui i fatti si sono sviluppati, costituendo lo stesso un elemento di assoluta rilevanza visto che proprio le disagiate condizioni in cui versava l'intera regione ed in particolare la zona interessata dall'hotel, hanno costituito un dato significativo per poter analizzare compiutamente le singole posizioni assunte.

Oltre a richiamare gli elaborati dei consulenti e dei periti sui punti sui quali non ricorrono elementi di contrasto, sulla base delle indicazioni desumibili dall'informativa redatta dai Militari del Nucleo Investigativo di Polizia Ambientale Agroalimentare e Forestale del 3.11.2018, emerge in modo evidente che nel gennaio 2017 la Regione Abruzzo è stata interessata da diverse ondate di maltempo che hanno determinato forti criticità nell'intera zona.

In particolare nell'arco temporale che va dal 5 al 9 gennaio l'intera regione è stata caratterizzata da nevicate persistenti e abbondanti che hanno interessato non solo le aree montane ma anche le zone poste al livello del mare che hanno dato luogo a consistenti accumuli nevosi; condizione ulteriormente aggravata dal fatto che, per il calo delle temperature, si sono verificate estese gelate.

Una seconda fase di maltempo ha interessato la regione dal 15 al 19 gennaio 2017. Dopo una prima fase in cui le precipitazioni nevose hanno di nuovo raggiunto il livello del mare, l'aumento delle temperature lungo i settori costieri ha determinato intense precipitazioni, con aumento dei livelli dei fiumi e con conseguenti fenomeni diffusi di esondazioni sulla località costiere; sul resto della Regione, a quote superiori, si sono verificate intense nevicate, specie lungo i versanti orientali della dorsale appenninica ed entroterra collinare di tutte le province adriatiche.

Dalla notte del 17 gennaio e fino alla notte del 18 gennaio si sono poi avute nevicate anche sui settori occidentali. Solo dalla mattinata del 19 gennaio le precipitazioni, sia nevose che piovose, sono andate progressivamente diminuendo, fino ad esaurirsi.

Tali condizioni meteorologiche erano state peraltro preannunciate dal Dipartimento della Protezione Civile Nazionale, con numerosi avvisi.

Nelle date del 14, 15 e 17 gennaio, il Comando Unità Tutela Forestale, Ambientale ed Agroalimentare dei Carabinieri, aveva emesso tre bollettini Meteomont segnalando peraltro il pericolo valanghe. Il primo indicava un pericolo valanghe in aumento da moderato 2 a marcato 3, il secondo riportava un pericolo valanghe in aumento da moderato 2 a marcato 3 ed il terzo riportava un pericolo valanghe in aumento da moderato 2 a forte 4.

Per tali avverse condizioni meteo la Protezione Civile aveva emesso degli avvisi nelle date del 15 e 17 gennaio, dove si segnalava la necessità di attivare le procedure del piano di emergenza comunale.

Proprio in ragione delle disagiate condizioni, il Sindaco di Farindola in data 15.1.17 aveva emesso, ai sensi dell'art. 54 del Tuel, l'ordinanza n. 8 con cui, in ragione del fatto che "... all'interno del territorio comunale sono in atto copiose nevicate e che le previsioni metereologiche segnalano il persistere di abbondanti precipitazioni anche per le prossime 48 ore", erano state sospese le attività didattiche nelle scuole.

A ciò va aggiunto che nel periodo in questione, vaste aree del territorio abruzzese erano state interessate da numerose scosse sismiche (nella sola giornata del 18 gennaio si sono registrate dieci scosse di intensità superiore a 4 e quattro addirittura di magnitudo superiore a 5).

Non può dunque che riconoscersi che le condizioni in cui versava la regione fossero particolarmente critiche ed obiettivamente di difficile gestione, tenuto conto che tali disagiate condizioni avevano tra l'altro comportato l'interruzione di servizi di energia elettrica con conseguente isolamento di diversi comparti abitativi ricadenti nella zona.

Dunque è in tale contesto, rappresentato in modo assai sintetico e su cui si tornerà in seguito, che va inquadrata la vicenda legata alle richieste di soccorsi da parte delle persone presenti nell'hotel prima del distacco della valanga.

Anche qui si ritiene di evidenziare gli aspetti, desunti dalle indagini svolte che possono ricollegarsi in base ad una concatenazione di eventi diacronicamente considerati su cui vi è assenza di elementi di contrasto.

Prima di analizzare i singoli capi di imputazione e proprio al fine di verificare profili di responsabilità degli imputati, occorre premettere che tutta la vicenda in esame, per come ricostruita dal lavoro della Procura e come emerge dai capi di imputazione, debba essere inquadrata nell'ambito di presunte omissioni da parte di soggetti che a vario titolo hanno ricoperto ruoli nell'ambito di amministrazioni coinvolte sia per la costruzione dell'albergo e sia per la gestione dell'emergenza relativa alla fase antecedente l'impatto valanghivo.

Secondo l'assunto accusatorio, per come risultante dalla lettura di tutti i capi di imputazione, le varie amministrazioni interessate ed in particolare la Regione, la Provincia, il Comune e la Protezione civile, ciascuna per la propria competenza, nel gestire i fatti relativi all'Hotel Rigopiano avrebbero tenuto comportamenti colposamente omissivi in relazione alla procedure seguite.

L'oggetto del processo, in estrema sintesi, attiene dunque verifica della sussistenza di tali carenze organizzative, della loro natura colposa e dunque sull'incidenza di tali eventuali omissioni sulle tragiche conseguenze riportate in rubrica.

Appare di tutta evidenza come rilievo centrale rispetto ai fatti di causa ed

al giudizio sulla responsabilità degli imputati va attribuito alla valanga che ha colpito l'hotel Rigopiano.

Sul punto va osservato come nel corso del giudizio è stato conferito l'incarico peritale ad un Collegio di esperti a cui sono stati formulati vari quesiti tra i quali quelli di indicare le cause di innesco della valanga, i tempi di verifica, l'entità, il percorso ed i suoi effetti sul territorio.

Alla luce delle conclusioni cui sono pervenuti i periti, intendendosi comunque richiamato integralmente il loro elaborato peritale che analizza anche i contrasti emersi tra le corrispondenti consulenze di parte, alcune considerazioni devono essere puntualizzate.

Innanzitutto è stato chiarito che occorre operarsi una netta distinzione tra le cause di innesco della valanga ed i suoi fattori predisponenti.

Tra questi ultimi vengono ricompresi: l'acclività del versante nella zona di distacco (posto che evidentemente una maggiore acclività incrementa le forze instabilizzanti agenti sul sistema), lo spessore del manto nevoso accumulatosi nei giorni precedenti l'evento ed il comportamento meccanico a rottura del materiale influenzato dalla storia termica e meccanica del materiale.

Tra le possibili cause attive di una valanga i periti le hanno indicate, in termini astratti, nel passaggio di sciatori o nella detonazione di cariche esplosive, aggiungendo che anche a una successione di scosse sismiche potrebbe attribuirsi incidenza in tal senso, in quanto la sollecitazione sismica, grazie all'azione instabilizzante delle forze d'inerzia può evidentemente incrementare le azioni instabilizzanti e, allo stesso tempo, a causa della fragilità meccanica del materiale, è in grado di ridurre le azioni resistenti.

Venendo a trattare della valanga del 18.1.17, sulla base di tutta la documentazione acquisita ed in particolare dagli elaborati dei consulenti di parte nonché dall'informativa redatta dai Militari della Regione Carabinieri Forestale Abruzzo-Gruppo di Pescara, Nucleo Investigativo di Polizia Ambientale e Forestale, si è appurato che l'orario di distacco della massa nevosa è stato collocato tra le ore 16:45 e le ore 17:00, e, pur in assenza di testimonianze certe circa la velocità di propagazione del movimento valanghivo (periodo temporale intercorso tra il momento del distacco e quello di arresto della valanga) sulla base della ricostruzione modellistica effettuata mediante il codice di calcolo RAMMS-Extended utilizzato dai CT del PM e non contestato da alcun elemento scientifico di segno contrario, dunque condiviso dai periti, la sua propagazione sembrerebbe aver avuto luogo in un lasso temporale di circa 2 minuti.

Si è dunque sostenuto che l'intero evento, comprensivo del processo di distacco, propagazione e arresto, si è svolto fra le ore 16.42 e le ore 17.00 del 18 gennaio 2017.

Con riguardo all'entità del fenomeno (ricomprendendosi in tale termine la massa di neve coinvolta nel movimento, il suo volume, lo sviluppo planimetrico dell'area coinvolta dall'evento dalla nicchia di distacco alla zona di accumulo e l'energia cinetica massima della massa in movimento) si è sostenuto che l'area della valanga al momento del distacco è stata presumibilmente di circa 40.000 m², l'area di accumulo di circa a 55.000 m² e il volume di accumulo totale prossimo a 200.000 m³.

I periti hanno poi evidenziato come il percorso della valanga, a partire dalla quota di distacco compresa tra 1890 e 1760 m.s.l.m., sia stato in buona parte canalizzato all'interno del vallone che insiste sulla località di Rigopiano. Dall'apice della conoide, la morfologia del versante ha consentito al flusso valanghivo di espandersi lateralmente e di confluire sulle aree dei fabbricati dell'Hotel Rigopiano, della S.P.8 e di un vicino campeggio. Il flusso ha poi proseguito la propria corsa, arrestandosi più a valle.

A partire dall'area di distacco, la valanga ha causato gravi danni alla vegetazione (decapitazioni delle chiome, stroncature dei rami e asportazioni delle cortecce, asportazioni dei fusti e degli apparati radicali), comportato importanti modifiche topografiche e morfologiche, danni a strutture e infrastrutture ed ha distrutto quasi totalmente i fabbricati dell'Hotel Rigopiano trasportando a distanze elevate diversi detriti dell'albergo (comprese alcune auto). Si sono salvate solo alcune porzioni del fabbricato: pertinenze, locali tecnici, corpi bassi annessi al corpo principale. Per ciò che concerne il campeggio, la valanga ha danneggiato roulotte, piccoli edifici in legno ed altre infrastrutture.

Ulteriore quesito sottoposto ai periti ha avuto ad oggetto la verifica del possibile condizionamento della valanga in esame con pregressi eventi naturali che hanno interessato la zona, ivi compresi i fenomeni sismici.

Al riguardo nell'elaborato sono stati individuati gli eventi naturali che hanno interessato la zona prima dell'evento a partire dal 3/5 gennaio 2017, quando, secondo tutti i Consulenti Tecnici che si sono espressi in merito, si sarebbe accumulato uno strato inferiore del manto nevoso, sopra il quale si sarebbe poi formato uno strato debole agente come interfaccia critica del fenomeno valanghivo.

Con riguardo agli eventi meteo, i periti hanno evidenziato che dal 3 al 18 gennaio 2017 l'area in esame è stata interessata da due eventi meteorici caratterizzati da abbondanti precipitazioni a carattere nevoso, avvenuti entrambi a temperature estremamente basse e in presenza di vento moderato. La prima nevicata ha avuto luogo dal 5 al 9 gennaio 2017; la seconda ha interessato l'area dal 15/16 gennaio 2017 fino almeno alla nottata del 19.01.2017.

Non è stato possibile quantificare l'entità di tali precipitazioni nevose a

causa dei limiti di operatività della rete delle stazioni di rilievo del Servizio Meteomont, in occasione della nevicata del 18.01.2017.

Sulla base delle consulenze e delle informative in atti, i periti hanno concluso nel senso che: “Nelle giornate del 16 e del 17 gennaio, che precedettero l’evento valanghivo, sul Monte Siella le condizioni meteorologiche (umidità, temperatura e vento) comportarono un accumulo di neve al suolo sul versante adriatico del Gran Sasso alla quota di 1800 m.s.l.m. che poteva ragionevolmente risultare pari a circa 3 m. Sul versante tirrenico dello stesso massiccio la misura a Campo Imperatore, alla quota di 2152 m.s.l.m., risultava di soli 60 cm. Sempre sul versante adriatico, il vento da Nord-Est e le temperature rigide nel periodo 5-16 gennaio con punte minime pari a -5°C crearono le condizioni meteo per generare uno spessore di neve più compatta, pari a circa 1 m, sulla quale nei due giorni successivi si depositò un’ulteriore coltre di neve, di circa 2 m, caratterizzata da una densità minore, variabile tra i 100 ed i 200 kg/m^3 . Tutti i consulenti concordano nel ritenere che in molti profili stratigrafici i due spessori risultavano separati da uno strato di neve pallottolare (denominata Graupel) di pochi centimetri e che tale strato risultasse caratterizzato da una densità di circa 100 kg/m^3 . È plausibile che lungo tale strato abbia avuto prevalentemente luogo lo scorrimento del manto nevoso. Pertanto l’accumulo di neve e la presenza in molti profili stratigrafici di questo strato debole risultarono senza dubbio causa predisponente dell’evento valanghivo. Questo è un fatto non contestato da alcun esperto. Per contro, tutte le valutazioni meccaniche, svolte dai consulenti, finalizzate a correlare con precisione lo spessore dello strato della coltre all’incipiente collasso con l’istante temporale stimato di innesco della valanga sono, agli occhi degli Scriventi, poco convincenti. È infatti alquanto difficile se non impossibile, con i dati a disposizione, determinare in modo affidabile a posteriori le azioni resistenti lungo lo strato debole. I calcoli presentati dai CTPM manifestano significative incongruenze. Sono artificiosamente introdotti valori della componente coesiva pari a circa 6 volte quelli dichiarati attendibili; sono trascurate le componenti resistenti attrittive legate alla componente normale al piano di scorrimento in virtù dei valori coesivi amplificati; gli effetti del sisma sono stimati mediante l’introduzione di una forza tangenziale aggiuntiva agente parallelamente al piano di scorrimento. Questa è valutata secondo un approccio statico equivalente a partire dal valore dell’accelerazione di picco della scossa sismica di Magnitudo M_w pari a 5.5, nonostante si sia certi che l’evento valanghivo si verificò circa 135 minuti più tardi dell’ultima scossa sismica caratterizzata da una magnitudo M_w superiore a 5. Pertanto, gli Scriventi ritengono che l’indice di stabilità valutato da tutti i consulenti non sia affidabile e la ragione fisica di tale scarsa affidabilità

va cercata in prima istanza nella difficoltà di stimare le forze resistenti a causa dell'eterogeneità del manto nevoso, a sua volta associata ai fenomeni di metamorfismo che non evolvono in modo uniforme lungo il versante. È plausibile che le scosse sismiche abbiano favorito la propagazione dei piani di frattura/scorrimento, per loro natura non continui in virtù dell'eterogeneità del manto nevoso, testimoniata anche dai profili stratigrafici. A causa della viscosità del comportamento meccanico della neve, tale propagazione può essersi protratta nel tempo, giustificando il succitato ritardo di circa 135 minuti (intervallo intercorso fra l'ultimo scuotimento sismico di rilevante entità - $M_w > 5$ - e l'innescò della valanga). La propagazione dei piani di frattura fu forse favorita anche dalla scossa di magnitudo 4.3 manifestatasi solo 35 minuti prima dell'evento. Va ribadito, tuttavia, che non vi è alcuna certezza in merito alla quantificazione del contributo del sisma sul processo di innescò della valanga, ma allo stesso tempo non si può escluderne l'effetto. Si può solo essere certi che, sebbene circa due ore prima dell'evento valanghivo risultassero presenti sul manto circa una decina di centimetri di neve in meno rispetto alle condizioni del manto al momento del distacco, l'effetto dell'accelerazione di picco di una scossa di magnitudo M_w pari a 5 non fu sufficiente a causare in quel preciso momento la propagazione instabile, in modo istantaneo, dei piani di frattura esistenti. Questa considerazione è in accordo con quanto sottolineato da tutti i consulenti che stimano nell'equilibrio lungo il piano di scorrimento l'effetto della scossa sismica di magnitudo $M_w=5$ inferiore al 5% (10 cm / 200 cm).

Per quanto attiene all'entità della valanga, l'accumulo di neve e la presenza in ampie zone di uno strato debole ha certamente determinato l'innescò della valanga. Ciò nonostante, ancora una volta, non è possibile escludere a priori che anche il sisma abbia giocato un ruolo. È tuttavia possibile osservare che la dimensione trasversale ricostruita per la zona di distacco dell'evento valanghivo è contenuta all'interno del perimetro di eventi precedenti mappati durante l'esercizio di stesura della Carta di Localizzazione dei Pericoli da Valanga (CLPV)".

Queste dunque sono state le conclusioni cui sono pervenuti i periti in ordine ai fattori predisponenti, alle cause di innescò della valanga ed all'incidenza di eventuali elementi concomitanti su di essa; tali questioni saranno riprese nel corso della trattazione delle singole imputazioni quando si affronteranno le questioni relative ai profili del nesso di causalità e dell'elemento psicologico.

Prima ancora di analizzare le singole imputazioni e proprio al fine di operare una corretta valutazione delle condotte tenute dagli imputati, occorre a questo punto effettuare una preliminare descrizione, senza pretese di esaustività, dei principi di diritto che dovranno trovare applicazione per operare la

valutazione sopra detta; in particolare si ritiene utile effettuare alcuni cenni sul nesso di causalità, con particolare riguardo ai reati omissivi impropri e quindi descrivere gli aspetti caratterizzanti l'elemento psicologico della colpa avuto particolare riguardo agli approdi giurisprudenziali formatisi sul punto.

Con riferimento al nesso di causalità, gli elementi normativi di riferimento sono da individuarsi negli artt. 40 e 41 del codice penale.

La norma cardine è rappresentata dall'art. 40 c.p., che al primo comma specifica che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione; al secondo comma dell'articolo viene stabilita la clausola di "equivalenza causale" tra il cagionare ed il non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire.

Tale indicazione normativa pone una prima questione in ordine alla definizione del concetto di "conseguenza"; sul punto, come è noto, per la risoluzione della questione ha trovato immediato accoglimento la teoria della causalità naturale, o della condicio sine qua non, di cui sembrano essere espressione gli artt. 40 e 41 commi 1 e 3 c.p..

Secondo tale tesi ogni causa può essere definita come l'insieme delle condizioni necessarie per la produzione di un evento e si individua attraverso un procedimento di eliminazione mentale (cd. giudizio controfattuale) in una prospettiva ex post, per effetto del quale la condotta è condizione necessaria se, eliminandola mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato.

Il difetto di tale teoria è sempre stato riconosciuto nel consentire una eccessiva dilatazione dell'area delle concause rilevanti oltre che nel non individuare elementi differenziali tra causa e condizione e nel porre sullo stesso piano ogni antecedente senza elaborarne criteri di differenziazione se non attraverso un richiamo a dati che esulano dal piano fenomenico (individuandosi ad esempio rilievo selettivo al dato psicologico che attiene ad altro piano concettuale); inoltre la stessa non è in grado di fornire una risposta in caso di un fattore causale in grado di produrre l'evento verificato nelle stesse circostanze di tempo di altro elemento causale in grado anch'esso di produrre il medesimo evento.

Proprio per consentire il superamento di tali limiti, sono state percorse altre strade ed in particolare quella identificata nella cd. teoria della causalità adeguata e in quella della cd. teoria della causalità umana.

Secondo la prima teoria, il nesso di causalità va riconosciuto quando, secondo un giudizio ex ante, sulla base di massime di esperienza (id quod plerumque accidit) la condotta sia adeguata a determinare un evento nel senso

che l'evento deve essere previsto come conseguenza normale o quantomeno probabile dell'azione.

La teoria della causalità umana parte invece dall'assunto che l'individuo possa controllare solo determinati eventi e non altri che vengono definiti eccezionali, nella ricorrenza dei quali deve escludersi il nesso di derivazione causale in quanto l'evento non appare dominabile dall'uomo.

Entrambe tali ultime teorie, sebbene hanno consentito il superamento dei limiti della teoria della *condicio sine qua non*, hanno tuttavia prestato il fianco a critiche relative alla loro contaminazione con dati attinenti il profilo psicologico in quanto, proprio per evitare una eccessiva dilatazione nell'individuazione del nesso causale, hanno contemplato aspetti quali la prevedibilità e la prevenibilità dell'evento che attengono all'elemento psicologico del reato.

La commistione di questioni afferenti più a tale elemento che ad un approccio oggettivo di verifica, ha fatto sì che si facesse dunque strada la *cd.* teoria della causalità scientifica (sussunzione sotto leggi naturali) per effetto della quale l'azione è causa dell'evento quando, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento in cui si opera la verifica, l'evento è conseguenza certa o altamente probabile dell'azione.

Per effetto di tale teoria l'azione può dunque essere definita "*conditio sine qua non*" solo quando essa risulti tale in base a ben definite leggi di natura, dove per tali devono intendersi le *cd.* leggi universali, le leggi statistiche e le massime d'esperienza.

L'evoluzione della teoria in esame, anche alla luce degli interventi della giurisprudenza, ha condotto a ritenere che il dato relativo alla valutazione degli elementi caratterizzanti il nesso di derivazione causale, operato su criteri statistici, posto che nella maggior parte dei casi sono proprio le leggi di copertura statistica, a trovare applicazione in tema di verifica del nesso causale piuttosto che leggi universali, sia da ritenere non sufficiente, dovendo accedere al criterio della *cd.* probabilità logico razionale del caso concreto.

È quanto emerge dalla nota sentenza *cd.* Franzese delle Sezioni Unite (sentenza n. 30328/02) secondo la quale l'imputazione oggettiva dell'evento è interessata non a successioni fenomeniche generali, ma alla spiegazione di quella condotta, in quanto concausa di quel particolare evento. Occorre dunque passare dalla generalizzazione della legge scientifica alla concretizzazione della prova; un nesso eziologico tra una condotta e un dato evento può dunque essere individuato anche in presenza di una bassa percentuale proveniente dall'applicazione della legge statistica, ma di converso da un'alta probabilità logico razionale relativa al caso concreto.

A tale approdo si è pervenuti attraverso il rifiuto di generalizzazioni del

senso comune o massime d'esperienza, volte a compensare le difficoltà probatorie di verifica, il cui difetto è quello di condurre ad un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di causalità.

Secondo il cennato assunto, le difficoltà di prova se per un verso non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario, non consentono di pretendere una verifica che porti ad una certezza assoluta, secondo un modello di verifica deduttivo (che porterebbe in caso di mancato accertamento ad una frustrazione degli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale) occorrendo una verifica, stavolta di tipo induttivo, che comunque conduca ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale, prossimo alla certezza.

Anche nell'ambito dei reati omissivi l'accertamento della causalità può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica si accerti che, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Anche in tale contesto, secondo l'insegnamento delle SSUU, affinché la verità processuale si avvicini quanto più possibile a quella storica, è necessario apprezzare le peculiarità del caso concreto, prescindendo o comunque non ritenendo decisivo il solo dato statistico astratto.

Altro elemento di assoluta rilevanza, sempre al fine di descrivere la normativa di riferimento, essenziale al fine di operare una compiuta analisi dei fatti del processo, attiene poi al concorso delle cause.

L'art. 41 c.p. al riguardo prevede che il "concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità tra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento".

L'assunto di partenza è dato dal fatto che nella generalità dei casi un evento è il frutto dell'interazione di una pluralità di fattori e dunque la norma si propone l'obiettivo di dettare i criteri giuridici per stabilire in presenza di altre cause quando l'evento sia da ricollegare ad una data condotta.

Perché le cause sopravvenute siano da sole sufficienti a determinare l'evento, è stata abbandonata l'impostazione secondo cui tale inciso andrebbe riferito all'azione od omissione che provenga da una serie causale autonoma rispetto a precedenti condotte, in quanto in tal caso l'assenza del rapporto causale discende direttamente dall'art. 40 c.p..

La causa sopravvenuta da sola sufficiente viene invece considerata quella che opera non indipendentemente, ma congiuntamente alla precedente condotta del soggetto, che resta condicio sine qua non dell'evento. Il nesso causale risulta in tal caso escluso quando la condotta è pur sempre condicio dell'evento, che però si è verificato per il sopravvenire di un fattore eccezionale che, secondo la migliore scienza ed esperienza, non è conseguenza neppure probabile di quel tipo di condotta. L'esistenza del nesso causale non richiede solo il nesso condizionale, ma esige inoltre un elemento di carattere negativo, ed in particolare che la verifica del risultato non sia dipesa dal concorso di fattori eccezionali.

Secondo i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza formatasi sul punto, le cause sopravvenute idonee ad escludere il rapporto causale non sono dunque solo quelle che innescano un percorso causale completamente autonomo da quello determinato dall'agente, ma quei fatti sopravvenuti che realizzano una linea di sviluppo del tutto anomala ed imprevedibile della condotta antecedente su cui comunque vengono ad innestarsi.

Al riguardo, e la vicenda attiene nello specifico ai fatti in esame, l'elemento significativo per l'individuazione di tali concause da sole sufficienti a determinare l'evento è dato dalla possibilità dell'agente di prevenire o controllare tali fattori in quanto prevedibili e prevenibili. Solo quei fattori che siano imprevedibili e non prevenibili, secondo la migliore scienza ed esperienza, possono dunque determinare l'interruzione del nesso causale, non potendo l'agente farsene carico in quanto estranei alla sua sfera di dominio.

Sul punto occorre tuttavia precisare che al fine di scongiurare i già cennati elementi di critica alla teoria della causalità umana o adeguata, secondo cui il richiamo al concetto della prevedibilità determinerebbe uno sconfinamento sul piano soggettivo del reato, i concetti di imprevedibilità e di eccezionalità del fattore sopravvenuto vanno, secondo l'orientamento ormai consolidato, valutati in termini oggettivi.

Il rapporto eziologico va in altre parole escluso quando la condotta penalmente rilevante, anche se si inserisce nella catena causale dipendente con altre concause, ha una esclusiva forza propria ed in particolare quando una condotta si presenti "eccentrica" rispetto alla precedente catena causale quando crea un rischio nuovo, incommensurabile e letale rispetto al rischio originario.

Sempre in tema di causalità, particolare rilevanza con i fatti oggetto del presente processo, va riconosciuta ai cd. reati omissivi impropri, regolati dall'art. 40 cpv. c.p. secondo cui "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Va ricordato come il reato omissivo improprio è quello che si realizza

da chi viola gli speciali doveri collegati ad una posizione di garanzia e che si caratterizza per l'applicazione congiunta dalla clausola generale di equivalenza causale stabilita dall'art. 40 co. 2 c.p. con le singole disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi base di reato commissivo orientate verso la produzione di un evento lesivo, suscettibili, così, di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive.

In tali ipotesi l'evento materiale che non si impedisce si verifica in maniera del tutto autonoma ed indipendente dalla condotta, proprio in quanto assente del soggetto.

Secondo un'autorevole anche se ad oggi ormai abbandonata tesi, la struttura della causalità omissiva differirebbe da quella della causalità attiva, poiché mentre nei reati commissivi il nesso di causalità intercorrerebbe tra due entità reali (l'azione e l'evento), nei reati omissivi, mancando un'azione e quindi l'impiego di forze naturali, non vi sarebbe alcun rapporto diretto tra le entità azione ed evento.

Va tuttavia osservato che tale tesi risulta ormai superata da altra linea interpretativa, oggi unanimemente accolta, secondo cui non vi sarebbe alcuna differenza tra l'accertamento del nesso causale nei reati omissivi rispetto a quelli commissivi.

Per entrambe le ipotesi, infatti, la valutazione che l'interprete è chiamato ad operare si fonda sulla verifica controfattuale, volta a verificare se senza quell'azione od omissione, si sarebbe verificato l'evento; entrambi gli accertamenti si fondano peraltro sul medesimo criterio di verifica e cioè di copertura sotto leggi scientifiche.

Una precisazione è d'obbligo ed attiene al valore da attribuire ai risultati desunti dal metodo di accertamento statistico con riferimento all'accertamento del nesso di derivazione causale tra una condotta, o anche tra un'omissione, ed un dato evento.

È proprio in tale contesto che assume rilevanza il pronunciato della Cassazione sopra indicata.

Un primo approdo giurisprudenziale, che sosteneva una divergenza strutturale tra il giudizio controfattuale applicabile relativo alla causalità omissiva e quella commissiva, propugnava un minor rigore nell'accertamento dell'effettiva sussistenza del nesso causale, ritenendo che anche leggi statistiche con una bassa incidenza percentuale potessero qualificare l'omissione come causa dell'evento.

Secondo una tesi contrapposta, la prova del nesso causale dovrebbe fondarsi su identici parametri di accertamento del nesso causale nei reati di azione ed in quelli omissivi impropri, dovendosi dunque verificare l'esistenza del

nesso in termini di certezza e non già di mera probabilità.

Attraverso i principi derivanti dalla già citata sentenza “Franzese”, si è dunque stabilita l’assoluta omogeneità dell’accertamento nella causalità attiva ed in quella omissiva, fondandosi la valutazione su dati meramente ipotetici; in entrambe le ipotesi il giudizio controfattuale deve essere operato sulla base di leggi scientifiche di copertura che possono avere natura universale o meramente statistica ovvero in mancanza, attraverso il ricorso a generalizzate ed attendibili regole di esperienza.

A tale valutazione va tuttavia giustapposto un giudizio fondato sul dato concreto di natura induttiva, potendosi riconoscere il nesso causale quando la condotta omissiva sia stata condizione necessaria dell’evento lesivo con “alto o elevato grado di probabilità logica o credibilità razionale”; in altre parole, individuata la legge scientifica di copertura, questa, secondo un modello bifasico, deve essere comparata con l’evidenza disponibile sul piano probatorio, attraverso la verifica di decorsi causali alternativi, giungendo ad un risultato in termini di “certezza giuridica”.

Occorre dunque verificare, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, se ricorra una legge scientifica di copertura che consenta di ricollegare eziologicamente il tipo di omissione ad un dato evento e, là dove esistente, dovrà specificarsi se si tratti di una legge di copertura universale o solo statistica e, in tale ultima evenienza, dovrà ulteriormente verificarsi se essa abbia spiegato i propri effetti nel caso concreto, una volta esclusi i decorsi causali alternativi.

Tale principio sinteticamente esposto appare ulteriormente sviluppato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 38343/14 emessa nell’ambito della responsabilità per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro (il cd. caso Thyssenkrupp).

In tale pronuncia si legge, “lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del condizionale controfattuale: occorrerà quindi verificare se, qualora si fosse tenuta la condotta doverosa e diligente, il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”.

Viene ribadito con tale pronuncia quanto già emerso dalla sentenza Franzese in tema di verifica del nesso causale, non richiedendosi un modello di indagine fondato su strumenti di tipo deterministico e deduttivo (affidato cioè alla forza esplicativa di leggi scientifiche universali o dotate di un coefficiente probabilistico prossimo ad uno).

Secondo la Corte “... la riflessione sull’indagine causale non può prescindere dalla considerazione delle neglette peculiarità della causalità omis-

siva. Qui il ragionamento si articola diversamente e dà luogo ad un'inferenza predittiva. Come si è anticipato, il giudice penale svolge tale tipo di ragionamento di carattere previsionale, anche se si rivolge al passato, quando, per restare alle problematiche eziologiche, si interroga, nell'ambito della causalità omissiva, in ordine all'evitabilità dell'evento per effetto delle condotte dovrose mancate. Anche in tale ambito noi abbiamo comunque un fatto, di cui dobbiamo in primo luogo dare una spiegazione complessiva prima di interrogarci sul ruolo causale dell'omissione che ci interessa. In questa prima parte dell'indagine causale noi utilizziamo quasi sempre il modello esplicativo ipotetico sin qui esaminato. Entro il complessivo contesto fattuale così investigato dobbiamo poi inserire la condotta umana doverosa che è invece mancata: si tratta di un giudizio predittivo, di una prognosi. Noi ci interroghiamo su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli veniva richiesta...".

Viene inoltre aggiunto che "... l'omissione, come si è accennato, costituisce un nulla dal punto di vista naturalistico, sicché nel giudizio controfattuale noi inseriamo una condotta astratta, idealizzata. Inoltre per prevedere ciò che sarebbe accaduto nel singolo caso oggetto del processo è di grande importanza conoscere cosa accade nei casi simili. Occorre dunque rivolgersi alle generalizzazioni formatesi a proposito del nesso causale che c'interessa, se esistenti. Qui noi utilizziamo le generalizzazioni scientifiche o esperienziali in chiave eminentemente deduttiva e, per tale ragione, è assai importante il coefficiente probabilistico (parliamo di probabilità statistica) della regolarità causale che utilizziamo. La misura di certezza o d'incertezza che caratterizza la generalizzazione utilizzata si trasferisce, infatti, dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo probatorio. L'uso dello strumento deduttivo può tuttavia implicare gravi problemi, soprattutto in ambiti complessi. Infatti, spesso non disponiamo affatto di generalizzazioni affidabili ma solo di lacunose ed in qualche caso anche contraddittorie informazioni statistiche. Ma anche quando disponiamo di informazioni sufficientemente esaustive ed affidabili, esse hanno carattere molto generale e non appaiono focalizzate sui tratti della specifica vicenda oggetto del processo. Una descrizione dell'evento non priva di qualche specificità ci farà trovare di fronte all'assenza di informazioni pertinenti".

Anche secondo tale pronuncia per operare il giudizio controfattuale, una volta verificata la copertura di leggi statistiche, occorrerà dunque far ricorso al criterio induttivo fondato sulla base della valutazione del fatto concreto superando dunque generalizzazioni probabilistiche, proprie di un criterio inferenziale deduttivo, giungendo ad una valutazione da esprimere in termini di elevata probabilità logica.

Centrale rilevanza assume nell'ambito dei reati omissivi impropri, l'individuazione degli obblighi di garanzia.

Si è già accennato che il dato normativo che caratterizza i reati omissivi impropri è costituito dall'art. 40 cpv. c.p., il quale, nel prevedere che "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo", introduce la c.d. clausola di equivalenza causale con la quale si realizza una nuova fattispecie penale, data dalla confluenza dell'art. 40 cpv. c.p. con i singoli reati di parte speciale.

È evidente che tale clausola di equivalenza causale non può trovare applicazione per i delitti che si presentino a forma vincolata poiché in questi il Legislatore ha predeterminato le modalità o i mezzi con cui realizzare il fatto tipico, escludendo la rilevanza penale di ogni altra condotta potenzialmente aggressiva del bene interesse protetto. Stesso a dirsi per i reati di mano propria in quanto gli stessi presuppongono un atto positivo di carattere necessariamente personale; vanno inoltre esclusi i reati abituali che presuppongono una ripetizione nel tempo di comportamenti positivi ed infine i reati di pura condotta, rispetto ai quali non si pone l'esigenza di accertamento del nesso di causalità.

Delimitato dunque ai soli reati di evento naturalistico la categoria di reati omissivi impropri, va aggiunto che con riguardo agli elementi strutturali, gli stessi presuppongono che ricorra la c.d. situazione tipica e cioè l'insieme dei presupposti di fatto che giustificano l'intervento del garante ai fini impeditivi, non di un qualsiasi evento, ma proprio di quello che la norma penale mira ad evitare che si verifichi. In secondo luogo occorre l'omissione da parte del soggetto a cui l'azione viene invece richiesta; è infine necessario che sussista un nesso eziologico tra l'omissione e l'evento così come realizzatosi.

Il principio di equivalenza causale, previsto dall'art. 40 cpv. c.p., presuppone dunque che vi sia un soggetto su cui gravi l'obbligo giuridico di impedire l'evento. L'autore del reato omissivo improprio può essere dunque soltanto il titolare della c.d. posizione di garanzia.

Questa, che esprime le circostanze di fatto e di diritto da cui deriva l'obbligo di impedire l'evento, costituisce lo strumento selettivo delle omissioni rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv., non imponendo l'ordinamento un obbligo di agire in capo a chiunque ma solo nei confronti di quello sul quale sussiste tale specifica posizione soggettiva.

Al fine di individuare l'esatta portata dell'obbligo di garanzia (anche al fine di delinearne i limiti in raffronto con altre differenti posizioni giuridiche, quali l'obbligo di sorveglianza o l'obbligo di attivazione la cui rilevanza penale ricorre solo in caso di specifica incriminazione), stante la mancata indicazione

da parte del Legislatore di chiari elementi di definizione, occorre considerare la latitudine dei poteri di intervento ed in particolare dei poteri impeditivi dell'evento; in altri termini: solo chi possa disporre di una signoria fattuale sul decorso causale dell'evento tipico assume tale funzione la cui violazione consente dunque l'applicazione del disposto di cui all'art. 40 cpv. c.p..

In ossequio al principio di legalità, parte della dottrina ha ritenuto che tale obbligo di garanzia presupponga una fonte puntuale che ne preveda l'esistenza; in particolare tra le fonti rilevanti sono state individuate: la legge, penale od extrapenale, il contratto e la propria precedente attività pericolosa.

La sufficienza del mero riconoscimento formale della posizione di garanzia, a prescindere dalla effettività di poteri impeditivi dell'evento in capo all'agente, ha costituito tuttavia il punto debole di tale teoria, posto che in tal modo appare evidente il rischio di dar vita ad una responsabilità da posizione.

Peraltro riconoscendo il contratto tra le fonti si pongono problemi sul rapporto che verrebbe ad innestarsi nell'ipotesi dell'invalidità dello stesso e dunque i risvolti di tale evenienza sui profili di responsabilità penale.

A tale tesi formalistica se ne è dunque nel tempo contrapposta un'altra di natura sostanzialistico-funzionale, secondo la quale la ratio ed il fondamento della posizione di garanzia si rinvergono nella necessità di tutela rafforzata di determinati beni interessi; a rilevare in tal senso, non è dunque la fonte formale, quanto piuttosto il rapporto fattuale che si instaura tra due soggetti, di cui uno necessita di protezione in quanto incapace di autotutelarsi.

Le critiche mosse a tale tesi, che si fondano sullo svilimento del principio di legalità, in quanto non sarebbero sufficientemente predeterminati i presupposti di riconoscimento di tale condizione, ha consentito l'ingresso nel sistema penale ad una tesi intermedia (formale-sostanziale).

Secondo i fautori di tale teoria non può essere sufficiente una fonte formale a costituire la posizione di garanzia, occorrendo altresì che vi sia la concreta possibilità di impedire eventi lesivi.

Se dunque il richiamo a principi costituzionali impone che la posizione di garanzia rinverga la propria fonte esclusivamente o nella legge o nel contratto, in ossequio al principio di tassatività, occorre tuttavia riconoscere una posizione di garanzia soltanto in capo a coloro che si trovano in un determinato rapporto qualificato col bene interesse da proteggere o con la fonte di pericolo da tenere sotto controllo.

Fondamentale ruolo delimitativo della posizione di garanzia viene infatti desunto dal principio di responsabilità penale personale, dovendosi evitare di accollare la verifica di un evento ad un soggetto per la semplice titolarità formale, che darebbe adito ad una responsabilità da posizione, incompatibile

con l'impianto costituzionale.

Occorre dunque che il garante disponga di effettivi poteri impeditivi dell'evento che si vuole scongiurare; poteri che devono essere preesistenti alla situazione di pericolo, altrimenti il garante non potrebbe esercitare sui beni interessi a lui affidati quella sorveglianza e quel controllo in funzione preventiva. Da ultimo, occorre che il garante abbia la concreta possibilità di impedire l'evento, venendo altrimenti meno l'obbligo impeditivo.

Dal punto di vista della struttura, l'obbligo di garanzia può atteggiarsi come obbligo di protezione od obbligo di controllo.

Gli obblighi di protezione costituiscono quelle situazioni in cui il soggetto su cui grava l'obbligo è tenuto a salvaguardare specifici beni interessi da ogni fonte di pericolo esterno che li possa attingere; gli obblighi di controllo sono invece posti a carico di soggetti che devono controllare una specifica fonte di rischio che possa porre in pericolo una pluralità di beneficiari che non sono in grado di autotutelarsi autonomamente.

Vi è infine un'ulteriore categoria di posizioni di garanzia (peraltro non comunemente accettata in dottrina ed in giurisprudenza) che consiste nel potere-dovere giuridico di vigilare sull'operato di terzi al fine di impedire loro il compimento di azioni penalmente illecite.

Si è già anticipato che la posizione di garanzia deve essere individuata da una fonte di tipo formale.

Tra queste occupa un ruolo centrale, la legge extrapenale; sono da ritenersi invece escluse le fonti normative di rango secondario, quali regolamenti o atti amministrativi, che potrebbero al più specificare obblighi già posti dalla legge.

Insieme alla legge, anche il negozio giuridico è stato reputato dagli interpreti come fonte legittima della posizione di garanzia, con la precisazione, dedotta dalla concezione formale/sostanziale, secondo cui le vicende relative al negozio sottostante ed in particolare i vizi dello stesso incidono sulla posizione di garanzia a seconda della tipologia del vizio; in particolare, la nullità del negozio per violazione di norme imperative o per indeterminatezza dell'oggetto non determina la costituzione della posizione di garanzia mentre l'annullabilità del negozio produce effetti ai fini in esame sin che questi non venga annullato.

È tuttora oggetto di discussione, anche se l'orientamento maggioritario tende ad escluderlo, se la posizione di garanzia possa riconoscersi sulla base di un'assunzione volontaria da parte dell'agente (*negotiorum gestio*), ammessa secondo alcune pronunce (cfr. Cass. 25527/2007) in ipotesi di aumento del rischio per il bene e di rinuncia a mezzi alternativi di protezione.

Le difficoltà di individuare le posizioni di garanzia trovano un aggravamento nei sistemi organizzativi complessi, dove risulta particolarmente problematica l'individuazione del garante, esigenza questa che non può non essere coordinata con il principio di responsabilità penale personale, sancito dall'art. 27, co. 1, Cost. per effetto del quale occorre rifuggire dal rischio di una responsabilità da posizione.

Sempre nell'ambito delle organizzazioni complesse si pone poi il problema del c.d. concorso di posizioni di garanzia, in quanto queste possono integrarsi tra loro. In tali ipotesi la consolidata giurisprudenza applica il principio della responsabilità per intero di ciascuno dei garanti; con la conseguenza che, pur essendo possibile che un intervento ai fini impeditivi sia eseguito da uno solo di essi, è doveroso per gli altri, tenuti alla stessa condotta, accertarsi che ciò sia concretamente accaduto (Cass. 18826/2012).

Quanto esposto vale, sia quando i garanti sono tra loro in posizione di parità, sia quando le posizioni di garanzia non siano di pari grado. In tale ultimo caso il garante, avente un potere gerarchico sull'altro titolare del potere impeditivo, deve sempre accertarsi che il subordinato abbia effettivamente posto in essere la condotta di protezione a lui richiesta (Cass. 38810/2005). Inoltre, secondo la giurisprudenza prevalente, se l'evento è riconducibile alla condotta esclusiva di altri garanti, il contitolare non può utilmente invocare il principio di affidamento nella correttezza dell'adempimento delle varie mansioni, quando l'altrui condotta inosservante si innesta sulla violazione di una norma cautelare in cui sia incorso proprio chi invoca il predetto principio (Cass. 43966/2009).

Il tema delle posizioni di garanzia, come si vedrà nel prosieguo, assume connotazioni di maggior complessità quando entra in contatto con la normativa sulla protezione civile, posto che la stessa, in ragione della sua struttura dinamica che la caratterizza (e ciò al fine di garantire l'efficacia in sede di intervento d'emergenza) poco si adatta alle vincolanti categorie dogmatiche del diritto penale.

Ulteriore aspetto che merita al momento un cenno, attiene ai profili strutturali della verifica al nesso di derivazione causale nei cd. reati aggravati dall'evento.

Tale categoria di delitti è caratterizzata da una fattispecie di reato-base, di solito dolosa, cui si giustappone un evento aggravatore che incide o più profondamente sulla lesione del bene-interesse tutelato già realizzatasi per effetto dell'integrazione della fattispecie base, oppure su un bene-interesse diverso, aggravando la fattispecie del reato-base, cioè offendendo un bene-interesse che nella scala di valori, anche costituzionale, occupa un rilievo maggiore.

Essendo bandite nel sistema penale forme di imputazione oggettiva, occorre che l'elemento aggravatore sia supportato dal profilo della colpa, in termini di prevedibilità secondo una valutazione da effettuare in concreto; occorre dunque la violazione di una regola precauzionale, evidentemente diversa dalla norma penale che incrimina il reato base, ed un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.

Sempre sul piano dei principi generali, alla luce della loro incidenza sui fatti relativi alle singole imputazioni, occorre valutare, al fine della ricorrenza delle fattispecie contestate, l'elemento psicologico della colpa, dato che la maggior parte delle imputazioni viene strutturata in termini di delitto colposo.

Anche qui occorre partire dalle disposizioni codicistiche che regolano tale dato.

Ai sensi dell'art. 42 c.p. il reato è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Il delitto colposo dunque si struttura dalla composizione di un elemento negativo, di un elemento oggettivo e di uno soggettivo.

L'elemento negativo consiste nella non volizione dell'evento; nella colpa manca infatti la volontà di realizzare l'evento, in caso di reato d'evento, o di ogni altro elemento costitutivo del fatto tipico in ipotesi di reato di mera condotta.

L'elemento oggettivo attiene alla violazione di regole cautelari di condotta predisposte dall'ordinamento proprio al fine di evitare la causazione dell'evento di reato; è proprio la violazione della norma cautelare che caratterizza il dato della colpa, secondo una caratterizzazione "normativa", in quanto la colpa si identifica dal contrasto tra la condotta effettivamente tenuta dall'imputato e quella rispettosa della regola cautelare che avrebbe dovuto essere tenuta.

Tale aspetto assume particolare rilievo in quanto, al fine di ritenere integrato l'elemento psicologico in esame, occorre che l'agente, attraverso la violazione della regola cautelare, cagioni proprio l'evento che la stessa voleva prevenire; quando invece si realizzi un evento diverso, rispetto a quello che le regole cautelari volevano prevenire, l'inosservanza di queste non potrà comunque essere addebitata all'autore.

La verifica della causalità della condotta non esaurisce il percorso inter-

pretativo del giudice, dovendo questi ulteriormente verificare se la violazione della regola cautelare abbia contribuito a cagionare l'evento in concreto verificatosi, posto che l'art. 43 c.p. collega l'evento alla violazione della regola cautelare, scritta o generata da fonte sociale.

La verifica da compiere è diretta, dunque, a verificare se l'evento dannoso cagionato sia quello per evitare il quale è posta la regola cautelare (c.d. concretizzazione del rischio), per cui deve escludersi la responsabilità per colpa se l'evento non rientra nello spettro tipico di quelli per evitare i quali è stata posta la regola violata, pur se l'evento è causalmente collegato alla condotta.

La concretizzazione del rischio va valutata con un giudizio *ex post*, ad evento avvenuto, giacché si tratta di valutare se quest'ultimo rientri tra quelli presi in considerazione dalla regola precauzionale violata. Per poter addebitare un evento dannoso a titolo di colpa ad un soggetto, è dunque necessario che la regola cautelare violata sia quella che mirava ad evitare proprio l'evento che si è verificato (cfr. tra le altre Cassazione penale sez. IV, sent. n.13714 del 16/11/2021).

L'art. 43 c.p., individua due tipi di colpa: la colpa specifica e la colpa generica, laddove la colpa specifica presuppone l'esistenza di regole cautelari scritte destinate a categorie specifiche di soggetti, in ragione dell'attività esercitata da questi; mentre, la colpa generica presuppone regole di condotta non scritte quali la diligenza, la prudenza e la perizia.

Ultimo requisito della colpa attiene all'elemento soggettivo, che consiste nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento da parte dell'agente, sulla base della migliore scienza ed esperienza del momento storico, nel settore specifico di riferimento secondo il parametro dell'agente-modello e, quindi, *dell'homo ejusdem professionis et condicionis*.

Occorre dunque valutare, in base al caso concreto e alla specifica attività posta in essere dall'agente, se questi potesse, osservando le regole cautelari all'uopo predisposte, evitare l'evento cagionato.

Particolare rilevanza assume l'analisi della colpa nell'ambito dei reati omissivi.

Si è già anticipato sulle caratteristiche di tali reati; quello che ora va precisato attiene al profilo della prevedibilità/prevenibilità dell'evento che la norma intende scongiurare, dovendosi dunque introdurre l'aspetto relativo al concetto dell'agente modello, parametro questo a cui si è fatto ampio riferimento nelle fasi processuali, a cui tale giudizio viene rimesso.

Secondo l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale, i parametri di riferimento dell'agente modello sono stati individuati di volta in volta nell'uomo medio (il tradizionale *bonus pater familias*), *nell'homo ejusdem professionis*

et condicionis, e nella migliore scienza ed esperienza.

Superato il modello dell'agente concreto (in quanto lo stesso consente di giustificare ogni azione colposa, non essendo esigibile un comportamento diverso da quello concretamente tenuto con conseguente rinuncia alle esigenze di prevenzione in tema di responsabilità colposa), si è ancorato il giudizio di prevedibilità dell'evento alla figura del *bonus pater familias* ritenendo in tal modo di bilanciare il principio di colpevolezza con quello della tutela dei beni giuridici.

Tale parametro attiene ad una condizione comune alla maggior parte delle persone e dove si ritiene non potersi pretendere un grado di diligenza ad esso superiore in quanto ciò determinerebbe la paralisi di ogni attività umana.

Al fine di superare le critiche che tale impostazione hanno attratto (per lo più legate al fatto che tale sistema non tiene conto della esigenza di fronteggiare i pericoli che il progresso delle scienze comporta per i quali si impone un'attenzione particolare in alcuni settori legati al progresso scientifico e dove è assai elevato il pericolo di lesione di beni che entrano in gioco), si è passati da un punto di vista unico e indifferenziato di agente modello ad un parametro che varia a seconda del tipo di attività svolta e, quindi, a seconda della natura del pericolo affrontato nella situazione concreta.

Si è dunque fatto riferimento all'esponente medio della cerchia di persone che per professione, per consuetudine, o per altra contingenza svolgono una determinata attività o si trovano ad affrontare un determinato tipo di pericoli.

Anche tale soluzione legata ad una misura media, sia pur differenziata in base alla situazione di pericolo affrontata, è stata tuttavia criticata; essa non tiene infatti conto né del fatto che la misura media costituisce un parametro di difficile individuazione, ma soprattutto del fatto che tale "media" è indifferente alle istanze solidaristiche cui è ispirato il nostro ordinamento, per le quali si tende ad un continuo aggiornamento e miglioramento delle modalità comportamentali che consentano di prevenire le offese ai beni giuridici.

Si è dunque passati ad un modello, sempre calato in un determinato settore, non più medio ma fornito della miglior scienza ed esperienza di quel settore.

Anche tale impostazione non ha tuttavia superato alcune fondate critiche legate al fatto che una tale pretesa comporterebbe la paralisi di pressoché ogni attività umana rischiosa in quanto il parametro della prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dal punto di vista del miglior esponente della cerchia di persone che svolgono quella attività, comporta inevitabilmente che coloro che si trovano al di sotto di tale livello, per evitare il rimprovero per colpa, dovrebbero astenersi dal compimento di qualsiasi attività minimamente rischiosa.

Altro aspetto critico consiste nel fatto che in tal modo verrebbe snaturato il profilo della colpa in quanto l'agente sarebbe chiamato a rispondere per non aver previsto e o per non aver evitato un evento la cui prevedibilità ed evitabilità erano al di fuori delle sue capacità personali.

Per superare dunque tali critiche si è pervenuti, secondo la cd. teoria della doppia misura, ad una figura di agente modello da intendersi quale esponente coscienzioso ed avveduto nell'ambito del settore in cui viene ad operare e nel quale vengono in rilievo sia le caratteristiche dell'agente concreto al fine di verificare se questi si sia uniformato e potesse uniformarsi al comportamento richiesto sulla base del settore e delle specificità del caso concreto con l'aggiunta delle concrete conoscenze da parte dell'agente concreto, posto che rileva sul punto non solo il conoscibile, ma anche il concretamente ed attualmente conosciuto.

Si è già fatto cenno alla circostanza che, in ragione del fatto che in tutti i reati omissivi viene in rilievo una posizione di garanzia che si radica sull'esigenza di assicurare un controllo assiduo su fonti di pericolo o di esplicitare una attività di protezione su beni o soggetti particolarmente esposti al pericolo di offesa, la posizione di garanzia richiede l'attivazione di tutta una serie di poteri che hanno una funzione essenzialmente cautelare.

Sulla scorta di tali considerazioni, parte della dottrina sostiene che posizione di garanzia e colpa costituirebbero un dato omogeneo (simul stabunt, simul cadent), ovvero che laddove non venga adeguatamente esercitata la gamma di poteri di natura cautelare che sono riconducibili alla posizione di garanzia, il garante sia automaticamente in colpa; dunque la posizione di garanzia assolverebbe ad una funzione essenzialmente protettiva, di controllo, di vigilanza, di prevenzione, dove, quando la predisposizione degli strumenti necessari a prevenire o neutralizzare i pericoli che sono connessi a certe fonti, ovvero il pericolo all'esposizione al rischio di certi soggetti o beni, non sia stata attivata (come prescrivono le norme specifiche o come è richiesto dalla situazione del caso concreto), allora sarebbe di per sé configurabile una fattispecie colposa in capo al garante che abbia omesso tale attivazione.

È appena il caso di ricordare come tale impostazione evoca in realtà un concetto, bandito nel diritto penale, di presunzione della colpa; ritenere l'equivalenza tra colpa e posizione di garanzia, significa introdurre una vera e propria responsabilità di posizione e dunque una vera e propria imputazione oggettiva.

Proprio al fine di evitare ciò, si sostiene che occorra verificare in capo all'agente la concreta ed effettiva possibilità di attivare i poteri di intervento, e soprattutto della loro idoneità in concreto a realizzare il risultato

impeditivo. La posizione di garanzia va dunque calata nel contesto concreto al fine di escludere l'imputazione oggettiva della colpa.

Individuato in tal modo l'agente modello occorre poi precisare i limiti entro i quali questi sia chiamato ad operare il giudizio sulla prevedibilità dell'evento da scongiurare, e, tenuto conto del fatto che tale valutazione si fonda su canoni predittivi, quali siano i parametri in base ai quali sia consentito e dunque imposto un tale giudizio di prognosi.

Sul punto la giurisprudenza (cfr. tra le altre Cassazione penale sez. IV, 13/11/2019 sent. n.29439), specie in tema di condotte o per lo più omissioni connesse a situazioni di calamità naturali ha dettato alcuni punti fermi in grado di determinare criteri di massima, da calarsi evidentemente nel caso concreto, che sorreggono tale percorso argomentativo.

Una primo punto fermo si è avuto con la sentenza emessa dalla Sez. 4 della Corte di Cassazione n. 4675 del 17.5.2006 secondo la quale, in tema di delitti colposi, per verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo, occorre accertare, con valutazione "ex ante", la prevedibilità dell'evento, giacchè non può essere addebitato all'agente modello (l'homo eiusdem professionis et condicionis) di non avere previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere, finendosi, diversamente opinando, con il costruire una forma di responsabilità oggettiva, dovendosi comunque presupporre l'obbligo in capo all'agente di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma.

Con la sentenza emessa a seguito del disastro di Sarno (sent. n. 16761 del 3.5.2010), sono stati puntualizzati i parametri per l'individuazione delle posizioni di garanzia secondo i principi espressi dalla L. 24 febbraio 1992, n. 225, di istituzione del Servizio Nazionale della Protezione Civile.

Con tale pronuncia, sulla scorta di quanto espresso dalle Sezioni Unite n. 30328 del 10.07.2002, Franzese, si è stabilito che l'accertamento della causalità tra l'omissione e l'evento va compiuto in termini di "elevata credibilità razionale", nel senso che l'ipotesi scientifica deve avere un elevato grado di conferma e le ipotesi alternative devono essere ragionevolmente escluse ed ha statuito che l'addebito soggettivo dell'evento richiede che lo stesso sia non solo prevedibile, ma anche evitabile dall'agente con l'adozione di idonee regole cautelari.

In merito alla prevedibilità, la cennata pronuncia (che peraltro ha ribaltato la decisione dei giudici del merito, i quali avevano affermato che per la straordinaria violenza del fenomeno calamitoso e l'assenza di studi scientifici

capaci di prevederne il decorso, non era possibile formulare previsioni sulle conseguenze e ritenere individuabile il mezzo necessario ad evitare l'evento) ha precisato che la natura del giudizio di prevedibilità impone, specie in mancanza di parametri dotati di un ragionevole livello di certezza, all'agente modello di non escludere che, in futuro, l'evento, già verificatosi in passato possa avere conseguenze più gravi.

I principi espressi da tale sentenza consentono di fronteggiare "le conseguenze più gravi di un fenomeno ricorrente; non quello che si adagia su esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità" aggiungendo che "è proprio la natura ricorrente del fenomeno che impone un obbligo di maggior diligenza nell'affrontare la situazione".

Dunque "se di un fenomeno naturale (o anche cagionato dall'uomo) non si conoscono le caratteristiche fondamentali - in particolare le cause, le possibilità di evoluzione, gli effetti possibili - la cautela che occorre usare nell'affrontarlo per eliminarne o ridurne le conseguenze deve essere ancor maggiore, proprio perchè non si possono escludere, con valutazione *ex ante* fondata su conoscenze scientifiche affidabili, gli effetti maggiormente distruttivi".

Ulteriore fondamentale passaggio si è avuto con la pronuncia emessa in ordine al crollo della scuola di San Giovanni di Puglia in occasione del terremoto del Molise del 2002 (Cassazione penale sez. IV, 27.01.2010 sent. n.24732).

In tale sentenza, oltre a ribadirsi il principio che, in tema di causalità, un evento naturale non costituisce di per sè causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento e non può essere considerato come evento eccezionale ed imprevedibile quando si verifichi in zone già qualificate ad elevato rischio di ripetizione dello stesso, ha affrontato la questione sul rapporto tra prova scientifica e libero convincimento del giudice nell'applicazione del criterio della "probabilità logica" nell'accertamento causale.

Il primo principio espresso in tale pronuncia è che la regola cautelare, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, ha riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, almeno possibile sulla base di elementi d'indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non può essere invocata sulla scorta del principio di precauzione, che ha riguardo ai casi per i quali si è rimasti al livello del "sospetto" che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi (in particolare sulla salute dell'uomo) - e dunque quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti

elementi d'indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare attendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi.

Il secondo principio espresso attiene al fatto che, in tema di responsabilità colposa, ai fini dell'individuazione della regola cautelare alla stregua della quale valutare la condotta dell'agente, non è sufficiente fare riferimento a norme che attribuiscono compiti, senza impartire prescrizioni modali, essendo necessario pervenire all'identificazione del modello comportamentale che - secondo le diverse fonti previste dall'art. 43 c.p.- è funzionale alla prevenzione dell'evento pregiudizievole. In assenza di simile connotazione la norma di dovere deve essere integrata dalle prescrizioni cautelari rinvenibili in leggi, regolamenti; ordini o discipline (colpa specifica) ovvero in regole di matrice esperienziale o tecnico-scientifica (colpa generica).

Con la sentenza emessa n. 12478/16 emessa dalla IV Sezione della Corte di Cassazione il 19.11.15 sul terremoto di L'Aquila del 2009 si è ulteriormente puntualizzato il carattere modale che devono assumere le regole cautelari le quali non possono limitarsi ad attribuire compiti ma devono per l'appunto individuare le modalità del loro assolvimento.

Sempre con riguardo agli aspetti relativi alla prevedibilità dell'evento, il principio espresso dalla citata sentenza n. 16761/10 dunque postula che tale giudizio debba presupporre che fenomeni ricorrenti e già realizzatisi in passato possano avere conseguenze anche peggiori rispetto a quelle già oggetto di osservazione secondo canoni di ragionevole prevedibilità e probabilità ex ante.

Occorre dunque tener conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi, valutando altresì se possa essere esclusa, in termini di ragionevole prevedibilità ovvero di plausibilità razionale, la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi.

L'agente modello, quindi, non può dunque adagiarsi su precedenti esperienze senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità.

L'ipotesi futura, in termini di verifica di eventi dotati di maggior rilevanza va comunque effettuata sempre tenendo conto di un giudizio di ragionevolezza e dunque se è lecito ed anzi doveroso prospettare una maggior estensione di un fenomeno rispetto a quello verificatosi in passato, non può imporsi una valutazione in termini di eccessiva dilatazione dello stesso.

La Corte sul punto ha rilevato, a titolo esemplificativo, che se il principio di ragionevolezza è rispettato quando si può ipotizzare che una frequente esondazione di un torrente possa interessare aree più ampie di quelle interessate in passato, non così quando occorrerebbe ipotizzare che lo stesso coin-

volga l'intera città. Oppure quando un fenomeno che in passato ha provocato solo lievi smottamenti della strada è ragionevole ipotizzare che in futuro possa provocare una più ampia frana ma non preconizzare il venir giù dell'intera montagna.

Una volta definito il parametro della prevedibilità, sia pure con evidenti margini di approssimazione, non potendosi confinare entro ristretti e definiti ambiti valutazione quale quelle in argomento, l'ulteriore elemento da considerare, in tema di reati colposi è quello della evitabilità, da definirsi come la possibilità di diminuire l'esposizione alle conseguenze dannose per la salute collettiva e individuale.

È evidente infatti che soltanto quegli eventi che rientrano nella sfera dei poteri dell'agente e dunque che possano essere evitati attraverso un comportamento doverosamente tenuto, assumono rilevanza al riguardo, non essendo invece addebitabile per colpa una condotta a carico di un soggetto quando, pur dimostrata la violazione della regola cautelare a lui imposta, l'evento non sarebbe stato comunque evitato.

Si è già anticipato che i principi generali e dunque la verifica della colpa, devono trovare una maggior puntualizzazione nelle cd. attività complesse dovendosi coordinare con altri principi, anch'essi immanenti nel sistema, quali quello dell'autoresponsabilità e dell'affidamento.

Il problema si diversifica con riferimento al tema della cooperazione colposa (art. 113 c.p.), discorso, questo, che il Legislatore pone in termini ampi e generici, richiedendosi in capo a ciascun soggetto la mancanza della consapevolezza di offrire un contributo alla realizzazione di un certo risultato lesivo, di un accordo o un programma volto a realizzare l'evento, quanto una consapevolezza di arrecare, con il proprio comportamento, un contributo che, innestandosi su una situazione di pericolo, in realtà può lasciar prevedere la verificazione di un certo evento lesivo. Qui il contributo non può mai riguardare la verificazione dell'evento (vertendosi in tal caso in ipotesi di concorso doloso) ma solo la condotta altrui che, sotto il profilo psicologico, va valutata in termini di rischio creato, cioè di violazione di regole cautelari di condotta.

La questione che si pone in tale ambito attiene al tipo di verifica da effettuare: se cioè ciascuna delle condotte che cooperano alla realizzazione del risultato lesivo debba essere valutata con esclusivo riguardo al contributo eziologico apportato alla verificazione di una situazione di pericolo dovuta alla violazione di regole cautelari, oppure se accanto a tale contributo eziologico, rilevi anche quello psichico della colpa in capo a ciascuno fra coloro che cooperano alla violazione della norma cautelare.

Sulla base della lettura dell'art. 113 c.p. si ritiene che sia sufficiente il

contributo eziologico per configurare la cooperazione, senza che ciascuno di questi contributi sia necessariamente connotato da colpa, purché, però, si tratti di un contributo volontario e consapevole quanto al suo innesto sul contributo degli altri.

La questione introduce la natura sistematica dell'art. 113 c.p. da interpretarsi come norma, unitamente ad altre disposizioni codicistiche con funzione costitutiva di fattispecie incriminatrici e dunque come tale in grado di assorbire anche contributi atipici; l'accoglimento di tale impostazione consente dunque di ritenere che non occorre che tutti i contributi eziologicamente idonei a determinare un evento siano di per sé connotati da colpa, bastando invece che si tratti di contributi materiali eziologicamente collegati ad una condotta di per sé violativa della regola cautelare.

Il riconoscimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. consente dunque di ipotizzare condotte penalmente rilevanti anche con riferimento a quei soggetti che non rivestano una posizione di garanzia, laddove però operino in modo da far sorgere o rafforzare il proposito del garante di non attivare certi strumenti cautelari, idonei a scongiurare la verifica di specifici risultati lesivi.

Si è già fatto cenno al dato della cd. concretizzazione del rischio, in base al quale la violazione della regola cautelare scritta implica responsabilità colposa, non per qualsivoglia evento determinatosi, ma solo in relazione a quelli riconducibili al tipo che con la formulazione della stessa si è inteso prevenire.

Va dunque ribadito, stavolta con riguardo ai risvolti nell'ambito dell'elemento psicologico, che la responsabilità colposa debba essere limitata solo a quegli eventi lesivi del bene giuridico protetto che la regola cautelare, specificamente violata, mirava ad evitare e che rientrano, pertanto, nell'ambito dello scopo di protezione della stessa; principio questo desumibile dalla definizione del delitto colposo fornita dall'art. 43 c.p., laddove, nell'individuare i criteri dell'imputazione colposa, richiede che l'evento si sia verificato a causa di negligenza, imprudenza od imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Nel richiedere che l'evento si verifichi a causa di negligenza imprudenza o perizia o violazioni di legge, la norma esige, ai fini del rimprovero a titolo di colpa, l'accertamento della materializzazione della negligenza stessa nell'evento concretamente verificatosi. Diversamente opinando, si finirebbe per punire l'agente nonostante la violazione della regola di diligenza, che qualifica come negligente, imprudente o imperita la condotta, si sia rivelata priva di rilievo nella produzione dell'evento stesso, diverso da quello che la norma precauzionale specificamente trasgredita mirava a prevenire.

Va dunque esclusa la responsabilità penale per quegli eventi estranei alla funzione precauzionale della norma violata, ancorché obiettivamente cagionati dalla condotta inosservante.

Il criterio della concretizzazione del rischio, quindi, costituisce uno dei criteri di collegamento tra colpa ed evento, necessario ad affrancare la responsabilità colposa dal principio del “versari in re illicita respondit etiam pro casu”.

È quanto rimarcato dalla sentenza n. 37606 emessa dalla Cass. pen., sez. IV il 12 ottobre 2007, secondo cui la responsabilità colposa non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che la norma stessa mira a prevenire.

Il giudizio ai fini della configurazione del profilo oggettivo della colpa va compiuto alla stregua dei canoni di prevedibilità e prevenibilità nell’individuazione delle norme cautelari. Si tratta di identificare una norma specifica, avente natura cautelare, posta a presidio della verifica di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all’epoca della creazione della regola consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio.

Una volta appurato il criterio della concretizzazione del rischio occorre valutare il comportamento alternativo lecito; se dunque l’evento si sarebbe verificato ugualmente, deve escludersi la responsabilità colposa, posto che la condotta diligente, ad un accertamento a posteriori, non appare idonea a contrastare il tipo di pericoli alla cui prevenzione era preposta la regola cautelare, risultando così neutrale rispetto alla sua causazione.

Solo se l’evento materialmente cagionato dalla condotta di trasgressione della regola cautelare costituisce la realizzazione del pericolo che la regola cautelare violata mirava ad evitare, deve chiedersi (applicando il criterio del c.d. comportamento alternativo lecito) se l’osservanza di detta regola avrebbe impedito, nel caso concreto, la verifica dell’evento.

Se invece, in applicazione del criterio della concretizzazione del rischio emerge che l’evento causato è diverso da quello per la cui prevenzione la regola di diligenza, prudenza o perizia è stata posta, la responsabilità colposa è già a monte esclusa, sicché del tutto superflua si presenterebbe la verifica dell’evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito.

Proprio in materia di regola cautelare di condotta e di prevedibilità dell’evento occorre a questo punto soffermarsi sul tema, assai diffusamente trattato nel corso delle indagini e negli elaborati di parte, dell’incidenza da attribuire alle scosse sismiche sulla valanga.

I periti, che così come per ogni altra questione da loro trattata hanno analiticamente tenuto conto delle conclusioni cui sono pervenuti i consulenti di

parte, hanno descritto gli eventi sismici ed in particolare la sequenza temporale che ha interessato la zona dell'Abruzzo antecedente la valanga, evidenziando che, secondo l'assunto dei consulenti del PM, alcun ruolo in merito a questa sarebbe da assegnare al sisma sia con riguardo le cause di innesco e sia con riguardo all'entità del fenomeno in sé.

I consulenti del PM, Prof. Ing. Bernardino Chiaia, Dott. Geol. Igor Chiambretti e dott. Ing. Barbara Frigo, hanno infatti rilevato sul punto che “... lungo il piano di scorrimento la componente tangenziale dovuta al sisma è assunta pari all'accelerazione di picco moltiplicata per la massa di neve accumulata, trascurando la deformabilità del manto nevoso. In queste condizioni, il confronto con gli incrementi degli sforzi tangenziali agenti, dovuti alla precipitazione nevosa e al vento permette di trascurarne gli effetti” inoltre il lasso temporale fra l'evento e l'ultima scossa sismica (140 minuti circa rispetto alla scossa di magnitudo $M_w=5.0$ e 35 minuti circa rispetto alla scossa di magnitudo $M_w=4.3$ – si veda tabella in nota) risulta molto superiore al tempo di propagazione dell'onda sismica. Oltre a ciò è stata considerata la distanza tra l'epicentro dell'evento sismico e la località sede dell'evento catastrofico”.

I consulenti di parte Nevini, Piacentini e Sciarra non hanno attribuito alcun ruolo causale al terremoto, sia sull'innesco dell'evento valanghivo sia sulla sua entità. E ciò tenuto conto delle accelerazioni indotte dalle scosse sismiche e della propagazione dei piani fratturati; si è esclusa l'incidenza delle scosse sismiche in quanto la viscosità della neve sarebbe giustificata dalla progressiva propagazione degli stessi, dando luogo ad un fenomeno di instabilità differito nel tempo (rottura progressiva).

Anche il consulente Adamoli è giunto alle medesime conclusioni dichiarando “L'evento valanghivo...ha avuto sicuramente carattere di eccezionalità per la concomitante presenza di un imponente accumulo nevoso (spessore di oltre 3 mt.) su un versante con pendenza media di 32° e dello sciame sismico (10 eventi con magnitudo momento M_w variabile da 4.0 a 5.5 in poco meno di 6 ore). E' molto probabile...che la valanga di neve umida pesante...sia stata innescata dalle scosse di terremoto che hanno progressivamente destabilizzato tutto lo spessore dell'accumulo nevoso già al limite dell'equilibrio...”.

Tali conclusioni non sono state invece condivise dai periti i quali, in ragione della riscontrata significativa eterogeneità del manto nevoso, ritenendo plausibile che lo strato debole non fosse presente sull'intera superficie di innesco della valanga e che le scosse sismiche possano avere contribuito alla propagazione delle superfici di scorrimento anche in tempi traslati in virtù della viscosità del manto nevoso, hanno concluso nel senso di non poter in alcun modo escludere l'influenza dello sciame sismico, ed in particolare delle scosse

sismiche manifestatesi nella stessa giornata dell'evento valanghivo, sull'innescò dello stesso ("... non vi è alcuna certezza in merito alla quantificazione del contributo del sisma sul processo di innescò della valanga, ma allo stesso tempo non si può escluderne l'effetto").

Anche per quanto attiene all'entità della valanga, non potendosi escludere a priori la propagazione di piani fratturati non solo lungo l'inclinazione di massima pendenza del pendio, ma anche trasversalmente a tale linea, non è possibile escludere un'incidenza dell'evento sismico sull'entità della valanga.

Ebbene, ritiene il giudice che tale contrasto tra conclusioni tecniche non assuma comunque rilevanza nel caso in esame.

Si è già detto che, secondo i parametri ormai accolti in dottrina ed in giurisprudenza (cfr. da ultimo Cassazione penale sez. IV, 26.04.2022, n.30398), in materia di colpa "la responsabilità colposa implica che la violazione della regola cautelare deve aver determinato la concretizzazione del rischio che detta regola mirava a prevenire, poiché alla colpa dell'agente va ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare."

La titolarità di una posizione di garanzia non comporta infatti, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, in quanto il principio di colpevolezza impone la verifica in concreto della sussistenza della violazione di una regola cautelare (generica o specifica), della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che tale regola violata mirava a prevenire, della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso.

Requisito necessario affinché dunque la violazione della regola cautelare di condotta, che si rimprovera al soggetto agente e che qualifica la condotta da questi posta in essere come colposa, possa essere considerata causa dell'evento lesivo verificatosi, è quello della concretizzazione del rischio o dello scopo di protezione della norma, dovendosi dunque verificare la sussumibilità dell'evento determinato dalla condotta trasgressiva di una regola cautelare nel novero di quegli eventi che la regola stessa mirava a scongiurare.

La responsabilità colposa, come più volte considerato, non si estende dunque a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione della norma ma è limitata agli specifici risultati che la norma stessa mira a prevenire. Tale esigenza conferma l'importante ruolo della prevedibilità ed evitabilità nella individuazione delle norme cautelari alla cui stregua va compiuto il giudizio ai fini della configurazione del profilo soggettivo della colpa.

Nel caso di specie, al fine di stabilire un ruolo causale al terremoto, di fondamentale rilevanza è l'individuazione della norma cautelare di condotta

che si intende violata ed il rischio che questa intendesse scongiurare.

Ebbene, dalla semplice lettura delle imputazioni formulate dal PM a carico degli imputati, viene evidentemente in rilievo la violazione di norme cautelari la cui funzione era quella di evitare o comunque ridurre nell'area possibili effetti conseguenti ad un evento valanghivo.

Ai capi 1) e 2) con riguardo alle condotte tenute dai dirigenti della Regione viene infatti in rilievo la violazione della L.R. 47/92 (Norme per la previsione e la prevenzione dei rischi da valanghe); ai capi 3) e 4) a carico degli organi dell'amministrazione comunale si fa riferimento alla mancata adozione di un Piano Regolatore Generale nel Comune di Farindola che avrebbe individuato un sito esposto a forte pericolo di valanghe, all'adozione di un Piano di Emergenza Comunale silente in punto di pericolo valanghe e di rischio neve/ghiaccio sull'intero territorio del comune; al capo 6) viene in rilievo il pericolo valanghe della zona; al capo 13) viene in rilievo a carico del Personale della Provincia la sottovalutazione del rischio valanghivo; ai capi 14) e 15) a carico della Prefettura viene in rilievo la violazione delle norme in tema di soccorsi da innevamento derivanti da un fenomeno valanghivo.

Dunque appare evidente come a tale specifico evento fossero dirette le norme cautelari, che si assume siano state violate dagli imputati.

Da ciò ne deriva che sono gli effetti legati a possibili valanghe che il legislatore intendeva evitare, qualunque ne sia l'origine, avendo il Legislatore previsto una tutela all'incolumità pubblica e privata da pericoli da valanga, a prescindere da possibili cause scatenanti la cui natura non viene dunque in rilievo.

Che la valanga fosse originata, per come rilevato in termini astratti dai periti, da una detonazione ovvero da uno sciatore che percorrendo un fuoripista avesse determinato la rottura del manto con conseguente scivolamento di lastre nevose, o ad altri ipotizzabili eventi, tra cui può dunque ricomprendersi anche uno sciame sismico, non va attribuito alcun ruolo, trattandosi di fenomeni irrilevanti ed ininfluenti rispetto alla tutela che il legislatore intende apprestare che, si ribadisce, sono gli effetti dannosi per l'incolumità pubblica e privata derivanti da fenomeni valanghivi qualunque sia la loro origine.

Il tema della prevedibilità non può dunque nella specie afferire al terremoto, al quale, contrariamente da quanto assunto dalle difese, non potrebbe peraltro attribuirsi carattere di eccezionalità ed imprevedibilità in una zona qualificata a rischio, quale quella in esame (cfr. Cass. Sez. IV sent. n. 2536 del 23.10.2015) dovendosi dunque considerare, sotto il profilo della prevedibilità e della prevenibilità la sola valanga e non le cause che ne hanno comportato la verifica.

(*omissis*)

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sent. 25 maggio 2023 n. 300 - Pres. Panzironi - Est. Perpetuini

Provvedimento amministrativo plurimotivato - Unico motivo legittimo - Annullabilità dell'intero provvedimento - Non sussiste - Terzo condono edilizio - Realizzazione di nuovi volumi e superfici – Aree vincolate Abusi maggiori - Non condonabilità - Superfluità del parere dell'Autorità preposta al vincolo - Opere minori - Condonabilità - Presupposti tassativi di ammissibilità - Normativa condonistica - Natura eccezionale e derogatoria - Scelta legislativa discrezionale - Titolo abilitativo straordinario

1. A fronte di un provvedimento amministrativo il quale si fondi su una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali risulterebbe di per sé idonea a sostenerlo, l'impugnativa svolta in sede giurisdizionale non può trovare accoglimento se anche uno solo dei motivi ostativi resista alle censure mosse. In altre parole, il provvedimento plurimotivato non è suscettibile di annullamento qualora anche uno solo dei motivi posti a fondamento dello stesso fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata.

2. La realizzazione di nuovi volumi e superfici in aree vincolate, indipendentemente dalla data di imposizione del vincolo e dalla natura di vincolo assoluto o relativo alla edificabilità, è estranea all'ambito di applicazione della disciplina dettata dal cd. "terzo condono", come recata dalla legge n. 326/2003. In particolare – a differenza della disciplina dettata dalla legge n. 47/1985, cd. "Primo Condono Edilizio" - sulla base delle previsioni dettate dall'art. 32, commi 26 e 27, del decreto legge n. 269/2003, sono suscettibili di sanatoria, nelle aree soggette a vincoli, solo le opere di minore rilevanza, corrispondenti alle tipologie di illecito di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'Allegato 1 del vitato decreto legge del 2003, corrispondenti a opere di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria, mentre per le altre tipologie di abusi interviene una preclusione legale alla sanabilità delle opere abusive.

3. In riferimento alla natura del vincolo, il Consiglio di Stato ritiene che sono sanabili le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, solo se si tratta di opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria), e solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) si tratti di opere realizzate prima della imposizione del vincolo; b) seppure realizzate in assenza o in difformità del titolo edilizio, siano conformi alle prescrizioni urbanistiche; c) siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria); d) che vi sia il previo parere dell'Autorità preposta al vincolo. Diversamente, laddove l'abuso ricada in zona vincolata e non rientri tra gli abusi minori, l'acquisizione del parere dell'Autorità preposta al vincolo, in linea con l'esigenza di economicità dell'azione amministrativa, è superflua.

4. La normativa condonistica ha natura eccezionale e derogatoria, non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, in quanto è incentrata sulla previsione di uno straordinario titolo abilitativo edilizio, avente carattere temporaneo, volto a sanare un illecito rilevante sia sul piano penale che amministrativo, la quale costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale anche quanto ai relativi limiti applicativi, ragionevolmente esercitati quanto ad individuazione della tipologia di illecito sanabili.

(omissis)

FATTO e DIRITTO

1.§. La società ricorrente, *(omissis)* S.r.l.u.s. *(omissis)*, presentava al Comune di Pineto domanda di sanatoria per abusi edilizi ai sensi dell'art. 32 ss. del DL 269/2003, convertito in legge 326/2003), in relazione alle opere concernenti la "Lottizzazione Comparto 3 — *(omissis)*, Edifici A e B.

Nella Relazione tecnico-descrittiva allegata alla domanda di sanatoria l'oggetto della stessa viene indicato: (i) nell'innalzamento delle altezze, sia di imposta che di colmo, del piano 2° (sottotetto); (ii) nella predisposizione e realizzazione degli impianti per l'utilizzo dei locali a civile abitazione in luogo dei previsti locali di sgombero autorizzati con la Concessione edilizia rilasciata; (iii) in aumenti sia della superficie utile, mediante l'eliminazione degli sporti delle murature perimetrali nelle zone con altezza minima di ml. 1,05 previste in progetto, sia della volumetria edificabile a seguito, dell'incremento delle altezze. Nella Relazione in questione viene dunque rappresentato che le opere realizzate hanno determinato un aumento della superficie utile e un aumento del volume edificabile.

Con il provvedimento impugnato, l'Amministrazione Comunale ha respinto la domanda di condono edilizio evidenziando che: (i) dal punto di vista urbanistico l'intervento è stato realizzato in zona sottoposta a vincolo paesaggistico in base al DM 18.03.1969 ed al DM del 21.06.1985, oltre al fatto che l'area ricade nel vigente Piano Territoriale Provinciale approvato con deliberazione del Consiglio Provinciale n. 20 del 30.03.2001 e classificata come

area di interesse paesaggistico e ambientale di cui all'art. 9 delle NTA dello stesso Piano; (ii) il comma 26 dell'art. 32 del DL 269/2003 prevede che nelle aree sottoposte a vincolo siano sanabili le tipologie di intervento minori di cui ai 4 a 6, mentre in zona paesaggisticamente vincolata il combinato disposto dalla disciplina dettata dal suddetto art. 32, commi 26 e 27, con gli artt. 32 e 33 della L. 47/1985 come sostituiti dalla L. 326/2003 di conversione del DL 269/2003 discende che per le tipologie di abuso di cui ai numeri 1, 2, e 3 la sanabilità è subordinata alla sussistenza congiunta delle seguenti condizioni: a) che le opere siano state realizzate prima dell'imposizione del vincolo; b) che le stesse siano sostanzialmente conformi agli strumenti urbanistici; c) che le difformità non determinino aumento di superficie; d) che vi sia il previo parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo; (iii) l'intervento oggetto di domanda di condono consiste in un abuso edilizio ricompreso alla Tipologia di abuso n. 1, in ragione della difformità dal titolo rilasciato rispetto alle norme urbanistiche con la creazione di nuove superfici e nuovi volumi; (iv) la volumetria indicata nella domanda di condono risulta superiore alla soglia di 750 m³ prevista dal comma 25 dell'art. 32; (v) non sarebbe dirimente nel caso di specie la questione della natura del vincolo di inedificabilità assoluta o relativa, in quanto la lettura del comma 26 dell'art. 32 andrebbe coordinata con quella del comma 27, lett. d), che esclude la sanatoria per gli abusi realizzati in aree sottoposte a vincoli ambientali e paesistici; (vi) la valutazione positiva della domanda di condono paesaggistico ai sensi della legge 308/2004 non preclude, né genera affidamento riguardo all'istruttoria della domanda di condono edilizio, prevedendo un'ipotesi di estinzione di qualsiasi illecito penale in materia paesaggistica, senza la previa distinzione della tipologia dei lavori eseguiti; (vii) non può essere accolta l'eccezione di prescrizione in ragione della mancata emanazione del definitivo provvedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica subordinato al pagamento della sanzione imposta dall'art. 1, comma 37, lett. b), della L. 308/2004.

2.§. Il ricorso è sostenuto dai seguenti motivi di diritto:

- I. "Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, commi 26 e 27, del DL 269/2003, convertito in L. 326/2003. Erroneo presupposto della non sanabilità delle tipologie di abuso di cui ai numeri da 1 a 3 dell'Allegato 1 al medesimo DL 269/2003. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità manifesta";
- II. "Violazione di legge. Violazione dell'art. 32, commi 26 e 27, del DL 269/2003 convertito in L. 326/2003. Erroneo presupposto del-

- la mancanza delle condizioni di cui all'art. 32, comma 27, lett. d), del DL 269/2003 convertito in L. 326/2003. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità manifesta”;
- III. “Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 167 del D.Lgs. 42/2004. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del DL 269/2003. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Difetto di motivazione. Violazione del principio di affidamento. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità manifesta”;
- IV. “Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 25, del DL 269/2003. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà, illogicità manifesta”.

Si è costituita l'Amministrazione intimata.

All'udienza del 17 maggio 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
(*omissis*)

Il ricorso non è fondato e deve essere respinto.

4.§.1. In primo luogo deve sottolinearsi la natura di provvedimento plurimotivato del diniego impugnato. A fronte di un provvedimento amministrativo il quale si fonda su una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali risulterebbe di per sé idonea a sostenerlo, l'impugnativa svolta in sede giurisdizionale non può trovare accoglimento se anche uno solo dei motivi ostativi resista alle censure mosse.

In altre parole, il provvedimento plurimotivato non è suscettibile di annullamento qualora anche uno solo dei motivi posti a fondamento dello stesso fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata.

Nel caso di specie la realizzazione di nuovi volumi e superfici in aree vincolate, indipendentemente dalla data di imposizione del vincolo e dalla natura di vincolo assoluto o relativo alla edificabilità, è estranea all'ambito di applicazione della disciplina dettata dal cd. “terzo condono”, come recata dalla legge n. 326/2003.

In particolare – a differenza della disciplina dettata dalla legge n. 47/1985, cd. “Primo Condono Edilizio” - sulla base delle previsioni dettate dall'art. 32, commi 26 e 27, del decreto legge n. 269/2003, sono suscettibili di sanatoria, nelle aree soggette a vincoli, solo le opere di minore rilevanza, corrispondenti alle tipologie di illecito di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'Allegato 1 del decreto legge n. 269 del 2003, corrispondenti a opere di restauro, risanamento conservativo

e manutenzione straordinaria, mentre per le altre tipologie di abusi interviene una preclusione legale alla sanabilità delle opere abusive.

Si tratta di un ambito applicativo più ristretto, in quanto la norma, oltre ad imporre, al comma 25, relativamente alle nuove costruzioni residenziali, un limite complessivo di cubatura, definisce analiticamente le tipologie di abusi condonabili (comma 26 e Allegato 1), introducendo anche alcuni nuovi limiti all'applicabilità del condono (comma 27), che si aggiungono a quanto previsto negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985.

La non condonabilità degli abusi realizzati in una zona soggetta a vincoli paesaggistici e che non siano riconducibili ai cd. "abusi minori" di cui alle tipologie 4, 5 e 6 dell'Allegato 1 al decreto legge n. 269/2003, e quindi la preclusione normativa alla sanatoria per opere che abbiano comportato un aumento di superficie o di volume, è stata anche confermata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 196/2004, precisando i limiti di applicabilità del c.d. terzo condono, circoscritto ai soli abusi formali, ovvero realizzati in mancanza del previo titolo a costruire ma non in contrasto con la vigente disciplina urbanistica, e che siano al contempo riconducibili agli abusi minori di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'allegato I al decreto legge 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003.

In riferimento alla natura del vincolo, anche il Consiglio di Stato ha più volte affermato che sono sanabili le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, solo se si tratta di opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria), e solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) si tratti di opere realizzate prima della imposizione del vincolo;
- b) seppure realizzate in assenza o in difformità del titolo edilizio, siano conformi alle prescrizioni urbanistiche;
- c) siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria);
- d) che vi sia il previo parere dell'Autorità preposta al vincolo.

Diversamente, laddove l'abuso ricada in zona vincolata e non rientri tra gli abusi minori, l'acquisizione del parere dell'Autorità preposta al vincolo, in linea con l'esigenza di economicità dell'azione amministrativa, è superflua.

Sul punto: "Ai sensi dell' art. 32, comma 27, lett. d), d.l. 30 settembre 2003 n. 269 , convertito nella l. 24 novembre 2003 n. 326 (c.d. terzo condono), le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, sono sanabili solo se, oltre al ricorrere delle ulteriori condizioni — e cioè che le opere siano realizzate prima della impo-

sizione del vincolo, che siano conformi alle prescrizioni urbanistiche e che vi sia il previo parere dell’Autorità preposta alla tutela del vincolo — siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria)” (Consiglio di Stato, sez. VI, 14/10/2022, n. 8781).

Anche la Corte costituzionale si è espressa in termini da ultimo con la sentenza n. 252 del 19/12/2022 in cui si dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. s), Cost., e dell’art. 14 dello Statuto della Regione Sicilia, l’art. 1, comma 1, della l.r. Sicilia 29 luglio 2021 n. 19 (Modifiche alla l.r. 10 agosto 2016 n. 16, in materia di compatibilità delle costruzioni realizzate in aree sottoposte a vincolo) che disponeva che l’art. 24 l.r. Sicilia n. 15/2004 (che ha recepito in Sicilia il c.d. terzo condono edilizio) dovesse essere interpretato nel senso della ammissibilità della sanatoria delle opere abusive “realizzate nelle aree soggette a vincoli che non comportino inedificabilità assoluta”.

Infine, si rammenta la natura eccezionale e derogatoria – e quindi non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica - della normativa condonistica che è incentrata sulla previsione di uno straordinario titolo abilitativo edilizio, avente carattere temporaneo, volto a sanare un illecito rilevante sia sul piano penale che amministrativo, la quale costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale anche quanto ai relativi limiti applicativi, ragionevolmente esercitati quanto ad individuazione della tipologia di illecito sanabili.

5.§. Per i motivi predetti il ricorso deve essere respinto.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila - sent. 8 giugno 2023 n. 320 - Pres. Panzironi - Est. Giardino

Attività di scavo - Installazioni di reti elettriche - Indennità di civico ristoro - Imposizione degli Enti locali - Art. 23 Cost. - Prestazione patrimoniale personale - Riserva di legge - Maggiori costi - Necessità di compensazione da parte della P.A. - Arricchimento senza causa – Art. 2041 cod. civ. - Richiesta unilaterale del Comune di pagamento - Somma forfettaria - Assenza di verifica delle conseguenze dell’attività di scavo - Pretesa di pagamento forfettario - Condizione ex ante per il rilascio di autorizzazioni - Illegittimità

1. *L’art. 23 della Costituzione stabilisce che nessuna prestazione patrimoniale e personale può essere imposta se non in base alla legge e, proprio sulla base di tale disposizione, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto, già da tempo, che la previsione comunale di una sorta di “indennità a titolo di civico ristoro a carico di coloro che effettuano scavi per l’installazione di reti elettriche” integra una nuova prestazione patrimoniale a carico di privati non prevista dalla legge e, quindi, inammissibile (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4849).*

2. *Gli eventuali maggiori costi sopportati dall’amministrazione comunale, per effetto delle attività compiute dal soggetto titolare dell’autorizzazione allo scavo, devono essere certamente compensati, in conformità alle regole codicistiche dell’arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ.. Ma ciò non giustifica la previsione unilaterale e autoritativa dell’obbligo di pagare una somma forfetariamente determinata dall’amministrazione, senza alcuna verifica concreta in ordine alle conseguenze derivanti dall’autorizzata attività di escavazione.*

3. *L’art. 2041 cod. civ., pur conservando il suo rilievo di carattere generale, consente all’Amministrazione di pretendere il rimborso di eventuali oneri, maggiori rispetto a quelli già ristorati con le imposizioni consentite dal d.lgs. n. 507 del 1993 e dal d.lgs. n. 446 del 1997, soltanto ex post; in particolare, la norma non consente la pretesa di pagamento, forfettario e generalizzato, di somme unilateralmente determinate, cui condizionare ex ante il rilascio dei provvedimenti autorizzativi.*

(omissis)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato la società (omissis) S.p.A., nella sua qualità di concessionaria del servizio pubblico di distribuzione del gas del

Comune di Teramo, ha impugnato, previa concessione di idonee misure cautelari: i) la nota prot. n. 25190 del 06.05.2016 con cui il Comune di Teramo in attuazione del “Regolamento comunale per scavi e ripristino aree pubbliche e di uso pubblico” approvato con Deliberazione del Consiglio comunale n. 70 del 30.11.2015, ha chiesto, ai fini del rilascio delle autorizzazioni richieste da (*omissis*) S.p.A. per la realizzazione di un “allaccio rete gas metano” in via Adige, via del Gioco e via del Baluardo, il pagamento della somma di € 100,00 da versare per ciascuna pratica in aggiunta al deposito cauzionale ivi previsto; ii) la nota prot. n. 31630 del 31.05.2016 con cui il Comune di Teramo, in attuazione del sopra citato Regolamento, subordina il rilascio dell’autorizzazione allo scavo per la “realizzazione di un allaccio rete gas metano in Centro Storico” al pagamento della somma di € 11.675,00 da versare in aggiunta al deposito cauzionale ivi previsto; iii) la nota prot. n. 25663 ricevuta in data 15.06.2016 con cui il Comune di Teramo subordina il rilascio dell’autorizzazione allo scavo per la “realizzazione di un allaccio rete gas metano” in viale Vespucci al pagamento della somma di € 217 ,50 da versare in aggiunta al deposito cauzionale ivi previsto; iiii) il “Regolamento comunale per scavi e ripristino aree pubbliche e di uso pubblico”, approvato con Deliberazione del Consiglio comunale n. 70 del 30.11.2015, limitatamente alla parte in cui all’art. 3 prevede e disciplina i criteri di calcolo del sopra richiesto contributo per lo scavo da valere “quale indennizzo per le spese di sopralluogo, istruttoria, e per il disagio causato alla gestione della rete viaria”.

La ricorrente ha chiesto altresì la condanna dell’ente civico resistente alla restituzione di tutte le somme già versate dalla medesima e di cui si accerterà la non spettanza, unitamente a quelle che la medesima Società dovesse essere ancora costretta a versare in suo favore a titolo di contributo allo scavo nelle more della definizione del presente giudizio.

Il ricorso è affidato alla denuncia di quattro distinte doglianze così rubricate:

I) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 23 della Costituzione, Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 149 d.lgs. n. 267/2000 e delle norme e dei principi sull’ordinamento finanziario degli enti locali.

II) Illegittimità dell’art. 3 del Regolamento comunale per manifesta illogicità, incongruenza e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione dell’art. 93 del d.lgs. 1.8.2003, n. 259. Violazione e falsa applicazione dell’art. 63 d.lgs. n. 446/1997. Difetto di istruttoria e di motivazione. Manifesta illogicità, incongruenza e contraddittorietà.

III) Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà dell’azione amministrativa. Violazione del principio del legittimo affidamento. Violazione dell’art. 2041 e.e. e dei principi generali in materia di risarcimento del danno.

IV) Violazione del divieto di duplicazione degli oneri economici. Eccesso di potere. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost). Eccesso di potere per sviamento.

Il Comune di Teramo, pur ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Con memoria depositata il 14 aprile 2023 parte ricorrente ha rappresentato che, dopo l'adozione delle note oggetto di impugnativa, il Comune non ha formulato successive ulteriori richieste.

Nondimeno, il Regolamento del Comune di Teramo n. 70/2015 è tutt'ora in vigore nella formulazione che all'art. 3 prevede il contributo allo scavo, di talché la ricorrente dichiara di avere ancora interesse ad ottenere l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la conseguente restituzione delle somme indebitamente versate.

All'udienza pubblica di smaltimento arretrato del 17 maggio 2023, tenutasi in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Ritenuta la fondatezza dei motivi primo e terzo e con assorbimento delle ulteriori censure, il ricorso è suscettibile di positivo apprezzamento in linea con l'orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato in tema di indennità di civico ristoro - ossia quella somma, il cui versamento è imposto dagli enti locali, a carico di coloro che effettuino scavi per l'installazione di reti, a titolo di ristoro preventivo per eventuali maggiori oneri (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2019, n. 2935, 16 aprile 2019, n. 2497; n. 4606 del 27 agosto 2012).

L'art. 23 della Costituzione stabilisce che nessuna prestazione patrimoniale e personale può essere imposta se non in base alla legge e, proprio sulla base di tale disposizione, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto, già nel 2007, che la previsione comunale di una sorta di "indennità a titolo di civico ristoro" integrasse una nuova prestazione patrimoniale a carico di privati non prevista dalla legge e, quindi, inammissibile (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4849). In coerenza con tale orientamento, è stato chiarito che la tutela posta dall'art. 23 della Costituzione si estende fino a riguardare tutte le prestazioni patrimoniali coattive, anche non di natura tributaria ed aventi funzione di corrispettivo, ogni volta che "per i caratteri e il regime giuridico dell'attività resa...a fronte della prestazione patrimoniale, appare prevalente l'elemento dell'imposizione legale" (in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2008, n. 4089).

Come di recente ribadito dalla giurisprudenza (T.A.R. Palermo, sentenza n. 3641/2021; T.A.R. Milano, n. 1494/2021; T.A.R. Brescia, sentenza n. 404/2018) la prestazione patrimoniale in esame, infatti, rientra senz'altro nella nozione di "prestazione patrimoniale imposta", di cui alla riserva di legge

prevista dall'art. 23 Cost., dal momento che gli obblighi pecuniari contestati derivano non già da un titolo civilistico, bensì da una determinazione adottata unilateralmente dall'amministrazione.

Ne consegue la necessità di una disposizione primaria che la preveda.

Appare, pertanto, condivisibile la tesi della ricorrente secondo cui, ogni volta che l'Amministrazione imponga una prestazione patrimoniale con atti di natura autoritativa, ciò debba avvenire nel rispetto del principio di riserva di legge.

La contestata norma regolamentare, sotto altro profilo, non potrebbe trovare adeguata giustificazione in base al principio di cui all'articolo 2041 del codice civile. Infatti, tale normativa generale presuppone l'accertamento in concreto di un arricchimento da parte del soggetto obbligato, con il correlato depauperamento dell'amministrazione.

Gli eventuali maggiori costi sopportati dall'amministrazione comunale, per effetto delle attività compiute dal soggetto titolare dell'autorizzazione allo scavo, devono dunque essere certamente compensati, in conformità alle regole codicistiche dell'arricchimento senza causa. Ma ciò non giustifica la previsione unilaterale e autoritativa dell'obbligo di pagare una somma forfettariamente determinata dall'amministrazione, senza alcuna verifica concreta in ordine alle conseguenze derivanti dall'autorizzata attività di escavazione.

Va osservato, peraltro, che l'orientamento giurisprudenziale appena menzionato appare coerente con quello già espresso dal Consiglio di Stato (sezz. VI, 7 marzo 2008, n. 1005, VI, 5 aprile 2006, n. 1775), relative entrambe a scavi finalizzati all'installazione di impianti di telecomunicazione, quindi disciplinati dall'art. 93 del d.lgs. n. 259 del 2003.

Tale normativa, infatti, non va intesa come eccezionale, ma piuttosto come ricognitiva di un principio generale in materia di prestazioni patrimoniali imposte. Va sottolineato che anche i precedenti giurisprudenziali da ultimo menzionati hanno ritenuto che l'art. 2041 cod. civ., pur conservando il suo rilievo di carattere generale, consente all'amministrazione di pretendere il rimborso di eventuali oneri, maggiori rispetto a quelli già ristorati con le imposizioni consentite dal d.lgs. n. 507 del 1993 e dal d.lgs. n. 446 del 1997, soltanto *ex post*; in particolare, la norma non consente la pretesa di pagamento, forfettario e generalizzato, di somme unilateralmente determinate, cui condizionare *ex ante* il rilascio dei provvedimenti autorizzativi.

3. Ebbene, alla luce delle suesposte conclusioni il ricorso è fondato e merita accoglimento, con conseguente annullamento degli atti impugnati, nei limiti dell'interesse della parte ricorrente.

Conseguentemente il Comune di Teramo va condannato alla restituzione di tutte le somme già versate dalla società ricorrente a titolo di contributo allo scavo.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – Pescara sent. 7 febbraio 2023 n. 60 (est. Corrado)

Abuso edilizio - Ordine di demolizione - Comunicazione di avvio procedimentale - Non necessità - Procedimento di natura vincolata - Veranda realizzata sulla balconata - Aumento volumetrico - Nuova sagoma e superficie - Titolo edilizio - Necessità - Attività edilizia sul territorio comunale - Potere di vigilanza e controllo del Comune - Mantenimento dell'opera realizzata da tanto tempo - Affidamento del privato - Inesistenza - Interesse pubblico alla demolizione - Obbligo di motivazione - Insussistenza - Proprietario attuale dell'opera - Legittimo destinatario del provvedimento - Diritto dominicale

1. *In presenza di abuso edilizio, l'ordinanza di demolizione deve essere emanata senza indugio e, inoltre, non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, costituendo una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche secondo un procedimento di natura vincolata" rispetto al quale la partecipazione dell'interessato non può arrecare alcuna utilità (cfr. T.A.R. Palermo, sez. II, 17/01/2022, n. 92).*

2. *La veranda realizzata sulla balconata di un appartamento integra, infatti, un nuovo locale autonomamente utilizzabile il quale viene ad aggregarsi ad un preesistente organismo edilizio, per ciò solo trasformandolo in termini di sagoma, volume e superficie" (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. del 18 maggio 2022, n. 843; Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2022, n. 469) e come tale assoggettato a preventivo rilascio del titolo edilizio.*

3. *Al Comune compete un generale potere di vigilanza e di controllo su tutta l'attività edilizia ed urbanistica nel territorio di competenza, con relativa e specifica funzione sanzionatoria al fine di reprimere eventuali abusi edilizi ed alterazioni paesaggistiche (ex multis: T.A.R. Campania, Napoli, sent. n. 1815/2015 del 26 marzo 2015). Non può quindi, sussistere alcun legittimo affidamento del proprietario al mantenimento dell'opera realizzata se essa non è consentita, affidamento che nè il lungo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione dell'opera nè l'eventuale esistenza sul territorio di altre opere "abusive" poteva ingenerare.*

4. *L'Amministrazione non deve fornire una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento privato tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare in alcun modo (Cons. Stato, Ad. Plen. Sent. n. 9 del 2017; Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2018, sent. n. 4135).*

5. *L'ordine di demolizione può legittimamente essere adottato nei confronti del proprietario attuale, anche se non responsabile dell'abuso, poiché questo costituisce illecito permanente e l'ordine di demolizione ha carattere ripristinatorio e non prevede l'accertamento del dolo e della colpa del soggetto a cui si imputa la realizzazione dell'abuso; infatti presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non è l'accertamento di responsabilità materiale nella commissione dell'illecito, ma l'individuazione del soggetto che abbia la titolarità ad eseguire l'ordine ripristinatorio e, quindi, il proprietario in virtù del suo diritto dominicale.*

(omissis)

Espono il ricorrente di essere proprietario di un appartamento nel Comune di Pizzoferrato, provincia di Chieti, località Valle del Sole, che si trova in un complesso turistico di alta montagna.

Con ordinanza n. 9 del 20/12/2018, sul presupposto di un verbale di accertamento del 14.12.2018 prot. 4255, veniva ordinata la demolizione di una “veranda di tamponatura sulla soletta aggettante del balcone con la creazione di volume utile”, insistente sul prospetto ovest del condominio in corrispondenza del piano primo.

Detto provvedimento risulta in questa sede impugnato e a sostegno del ricorso sono dedotti i seguenti motivi:

- 1) il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato “automaticamente” sulla scorta di un verbale di accertamento non notificato e senza alcuna attività istruttoria preliminare. Al riguardo si osserva che la barriera frangivento contestata al ricorrente è apribile per oltre il 50/% della sua area, installabile senza opere edili e assolutamente rimovibile. La vetrata sarebbe collocata su binari scorrevoli e utilizzata solo nei periodi invernali a protezione del vento e della neve, stante la località di alta montagna. Non creerebbe, quindi, alcun volume utile, né modifica dei prospetti, né sarebbe richiesta per la detta opera alcuna autorizzazione paesaggistica.

Il ricorrente lamenta ancora la mancata descrizione delle opere in contestazione, la mancata considerazione che l'opera sarebbe stata realizzata nel –*(omissis)* e cioè prima dell'apposizione del vincolo del Parco nazionale della Majella e comunque, non in contrasto con i vincoli paesaggistici. Tale circostanza, inoltre avrebbe creato un affidamento del privato e non vi sarebbe interesse ad abbattere opere molto diffuse nel territorio. Ancora si tratterebbe di opera da considerarsi di edilizia libera soggette solo a comunicazione di inizio

lavori e alla presentazione di una relazione tecnica in assenza della quale è previsto solo il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Infine sussistono i presupposti per l'accertamento di conformità ex. 36 e 37 L.380/2001 in quanto per le opere in questione è possibile richiedere anche ai sensi della L. 380/01 "l'accertamento di conformità" come previsto dall'invocata normativa di cui agli artt. 36 e 37 citati.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato affermando la legittimità del proprio operato.

Alla pubblica udienza del 18 novembre 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Preliminarmente deve richiamarsi il contenuto dell'impugnata ordinanza nella parte in cui fa presente che:

-) con il verbale di accertamento della Polizia Municipale e del Tecnico Comunale del Comune di Pizzoferrato, in atti al Prot. n. 4255 del 14.12.2018, si evince che, presso l'immobile sito nel Comune di Pizzoferrato località Valle Del Sole (*omissis*) -è stato accertato che sono state eseguite, in violazione delle norme in materia urbanistica/edilizia (ad. 27 DPR 380/2001 e s.m.i.), le seguenti opere: "sul prospetto Ovest del (*omissis*)- in corrispondenza del piano primo dell'edificio identificato dalla particella n. -(*omissis*) di proprietà del Sig. (*omissis*), è stata realizzata una veranda di tamponatura sulla soletta aggettante del balcone con la creazione di volume utile";
-) l'immobile di che trattasi ricade nel vigente strumento urbanistico (P.R.E.) del Comune in zona "B2" Completamento di interesse turistico, nonché lo stesso ricade in zona sottoposta ai vincoli della Soprintendenza per i Beni Culturali Archeologia Belle Arti e Paesaggio dell'Abruzzo e Piano Regionale Paesistico ai sensi del D.Lgs 42/2004, Parco Nazionale della Majella L. 394/1991, Vincolo Idrogeologico L.R. 3/2014 e s.m.i., e Sismico (zona sismica in I Cat S=12) L. 64/1974 e L.R. 28/2011;
-) da accertamenti effettuati in archivio non risulta essere presente un titolo abilitativo relativo ai lavori eseguiti.

In considerazione del tipo di opera realizzata e dei vicoli esistenti il Collegio intende richiamare, a fronte delle censure formulate il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui:

-) l'ordinanza in commento non richiede alcuna previa comunicazione dell'avvio del procedimento in quanto "In presenza di abuso edilizio, l'ordinanza di demolizione deve essere emanata senza indugio e, inoltre, non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del

procedimento, costituendo una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche secondo un procedimento di natura vincolata" rispetto al quale la partecipazione dell'interessato non può arrecare alcuna utilità (cfr. T.A.R., Palermo, sez. II, 17/01/2022, n. 92);

-) dalle fotografie dell'opera contestata, per come in atti, emerge che si tratterebbe di una veranda realizzata sulla balconata dell'appartamento, che determina una variazione plano-volumetrica ed architettonica dell'immobile risultando assoggettata a preventivo rilascio del titolo edilizio che in atti non risulta. Né può assumere rilievo la natura dei materiali utilizzati, in quanto la chiusura, anche ove realizzata con pannelli in alluminio e/o vetro, costituisce comunque un aumento volumetrico. Deve anche escludersi che la trasformazione di un balcone o di un terrazzo in veranda costituisca una "pertinenza" in senso urbanistico. La veranda integra, infatti, un nuovo locale autonomamente utilizzabile, il quale viene ad aggregarsi ad un preesistente organismo edilizio, per ciò solo trasformandolo in termini di sagoma, volume e superficie" (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. del 18 maggio 2022, n. 843; Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2022, n. 469);
-) in base all'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001 al Comune compete un generale potere di vigilanza e di controllo su tutta l'attività edilizia ed urbanistica nel territorio di competenza, con relativa e specifica funzione sanzionatoria al fine di reprimere eventuali abusi edilizi ed alterazioni paesaggistiche (ex multis: T.A.R. Campania, Napoli, sent. n. 1815/2015 del 26 marzo 2015); non può quindi, sussistere alcun legittimo affidamento del proprietario al mantenimento dell'opera realizzata se essa non è consentita, affidamento che nè il lungo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione dell'opera nè l'eventuale esistenza sul territorio di altre opere "abusive" poteva ingenerare; in merito a queste ultime, per come evidenziato in memoria dal ricorrente, e alla disparità di trattamento nei riguardi del ricorrente che ne sarebbe derivata, in disparte la circostanza per cui fa capo al Comune la vigilanza e la verifica delle condizioni fattuali e giuridiche riferite a detti immobili, le segnalate "opere abusive" presenti sul territorio giammai avrebbero potuto legittimare il mantenimento dell'opera riferita all'immobile del ricorrente se priva di titolo abilitante;
-) l'Amministrazione non deve fornire una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento privato tutelabile alla

conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare in alcun modo (Cons. Stato, Ad. Plen. Sent. n. 9 del 2017; Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2018, sent. n. 4135);

-) l'ordine di demolizione può legittimamente essere adottato nei confronti del proprietario attuale, anche se non responsabile dell'abuso, poiché questo costituisce illecito permanente e l'ordine di demolizione ha carattere ripristinatorio e non prevede l'accertamento del dolo e della colpa del soggetto a cui si imputa la realizzazione dell'abuso; presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non è l'accertamento di responsabilità materiale nella commissione dell'illecito, ma l'individuazione del soggetto che abbia la titolarità ad eseguire l'ordine ripristinatorio e, quindi, il proprietario in virtù del suo diritto dominicale;
-) per consolidato orientamento di giurisprudenza, una volta appurata l'esecuzione di opere in assenza di permesso di costruire, non costituisce onere dell'Amministrazione Comunale verificare la sanabilità delle stesse in sede di vigilanza sull'attività edilizia, essendo per legge rimessa ogni iniziativa in merito all'impulso del privato interessato (cfr. T.A.R. Napoli, sez. III, 01/08/2022, n.5134); inoltre il ricorrente nel ricorso fa genericamente riferimento all'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria non dimostrandone l'effettiva presentazione (invero, nemmeno si indica la data dell'inoltro di tale richiesta);
-) in tema di motivazione deve considerarsi che l'ordine di demolizione può ritenersi validamente supportato, come nel caso di specie da considerarsi esaustivo, dalla mera descrizione degli abusi accertati, la quale costituisce presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare la spedizione della misura sanzionatoria.

Alla luce delle svolte considerazioni il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

(*omissis*)

T.A.R. Abruzzo – Pescara sent. 9 febbraio 2023 n. 78 (est. Balloriani)

Procedura di evidenza pubblica - Affidamento della concessione di servizio pubblico - Concorrente escluso - Istanza di accesso - Documentazione tecnica delle concorrenti - Elementi dell’offerta - Diniego - Illegittimità - Esigenze di segretezza commerciale - Riservatezza dei partecipanti - Prevalenza del diritto di accesso - Principio di buona fede e di tutela difensiva ex art. 24 Cost.

1. In adesione all’indirizzo giurisprudenziale di questo Tribunale (sentenza Tar Pescara n. 323 del 2021) “la tutela di un segreto industriale, pur costituendo un’ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla L. n. 241/1990, trova un limite in relazione agli interessi di un concorrente ad accedere agli atti della procedura necessari alla sua difesa in giudizio, essendo questi ultimi prevalenti su quello alla riservatezza dei partecipanti” (T.a.r. Milano, sentenza n. 745 del 2020).

2. Ai sensi del comma 6 dell’articolo 53 del d.lgs. 50 del 2016 (“In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto pubblico”), il diritto di accesso prevale, in ogni caso, sulle esigenze di segretezza tecnica o commerciale (cfr. Tar Palermo sentenza 1916 del 2018); e la ratio di tale disposizione appare coerente con il principio di buona fede, dovendo supporre che con la partecipazione a una procedura selettiva concorsuale con evidenza pubblica la parte coerentemente consenta che gli elementi della propria offerta oggetto di valutazione comparativa siano accessibili ai concorrenti per verificarne la correttezza in giudizio in ossequio all’articolo 24 della Costituzione (cfr. Tar Napoli sentenza n. 4019 del 2020).

(omissis)

Considerato che:

- la ricorrente - terza in graduatoria all’esito della procedura aperta per l’affidamento della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza, viabilità e reintegra delle matrici ambientali compromesse a seguito di incidenti stradali o di versamenti di materiali sul territorio del comune di Pescara – con istanza di accesso del 2 maggio 2022 ha chiesto alla Stazione appaltante l’ostensione della documentazione amministrativa e tecnica (nella specie il progetto tecnico ed eventuali

- allegati) prodotta dalla prima e seconda graduata, al fine di tutelare il proprio interesse all'aggiudicazione anche in sede giurisdizionale;
- dopo il differimento dell'accesso al termine della gara e dunque dopo l'aggiudicazione, e dopo aver comunicato la istanza alle controinteressate e sulla base delle loro osservazioni, la Stazione appaltante, con i provvedimenti qui censurati la Stazione appaltante ha sostanzialmente disposto la ostensione delle offerte tecniche delle prime due classificate, ma con alcune parti "debitamente oscurate dai medesimi operatori economici per le motivazioni espresse nelle citate note di riscontro", cioè al fine di tutelarne il know how e i segreti commerciali;
 - la medesima ricorrente – sottolineando che "le parti oscurate contengono dati che attengono ai criteri di valutazione e sono stati oggetto di valutazione da parte della Commissione con l'attribuzione di specifici punteggi" e che il termine per l'impugnazione dovrebbe decorrere dall'invio della documentazione tecnica oscurata - deduce, tra l'altro, la violazione dell'ultimo comma dell'articolo 53 del d.lgs. 50 del 2016, rilevando che in caso di accesso cd. difensivo in materia di appalti sarebbe recessivo l'interesse alla tutela del segreto imprenditoriale;
 - alla camera di consiglio del 16 dicembre 2022, la causa è passata in decisione;
 - il ricorso è fondato;
 - dalla relazione del RUP del 13/10/2022 depositata dal Comune resistente, si evince altresì che l'Amministrazione, in sede procedimentale, ha svolto anche le seguenti considerazioni: "...A questo punto, giova precisare che in sede di opposizione all'accesso agli atti presentata da Sicurezza e Ambiente S.p.a., quest'ultima inoltrava contestualmente istanza di accesso agli atti tesa ad acquisire la documentazione amministrativa e tecnica di Pissta Group S.r.l.. Pertanto, con nota prot. n. 124349 del 12.07.2022, questo Ente notiziava la società Pissta Group S.r.l., in qualità di soggetto contro interessato, della richiesta di accesso agli atti da parte di Sicurezza e Ambiente S.p.a.. La contro interessata Pissta Group S.r.l., con nota prot. n. 128930 del 19.07.2022, formulava espressa opposizione al rilascio della documentazione tecnica, concedendo, in via subordinata, il rilascio del progetto tecnico debitamente oscurato nelle parti meritevoli di riservatezza, come dalla medesima società indicato. Adottando la medesima ratio applicata in sede di riscontro all'accesso agli atti di gara, questo Ente trasmetteva, in risposta all'istanza formulata da Sicurezza e Ambiente, la documentazione amministrativa di Pissta Group S.r.l. e la documentazione tecnica, quest'ultima debitamente

- oscurata nelle parti meritevoli di riservatezza.”;
- potendo essere rilevato d’Ufficio, il Collegio si fa carico di esaminare se tale circostanza può aver rilievo ai fini della configurazione di un venire contra facta propria da parte della ricorrente, con conseguente inefficacia e dunque inammissibilità del ricorso;
 - a tal fine, è appena il caso di osservare che le situazioni non sono comparabili, atteso che la ricorrente, essendo giunta terza in graduatoria, ha un interesse più immediato alla contestazione giurisdizionale dell’esito della procedura, viceversa la prima ha solo un interesse eventuale, al primo condizionato, correlato alla, appunto eventuale, necessità di proporre ricorso incidentale;
 - appare anche corretta la prospettazione della parte ricorrente là dove rileva che l’atto lesivo è il provvedimento del 26.07.2022, con il quale si è consentito l’accesso ma con le parti d’interesse oscurate, e dunque solo da tale momento può decorrere il termine decadenziale di impugnazione, non inutilmente decorso;
 - nel merito il ricorso è fondato;
 - pronunciandosi su vicenda analoga, questo Tribunale (sentenza 323 del 2021) ha già avuto modo di aderire alla giurisprudenza che, correttamente richiamando l’articolo 53 cit., ha chiarito che “la tutela di un segreto industriale, pur costituendo un’ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla L. n. 241/1990, trova un limite in relazione agli interessi di un concorrente ad accedere agli atti della procedura necessari alla sua difesa in giudizio, essendo questi ultimi prevalenti su quello alla riservatezza dei partecipanti” (Tar Milano sentenza 745 del 2020);
 - ai sensi del comma 6 dell’articolo 53 del d.lgs. 50 del 2016 (“In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), e’ consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”), il diritto di accesso, difatti, prevale in ogni caso sulle esigenze di segretezza tecnica o commerciale (cfr. Tar Palermo sentenza 1916 del 2018); e la ratio di tale disposizione appare coerente con il principio di buona fede, dovendo supporre che con la partecipazione a una procedura selettiva concorsuale con evidenza pubblica la parte coerentemente consenta che gli elementi della propria offerta oggetto di valutazione comparativa siano accessibili ai concorrenti per verificarne la correttezza in giudizio in ossequio all’articolo 24 della Costituzione (cfr. Tar Napoli sentenza 4019 del 2020: “la partecipazione alle gare di appalto implica la tacita accet-

tazione delle regole di trasparenza, imparzialità e par condicio che naturalmente valgono a conformarne l'iter; la decisione di partecipare, infatti, implica in nuce e ab initio la volontà di consentire il pieno disvelamento della domanda di partecipazione, delle caratteristiche della offerta formulata e financo di quelli che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali (in quest'ultimo caso, beninteso, allorquando ciò si renda necessario per l'esperimento di un'azione giurisdizionale avverso gli atti della procedura, a mente del citato art. 53, comma 5, lett. a), e comma 6)");

- sussiste pertanto l'obbligo dell'Amministrazione di ostendere gli atti richiesti;

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara sent. 9 febbraio 2023 n. 85 (est. Ianigro)

Vincolo indiretto di tutela monumentale - Contenuto prescrittivo - Tutela delle caratteristiche fisiche e culturali - Bene storico principale - Intero spazio circostante - Continuità storica tra monumenti ed insediamenti - Inclusione nell'area vincolata - Mero rapporto di continuità fisica dei terreni - Irrilevanza - Fissazione dell'ampiezza del vincolo - Potere dell'Amministrazione - Discrezionalità tecnica - Insindacabilità in sede di legittimità - Eccezioni - Vizi di palese incongruenza - Illogicità macroscopica - Insussistenza di proporzionalità - Estensione del vincolo - Esigenze di protezione del bene artistico

1. Il “vincolo indiretto” di tutela monumentale non ha un contenuto prescrittivo tipico, in quanto è rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale, fino all'inedificabilità assoluta, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un vulnus ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante (cfr Cons. Stato Sez.VI n. 3354 del 6 giugno 2011).

2. Inoltre, ai fini dell'imposizione del vincolo indiretto, la continuità dell'area non deve essere intesa in senso solo fisico, né richiedere necessariamente una continuità stilistica o estetica fra le aree, ma può essere invocata anche a tutela della continuità storica fra i monumenti e gli insediamenti circostanti; pertanto, nel caso di una vasta porzione di territorio, di interesse paesistico, archeologico o culturale, riconducibile alla più ampia accezione di Rione come nella specie, non rileva il mero rapporto di continuità fisica dei terreni ai fini della loro inclusione nell'area vincolata.

3. Il potere discrezionale di cui l'Amministrazione dispone nel fissare l'ampiezza del vincolo indiretto finalizzato a costituire una fascia di rispetto attorno al bene archeologico oggetto di tutela diretta è sindacabile in sede di legittimità solo per macroscopica incongruenza ed illogicità.

4. Costituisce ius receptum che l'atto di imposizione di un vincolo ambientale costituisce estrinsecazione della discrezionalità tecnica della Soprintendenza. Ne consegue che può ritenersi illegittima solo la valutazione che, con riguardo alla concreta situazione, possa ritenersi manifestamente

illogica, o sia del tutto non plausibile, e non anche una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole, ovvero la valutazione che sia basata su un travisamento dei fatti o che sia carente di motivazione, nonché anche per l'insussistenza di un'obiettiva proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse artistico.

(omissis)

1. Con ricorso iscritto al n. *(omissis)*, *(omissis)* e *(omissis)* quali coniugi residenti in Pescara, e *(omissis)* quale amministratore unico della *(omissis)*, rispettivamente proprietari di due villini ed annessi fabbricati minori demoliti, risalenti agli anni '30-40 del secolo scorso, ricompresi nella zona B1 di Conservazione ove ai sensi dell'art. 25 n.t.a. è ammessa la demoricostruzione degli edifici nel rispetto del tessuto e delle tipologie esistenti, premesso di aver proposto innanzi a questo T.a.r. ricorso iscritto al n.r.g. 361/2018 avverso il provvedimento del 4.09.2018 di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 130/2017 rilasciato con il parere favorevole del 12.07.2016 della Soprintendenza per la realizzazione di un edificio residenziale con più appartamenti, impugnavano, chiedendone l'annullamento, il successivo provvedimento, pubblicato a far data dal 7.03.2019 sull'Albo Pretorio del Comune di Pescara, con l'allegata relazione storico artistica, con cui la Soprintendenza sottoponeva a tutela indiretta ex art. 45 d.lgs. 42/2004 tutta l'area urbana del Comune di Pescara della estensione di m.q. 280.000 denominata Rione Pineta.

A sostegno del ricorso deducevano i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e/o erronea e/o falsa applicazione degli artt. 45,142,144 d.l.g. n. 42/2004, eccesso di potere per errore nei presupposti e sviamento;

La tutela c.d. indiretta si caratterizza per avere una funzione servente rispetto alla salvaguardia dell'interesse storico-artistico connotato al bene principale tutelato ex lege n.1089/1939 che nella specie si identifica con l'immobile denominato Ex Aurum con annesso Kursaal dichiarato di interesse culturale con decreto del 10.05.1999. In realtà, come si ricava dal contenuto della scarna relazione storico artistica, le prescrizioni contenute nel provvedimento impugnato, non attengono alle distanze, alle misure o alla tutela dell'integrità del predetto bene, o ad ipotetici danni alla prospettiva o della luce, per cui l'unica finalità desumibile attiene alla necessità di non vedere alterate le condizioni di ambiente e di decoro nonché il contesto dell'ex Aurum. Detto immobile dichiarato di interesse culturale nella situazione in esame è stato utilizzato in modo improprio come pretesto per sottoporre a tutela non un'area circoscritta, bensì un'area vasta della estensione di ha 28 - che interessa 136

immobili oltre gli 8 assoggettati a tutela diretta e 22 vincolati nel pr.g. nella zona A2 - le cui caratteristiche prescindono dalla presenza al suo interno del predetto bene. Il vincolo indiretto in argomento viene imposto senza tener conto che la coesistenza di interessi storici artistici e la salvaguardia di fattori naturalisti richiede il ricorso alla pianificazione paesaggistica con la concertazione istituzionale e la partecipazione dei soggetti interessati e delle associazioni portatrici di interessi diffusi.

2) Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, violazione dei criteri e principi di proporzionalità e ragionevolezza, contraddittorietà tra più atti, errore nei presupposti, illogicità;

L'immobile ex Aurum con annesso Kursaal progettato nel 1910 come lido dell'economia balneare pescarese, venne di seguito arricchito con un'aggiunta a ferro di cavallo destinata ad ospitare il liquorificio che gli ha conferito il nome e che è stata ultimata nella metà degli anni '30. Sebbene il complesso in questione rivesta "interesse particolarmente importante", tuttavia, non essendo paragonabile ad un complesso di epoca romanica o rinascimentale, è evidente l'assoluta carenza di proporzionalità tra le caratteristiche, il pregio e la natura del bene tutelato e l'estensione dell'area oggetto del provvedimento impugnato. Il principio di proporzionalità è rispettato solo laddove la scelta dell'amministrazione consegue l'obiettivo assicurando il minor sacrificio possibile degli interessi privati attinti tale da poter essere sostenibile secondo un criterio di adeguatezza.

Nella specie la scelta non è necessaria, perché le aree oggetto di tutela indiretta si trovano ad una tale distanza dal complesso ex Aurum da risultare ininfluenti e spesso sono caratterizzate da edifici privi di qualsiasi pregio molti dei quali risalenti al periodo post bellico fino agli anni '90, le aree dove sono collocati gli immobili dei ricorrenti sono a 200 metri dal complesso predetto, e sono divise dal medesimo da ben due isolati occupati da più fabbricati. Inoltre nella motivazione solo apparente nulla si chiarisce circa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per i 136 privati gravati dal vincolo, sulle ragioni di un'estensione così ampia e sulla inadeguatezza degli strumenti già esistenti ai fini della tutela del valore ambientale dell'area. Oltretutto la descrizione dell'area contenuta nella relazione fornisce un quadro che non riproduce fedelmente la realtà dello stato dei luoghi dal momento che la presenza di giardini e rigogliose piantumazioni non giustifica l'imposizione del vincolo de quo. Con la comunicazione di avvio del procedimento del 17.10.2018 si preannunciava che sarebbero state privilegiate le opere di manutenzione e conservazione dei caratteri originari dell'impianto il che non si coniuga con

le limitazioni ben più invasive, penalizzanti e vincolanti contenute nel provvedimento impugnato.

Per tali motivi concludevano per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese di giudizio.

L'amministrazione si costituiva per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza straordinaria di discussione del 31.01.2023 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Il ricorso è infondato e va respinto come di seguito argomentato.

2.1. Nella specie, contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, dalla motivazione del provvedimento impugnato si evince chiaramente che le esigenze di tutela individuate dall'amministrazione intimata risiedono nella necessità di assicurare la salvaguardia non della sola area circostante all'immobile di interesse culturale denominato ex Aurum ed annesso Kursaal bensì dell'intero complesso urbanistico-architettonico del Rione Pineta e delle sue condizioni di prospettiva, luce visibilità, cornice ambientale e decoro. Ed infatti dalla relazione storico artistica allegata al decreto di vincolo indiretto si ricava che il Rione Pineta era nato con il piano di risanamento della zona ancora paludosa su iniziativa del cognato di Gabriele D'Annunzio, l'ing. Antonio Liberi, ispirato al modello della "città giardino" di Ebenezer Howard, si era sviluppato per singoli lotti a partire dai primi decenni del '900 e si era incrementato attraverso la costruzione di edifici conformati a villino isolato di alto valore storico ed architettonico, gran parte dei quali riconosciuti di interesse culturale, mentre il fulcro del Rione è concentrato intorno ad un ex liquorificio denominato "Aurum" risalente al 1910, ed ora sede degli Archivi di Stato, che costituisce il polo culturale d'eccellenza della città, ed è stato vincolato con decreto del 10.05.1999. La relazione storico artistica ha evidenziato nelle premesse che l'avvio del procedimento di imposizione del vincolo indiretto in questione era scaturito da recenti interventi edilizi incongrui, consentiti dal piano regolatore di Pescara, tesi allo sfruttamento massimo di superfici e volumi, con tipi e forme architettoniche "alloctone" che sono stati causa di profonde ferite nel tessuto edilizio ed urbano del Rione Pineta.

Con la procedura oggetto di esame, pertanto, è stata individuata un'area costituita da una maglia regolare di lotti caratterizzati, oltre che dalla presenza di villini liberty, in buona parte ancora conservati, da un'edilizia diffusa che ha nella quasi totalità mantenuto quell'equilibrato e attento rapporto tra edificazione e lotto di pertinenza alla base del progetto di Liberi, valorizzato da un sistema viario segnato ancora da doppi filari di pini, e, in alcuni casi, da aiuola centrale caratterizzata da siepi e vari filari di pini, onde garantire, rispetto

all'edificato, ed allo stesso sistema viario, di arredo e verde esistenti, un vaglio puntuale degli interventi futuri secondo le prescrizioni d'uso.

2.2. Tali essendo le compiute e dettagliate argomentazioni poste a sostegno dell'atto gravato, le doglianze poste a base del ricorso non persuadono dal momento che alcuna violazione del principio di proporzionalità può ravvisarsi nella sottoposizione a vincolo di un'area vasta dal momento che la volontà espressa dall'amministrazione risiede nella necessità di preservare l'intero tessuto e disegno urbanistico della zona come originariamente concepito nel progetto c.d. Liberi.

E nemmeno può ravvisarsi il dedotto deficit di motivazione rispetto all'inadeguatezza degli strumenti urbanistici esistenti avendo la Sovrintendenza chiaramente affermato di voler salvaguardare il contesto sottoposto a tutela da interventi incongrui assentiti sulla base della strumentazione urbanistica del Comune di Pescara ritenuti non coerenti né rispondenti alla necessità di lasciare inalterato lo stile e l'impianto architettonico della zona.

Per tali ragioni, nemmeno assume rilievo dirimente di per sé sola la circostanza che gli immobili di pertinenza siano dislocati in zona poco prossima al fulcro centrale del Rione Pineta, il polo culturale d'eccellenza del complesso ex Aurum, poichè, pacificamente, in *subiecta materia*, possono essere interessati da divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale.

Ed infatti il cd. "vincolo indiretto" non ha un contenuto prescrittivo tipico, in quanto è rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale, fino all'inedificabilità assoluta, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante (cfr Cons. Stato Sez.VI n. 3354 del 6 giugno 2011).

Inoltre, ai fini dell'imposizione del vincolo indiretto, la continuità dell'area non deve essere intesa in senso solo fisico, né richiedere necessariamente una continuità stilistica o estetica fra le aree, ma può essere invocata anche a tutela della continuità storica fra i monumenti e gli insediamenti circostanti; pertanto, nel caso di una vasta porzione di territorio, di interesse paesistico, archeologico o culturale, riconducibile alla più ampia accezione di Rione come

nella specie, non rileva il mero rapporto di continuità fisica dei terreni ai fini della loro inclusione nell'area vincolata.

Il potere discrezionale di cui l'Amministrazione dispone nel fissare l'ampiezza del vincolo indiretto finalizzato a costituire una fascia di rispetto attorno al bene archeologico oggetto di tutela diretta è sindacabile in sede di legittimità solo per macroscopica incongruenza ed illogicità, vizi nella specie non ravvisabili, nemmeno con riferimento alla dedotta violazione del principio di proporzionalità dato che per gli edifici è consentita anche la demolizione e ricostruzione previo parere della Soprintendenza, e per gli spazi pubblici le limitazioni derivano dalla circostanza che trattasi di aree vincolate ope legis ai sensi dell'art. 10 comma 4 del d.lgs. n. 42/2004.

Costituisce *ius receptum* che l'atto di imposizione di un vincolo ambientale costituisce estrinsecazione della discrezionalità tecnica della Soprintendenza in quanto presuppone l'espletamento di un'attività diretta alla valutazione e all'accertamento di fatti per cui, nell'effettuare le valutazioni di propria competenza, in linea di massima, l'Amministrazione può trovarsi ad applicare concetti opinabili. Ne consegue che può ritenersi illegittima solo la valutazione che, con riguardo alla concreta situazione, possa ritenersi manifestamente illogica, o sia del tutto non plausibile, e non anche una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole, ovvero la valutazione che sia basata su un travisamento dei fatti o che sia carente di motivazione, nonché anche per l'insussistenza di un'obiettivo proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse artistico.

In definitiva, alla luce di quanto sopra esposto il ricorso va respinto, e, quanto alle spese di giudizio ricorrono giusti motivi per compensarle in ragione della natura delle questioni trattate.

(omissis)

Giurisprudenza tributaria

Corte di Giustizia di secondo grado dell'Abruzzo - L'Aquila sent. 6 marzo 2023 n. 162 (rel. Marinelli)

Esenzioni ed agevolazioni IMU – Abitazione principale – Spettanza – Condizioni – Onere della prova – Incombe su chi chiede l'agevolazione

Il contribuente che fa valere il diritto al beneficio dell'esenzione dall'IMU di una unità immobiliare che assume essere destinata ad abitazione principale, è gravato dell'onere di provare non soltanto di avere la residenza anagrafica nell'unità in questione, ma anche la circostanza di vivere stabilmente ivi con la propria famiglia.

(omissis)

Il Comune di Castel di Sangro (AQ) accertava in capo alla sig.ra *(omissis)* il mancato pagamento dell'Imu per l'anno 2015, per un importo di euro 309,00=. Proposto ricorso dalla contribuente, fondato sulla circostanza che l'appartamento in questione era la sua abitazione principale e dunque si giovava delle agevolazioni di legge, la Commissione Tributaria Provinciale dell'Aquila, terza sezione, con decisione n. 594/2021 del 20 ottobre 2021, depositata il 12 novembre successivo, lo accoglieva e compensava le spese di lite. In particolare la Commissione di primo grado rilevava che “deve trovare accoglimento l'argomentazione prospettata dalla ricorrente in ordine all'inapplicabilità dell'imposta accertata dal Comune di Castel di Sangro, in ragione della circostanza che l'unità immobiliare oggetto dell'accertamento tributario da parte dell'ente impositore costituisce (in assenza di contestazioni sul punto) l'abitazione principale ed è, quindi, esentata ex art. 3, comma 2°, D.L. 12/6/2011, n. 201 (convertito nella Legge 22/12/2011, n. 214) dal pagamento della citata imposta comunale. La ricorrente ha invero rappresentato di essere anche anagraficamente residente presso l'immobile oggetto dell'accertamento e tale circostanza costituisce un presupposto ineludibile per beneficiare dell'esenzione tributaria (cfr. Cass. civ., sez. VI, 19/2/2020, n. 4166; Cass. civ., sez. VI, 9/10/2020, n. 21873)”.

L'Amministrazione comunale di Castel di Sangro proponeva appello avverso la predetta decisione, nel quale eccepiva la violazione o falsa applicazione dell'art. 13 comma 2, D.L. 12/6/2011 n. 201; la violazione dell'art. 2697 c.c.;

l'errore di fatto.

Nella specie rilevava che per abitazione principale si deve intendere l'immobile che costituisce la casa coniugale, ove cioè si realizza l'obbligo di convivenza posto dall'art. 143 c.c., e che tale prova, gravante sul richiedente l'agevolazione ex art. 2697 c.c., non era stata fornita in quanto le allegazioni della contribuente non dimostravano i propri assunti.

La contribuente si costituisce con atto di controdeduzioni nelle quali rileva la correttezza della procedura seguita dalla Commissione aquilana, ribadisce che l'onere della prova graverebbe sul Comune di Castel di Sangro, ritiene di aver compiutamente provato l'assunto di risiedere stabilmente nell'immobile in questione.

All'udienza di discussione del 23 febbraio 2023, svoltasi in modalità da remoto su richiesta delle parti stesse, sono stati ascoltati i difensori delle parti come da verbale di udienza. Quindi la questione viene decisa come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello proposto dall'Amministrazione comunale di Castel di Sangro appare fondato per i motivi che seguono.

In primo luogo l'onere della prova spetta al contribuente che chiede l'agevolazione, in virtù del principio generale stabilito dall'art. 2697 c.c., applicabile anche al processo tributario, così come stabilito da consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 26666/2021, Cass. 11566/2016, Cass. 20376/2006).

Orbene la contribuente avrebbe dovuto provare, per quanto riguarda il merito della vicenda, non soltanto di avere la residenza anagrafica nell'immobile in questione (circostanza pacifica), ma anche la circostanza di vivere stabilmente ivi con la propria famiglia. Prova che non è stata fornita, essendosi la contribuente limitata a provare di avere intestate le normali utenze domestiche, che di per sé non sono sufficienti a dimostrare in modo rigoroso la circostanza di avere stabilmente dimora in tale appartamento.

Infatti le utenze sono normalmente intestate ai proprietari anche nelle cosiddette seconde case, ma è solo la dimostrazione dei consumi (adequati e costanti) a poter dimostrare l'effettiva dimora.

Né appare aver rilievo sul caso di specie la recente sentenza della Corte costituzionale n. 209/2022 che comunque prevede sempre, ai fini dell'agevolazione, la coesistenza della dimora abituale con la residenza anagrafica, dimora abituale che nel presente giudizio non è stata provata.

Tutte le ulteriori doglianze e questioni possono ritenersi assorbite. La decisione di primo grado merita dunque di essere riformata con conferma

dell'avviso di accertamento Imu del Comune di Castel di Sangro per l'anno 2015 a carico della sig.ra Grazia Conti. Le spese del presente grado seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

(omissis)

NOTA - Esenzione IMU ed effettiva dimora

La sentenza in oggetto, pronunciata in data 23 febbraio 2023, offre l'opportunità di attenzionare i luoghi in cui l'individuo può esprimere la propria personalità, ovvero: il domicilio, la residenza e la dimora, nonché la possibilità di esaminare la recente sentenza n. 209/2022.

La vicenda da cui trae origine la fattispecie argomento di odierna disamina riguarda l'impugnazione sull'appello n. 318/2022 pronunciato dalla Commissione Tributaria Provinciale di l'Aquila, sez. II, depositato in data 08 settembre 2022 proposto dal Comune di Castel Di Sangro (AQ) contro una contribuente. Tutta la questione ruota attorno al concetto di abitazione principale e conseguente esonero dal pagamento dell'IMU e al relativo onere della prova.

Orbene, a tal fine appare opportuno partire dalla definizione che il codice civile dà di domicilio e residenza nell'art. 43 c.c. in base al quale «il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha domicilio abituale».

La norma va letta in combinato disposto con l'art. 14 Cost¹., che annovera il domicilio – da intendersi in senso lato quale abitazione (residenza); sede della attività lavorativa (domicilio in senso stretto) e dimora occasionale - tra le libertà fondamentali dell'uomo, al punto da essere definito “inviolabile” e, proprio per essere la proiezione nello spazio della persona, viene sottoposto alle stesse garanzie previste per la tutela della libertà personale; esso è infatti tutelato dalla riserva di legge e di giurisdizione nonché dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti previsti per la tutela della libertà personale. Il domicilio dunque, ha per il costituente, un significato più ampio rispetto alla

1. Art. 14 Cost. «Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali».

Approvando l'articolo 14 Cost., e ponendolo a seguito della libertà personale, l'Assemblea Costituente volle sottolineare che l'inviolabilità del domicilio godeva – e gode ancora – della medesima tutela giuridica stabilita per la persona; ciò significa che per accedere al domicilio è necessario ottenere una previa autorizzazione motivata rilasciata dalla autorità giudiziaria, emessa nei modi e nei casi previsti dalla legge.

nozione civilistica, in quanto esso viene inteso come il luogo in cui la persona conduce la propria vita privata e come tale, al fine di tutelare la propria riservatezza, non può essere oggetto di ispezioni, perquisizioni o sequestri, se non nei casi e nei modi previsti per legge. La libertà di domicilio è riconosciuta in via generale all'individuo, quindi sia che si tratti di cittadino italiano, sia che si tratti di straniero o apolide.

Dall'articolo sopraesposto emerge come il domicilio riguardi la sfera economico-sociale del soggetto, in quanto si riferisce al luogo in cui viene stabilita la sede principale dei suoi affari e interessi – da intendersi questi ultimi, non solo con riferimento a quelli di natura strettamente economica, ma altresì personale, sociale, familiare, morale e politica -.

Secondo l'insegnamento classico consta di due elementi:

- *Quello oggettivo, in riferimento ai rapporti economici, morali, sociali e familiari che si svolgono nel domicilio; e*
- *Quello soggettivo dato dalla intenzione del soggetto di fissare in un certo luogo il centro dei propri affari o interessi.*

All'interno della siffatta categoria occorre tenere distinta la nozione di domicilio generale da quella di domicilio speciale: il primo, regolato dall'art. 43 c.c., corrisponde alla sede principale di tutti gli affari e interessi, è unico per ciascun soggetto, esempio emblematico di domicilio generico si ravvisa ogniqualvolta un libero professionista fissa il proprio domicilio presso lo studio in cui si svolge la sua attività; si possono invece avere più domicili speciali che fanno riferimento a determinati atti o affari. A stabilire ciò è l'art. 47 c.c. che dispone «si può eleggere domicilio speciale per determinati atti o affari. Questa elezione deve farsi espressamente per iscritto». Tipico esempio di domicilio eletto per uno specifico affare è la domiciliazione presso lo studio legale dell'avvocato cui si conferisce mandato per una causa; in tal caso l'elezione di domicilio è necessaria e funzionale ai soli fini dell'assistenza e della rappresentanza in giudizio.

In linea con quanto disciplinato dal codice civile e, più ampiamente con la Costituzione, l'art. 45 c.c. riconosce a ciascun coniuge il diritto di fissare liberamente il proprio domicilio indipendentemente dal luogo eletto dall'altro, in quanto «ciascuno dei coniugi ha il proprio domicilio nel luogo in cui ha stabilito la sede principale dei propri affari o interessi». La norma, modificata a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha sancito la totale uguaglianza tra i coniugi, ha superato la precedente formulazione secondo cui il domicilio della moglie corrispondeva ipso iure a quello eletto dal marito.

Essendo il domicilio il luogo in cui una persona stabilisce la sede principale dei suoi affari e interessi, si presuppone che il soggetto debba sceglierlo,

o come prevede la legge, “eleggerlo” tramite una dichiarazione espressa². La regola della elezione volontaria del domicilio subisce alcune eccezioni per tutelare alcune categorie di soggetti, in tali fattispecie il domicilio è stabilito tassativamente dalla legge. Si fa espresso riferimento all’art. 45, commi secondo e terzo c.c., inerenti le ipotesi del minore di età e dell’interdetto: per il primo è previsto che abbia il domicilio nel luogo in cui hanno residenza la famiglia o il tutore, mentre nel caso in cui i genitori siano separati o il matrimonio sia stato annullato o sciolto, ovvero ancora il caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il minore abbia il domicilio presso il genitore con cui convive; per l’interdetto, invece, il domicilio è quello del tutore. In queste due circostanze si è soliti discorrere di domicilio legale proprio per distinguerlo dal domicilio volontario che viene scelto liberamente dal soggetto. La norma in questione va letta in collegamento con l’art. 343 c.c. che prevede il domicilio del tutore quale luogo per individuare la competenza del giudice tutelare, ed è altresì applicabile all’ipotesi di nomina del tutore provvisorio dell’interdicendo di cui all’art. 424 c.c.

Il domicilio inoltre è il luogo in cui solitamente vengono inoltrate comunicazioni; quello in cui si apre la tutela ovvero la successione mortis causa, ma anche il luogo in cui viene dichiarato il fallimento dell’imprenditore.

La libertà di elezione del domicilio è riconosciuta non solo alle persone fisiche ma anche alle formazioni sociali nelle quali si svolge e si sviluppa la personalità dell’uomo (art. 2 Cost.), come per esempio associazioni, sindacati, partiti, imprese. In specie, l’art. 46 c.c. concerne il domicilio delle persone giuridiche facendolo coincidere con la loro sede legale, ovvero il luogo in cui dall’atto costitutivo, ovvero dallo statuto, risulta avere il centro amministrativo e di direzione dei propri affari³.

Ad oggi, crescente importanza sta assumendo anche il concetto di domicilio digitale, espressione utilizzata per indicare un indirizzo virtuale in

2. V. Cass. civ., Sez. V, ordinanza n. 4320 del 2021 in Italgire «l’elezione di domicilio è un atto giuridico unilaterale che spiega efficacia indipendentemente dal consenso o accettazione del domiciliatario. Ne consegue che, fino a quando non intervenga la nuova elezione con revoca della precedente, la facoltà della controparte, nei cui confronti si è eletto domicilio, di notificare validamente gli atti al domiciliatario è indipendente dalla concreta esistenza di accordo tra eleggente e domiciliatario, che attiene solo al loro rapporto interno».

3. V. Cass. civ., Sez. VI-3, ordinanza n. 36350 del 13 dicembre 2022 in Italgire «con riferimento alle persone giuridiche, l’espressione “sede amministrativa” risultante dal registro delle imprese è idonea ad esprimere sinteticamente il concetto di sede effettiva, che si identifica con il luogo deputato o stabilmente utilizzato per l’accertamento dei rapporti interni e con i terzi in vista del compimento degli affari e della propulsione dell’attività dell’ente e del quale, dunque hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente ed ove operano i suoi organi amministrativi o i suoi dipendenti».

cui un soggetto può essere rintracciato, esso sostituisce il recapito fisico per l'invio delle comunicazioni ufficiali da parte della Pubblica Amministrazione, come atti, notifiche o avvisi e coincide con un indirizzo di posta elettronica certificata⁴.

Passando ad analizzare la residenza, questa coincide, secondo il dettato dell'art. 43 c.c. con la dimora abituale del soggetto in un dato luogo, pertanto viene fatta corrispondere al luogo in cui un soggetto vive abitualmente, ovvero ove si stabilisce in modo duraturo nel tempo⁵.

Anche per la residenza la legge richiede la compresenza di due elementi:

- Elemento materiale, ossia la stabilità e durevolezza della dimora; e*
- Elemento psicologico, ovvero l'intenzione di dimorare in un determinato luogo in maniera stabile.*

Occorre peraltro tenere distinti i concetti di residenza fiscale e residenza anagrafica, posto che la prima si acquisisce se il soggetto è iscritto all'anagrafe della popolazione residente o ha residenza o domicilio in Italia per più di 183 giorni all'anno, mentre la seconda, cioè quella anagrafica, è fissata con l'iscrizione presso l'anagrafe del comune in cui si decide di dimorare abitualmente, può essere liberamente scelta rappresentando tuttavia un obbligo per i cittadini. Nell'ordinamento giuridico italiano è infatti previsto l'obbligo per tutti i cittadini di stabilire la propria residenza registrandola presso l'ufficio dell'anagrafe del comune in cui si è residenti, a seguito di detta formalità verranno effettuati dei riscontri circa la veridicità delle informazioni dichiarate per opera degli agenti della polizia locale; nel caso in cui dalla sopraddetta verifica emerga la falsità della dichiarazione, il dichiarante incorrerà nel reato penale di falso ideologico⁶. La legge sanziona chi non provvede a fissare la propria residenza poiché a questo luogo sono collegati rilevanti risvolti legali, tra i quali figurano: la scelta del medico di famiglia; l'accesso ai servizi demografici ed elettorali del comune di residenza; l'adempimento delle formalità legate alla celebrazione del matrimonio; la competenza territoriale degli uffici giudiziari e la ricezione di raccomandate e atti giudiziari.

Da quanto detto finora, emerge con chiarezza come, domicilio e residenza hanno finalità diverse, ma ciò non significa che non possano coincidere

4. Il domicilio digitale è stato reso obbligatorio dal c.d. "Decreto Semplificazioni" (D.L. 16 luglio 2020, n.76) per imprese e professionisti iscritti ad albi ed elenchi; nessun obbligo è invece previsto per i cittadini e i professionisti non iscritti ad albi o ordini.

5. M. SAIA *Residenza e domicilio: differenze anagrafiche e fiscali* in *De Quo*, 2023.

6. In particolare si tratta di dichiarare il falso tramite la compilazione di un apposito documento di residenza considerato a tutti gli effetti un atto pubblico attestante la veridicità di un fatto. Le ragioni che concretamente possono spingere i cittadini a dichiarare una residenza fittizia sono molteplici, come ad esempio per non pagare l'IMU, ovvero per avere i requisiti necessari per poter beneficiare del reddito di cittadinanza.

in un medesimo luogo. La coincidenza di questi due luoghi si desume dalla lettera del secondo comma dell'art. 44 c.c.⁷ secondo cui «quando una persona ha nel medesimo luogo il domicilio e la residenza e trasferisce questa altrove, di fronte ai terzi di buona fede si considera trasferito pure il domicilio, se non si è fatta diversa dichiarazione nell'atto in cui è stato denunciato il trasferimento della residenza». Una siffatta circostanza non è inusuale da riscontrare concretamente, specie al giorno d'oggi in cui risulta fortemente diffuso il c.d. lavoro agile, ovvero il lavoro che viene svolto da casa in modalità smart working o telelavoro, si ravvisa tale situazione quando si ricava un ufficio o uno studio in casa dove gestire la parte amministrativa della attività. In siffatto caso si realizza la concomitanza del domicilio con la residenza.

Concetto differente dal domicilio e dalla residenza è la dimora (o abitazione pura e semplice) che delinea il luogo in cui una persona soggiorna in via puramente temporanea. Ha scarso rilievo giuridico ed emerge solo allorché non sia nota la residenza, come avviene nel caso previsto dall'art. 139 c.p.c. relativo all'ordine dei luoghi in cui deve essere ricercato il destinatario della notificazione. L'esempio più classico di dimora è rappresentato dalla casa di villeggiatura al mare o in montagna, luogo in cui il soggetto soggiorna solo in un determinato periodo dell'anno.

La differenza esistente tra domicilio e residenza rileva altresì dal punto di vista fiscale, soprattutto in materia di imposte da pagare e di agevolazioni legate alla prima casa⁸. Innanzitutto appare il caso di specificare che, affinché un immobile possa essere considerato "prima casa" devono ricorrere le condizioni indicate nell'art. 1 – nota II – bis – comma 1 Tariffa Parte I allegata al D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 – Testo in materia di imposta di registro, ovvero:

- a) Che l'immobile sia ubicato nel territorio del comune in cui l'acquirente ha stabilito o stabilisca entro 18 mesi dall'acquisto la propria residenza ovvero, se diverso, in quello in cui l'acquirente svolge la propria attività o, se trasferito all'estero per ragioni di lavoro, in quello in cui ha sede o esercita l'attività il soggetto da cui dipende, ovvero, nel caso in cui l'acquirente sia cittadino italiano emigrato all'estero, che l'immobile sia acquistato come prima casa sul territorio italiano. La dichiarazione di voler stabilire la residenza nel comune dell'immobile*

7. V. Cass. civ., Sez V, ordinanza n. 32992 del 20 dicembre 2018 in ItalgIure «*ai fini dell'individuazione della residenza fiscale del contribuente deve farsi riferimento al centro degli affari e degli interessi vitali dello stesso, dando prevalenza al luogo in cui la gestione di detti interessi è esercitata abitualmente in modo riconoscibile dai terzi, non rivestendo ruolo prioritario, invece, le relazioni affettive e familiari, le quali rilevano solo unitamente ad altri criteri attestanti univocamente il luogo col quale il soggetto ha il più stretto collegamento*».

8. M. SAISA, *op.cit.*

- acquistato deve essere resa nell'atto di acquisto a pena di decadenza;*
- b) *Che nell'atto di acquisto l'acquirente dichiari di non essere titolare esclusivo, ovvero in comunione con il coniuge, del diritto di proprietà, usufrutto, uso e abitazione di altra casa di abitazione nel territorio del Comune in cui è situato l'immobile da acquistare;*
- c) *Che nell'atto di acquisto l'acquirente dichiari di non essere titolare neppure per quote, anche in regime di comunione legale su tutto il territorio nazionale dei diritti di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà su altra casa di abitazione già acquistate dallo stesso soggetto o dal coniuge con agevolazione prima casa.*

Tuttavia, ai fini dell'accesso all'esenzione dall'Imposta Municipale Propria (IMU), non è sufficiente che il contribuente vi abbia semplicemente stabilito la propria residenza, ma è altresì necessario che l'immobile sia adibito ad abitazione principale. L'abitazione principale può essere definita come "l'immobile iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente", ciò è quanto si evince nel testo della Legge di Bilancio del 2020. Qualora i membri di un nucleo familiare abbiano fissato la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel medesimo territorio comunale, le agevolazioni per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in relazione al nucleo familiare si applicano per un solo immobile. Ciò è quanto stabilito nel d.l. n. 201/2011, c.d. "Decreto Monti" finito proprio di recente sotto la lente di ingrandimento della Corte Costituzionale che, si è pronunciata con la sentenza del 13 ottobre 2022 n. 209⁹ definendo illegittimo l'art. 13, comma 2, quarto periodo, del d.l. n. 201/2011 asserendo che deve considerarsi superata la necessità di rispettare il duplice requisito della residenza anagrafica e della dimora abituale non solo per il possessore ma altresì per il suo nucleo familiare e l'esclusione di altri immobili dal perimetro delle agevolazioni. Da un punto

9, Alla pronuncia della sentenza n. 209/2022 la Corte costituzionale è giunta a seguito di una richiesta pervenuta dalla Commissione Tributaria della provincia di Napoli che ha invocato l'incostituzionalità della disposizione che esclude per entrambi i coniugi o i membri dell'unione civile, l'esenzione per l'abitazione principale nel caso in cui uno di essi abbia la residenza anagrafica in un immobile situato in un diverso Comune. La Corte ha successivamente preso in carico la questione emanando una ordinanza nella quale viene sollevato il dubbio derivante dalla previsione della residenza anagrafica e della dimora abituale, non solo con riferimento al possessore dell'immobile, ma anche al suo nucleo familiare per una verosimile violazione degli artt. 3,31 e 53 della Costituzione. Nello specifico, l'incostituzionalità potrebbe nascere dal diseguale trattamento previsto nei confronti dei *single* e delle coppie di fatto rispetto al nucleo familiare costituito da coniugi o *partner* dell'unione civile, poiché prima del matrimonio o dell'unione civile, è consentito ad ognuno dei *partner* di accedere all'esenzione della loro rispettiva abitazione principale.

di vista pratico, dunque, ai fini dell'IMU dovrà essere garantita una doppia esenzione per quei coniugi che hanno residenza in abitazioni diverse, sia se situate nello stesso comune che in comuni differenti¹⁰. In questo modo è stato ribaltato il precedente assetto regolamentare che concepiva la possibilità di applicare la doppia esenzione dal pagamento dell'IMU solo per le coppie residenti in comuni diversi, mentre per tutte quelle coppie residenti in abitazioni diverse rientranti nello stesso comune, l'esenzione sarebbe stata applicata unicamente su una delle due.

Appare chiaro come la normativa previgente trattava in modo impari e discriminatorio i nuclei familiari residenti e dimoranti in due immobili diversi situati nello stesso comune rispetto a quelli che invece risiedevano e dimoravano in comuni diversi.

Per giunta una simile situazione può essere considerato altresì incostituzionale in quanto contrario con il dettato dell'art. 31 Cost., nel quale si legge che “la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia”.

La posizione assunta dalla Corte Costituzionale appare particolarmente al passo con una società dai bisogni e dalle esigenze in continuo divenire, ciò è riscontrabile specialmente nel passaggio in cui afferma che al giorno d'oggi è sempre meno rara l'ipotesi che persone unite in matrimonio o unione civile concordino di vivere in luoghi diversi, ricongiungendosi periodicamente, ad esempio nel fine settimana, rimanendo nell'ambito di una comunione materiale e spirituale e ciò può avvenire per una molteplicità di ragioni: lavorative, di studio, familiari, personali, sociali.

È lecito dunque sperare che sulla questione, una delle più annose e dibattute nell'ambito della imposta municipale unica, sia stata messa definitivamente la parola fine. Spetterà adesso al nostro legislatore adeguarsi al nuovo indirizzo assunto dai giudici della Corte Costituzionale, anche se, a ben vedere una pronuncia di incostituzionalità – com'è quella presa ad esame – produce l'immediato effetto di disapplicazione¹¹.

Il fatto che molte persone possano approfittare della regola agevolativa per fare i furbi – non a caso vengono definiti “furbetti delle seconde case” -, dichiarando una doppia residenza quando in realtà abitano nella stessa casa, non appare un motivo sufficiente per limitare il diritto di chi dell'agevolazione ne beneficia onestamente. Dovrà dunque esser cura dei comuni competenti la

10. A. MAURO *L'importante differenza tra prima casa ed abitazione principale ai fini fiscali* in *Informazione fiscale*.

11. L. NAPOLITANO *IMU coniugi: doppia esenzione su due case legittima* in *CAF-ACLI*, 2022.

*vigilanza sulle singole situazioni dove potrebbero dar luogo a casi di abuso*¹².

*Infine, per quanto concerne l'onere della prova, in virtù del brocardo latino “probatio incumbit ei qui dicit non ei qui negat” sotteso all'interno dell'art. 2697 c.c. è il soggetto che vuole far valere un diritto in giudizio che ha l'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto, mentre chi eccepisce dovrà provare quei fatti impeditivi, modificativi o estintivi che assume verificatosi. Come correttamente richiamato dalla sentenza oggetto del presente commento, siffatto principio di diritto civile è applicabile altresì in ambito tributario, con la peculiarità che esso andrà letto in combinato con il principio proprio della materia che stabilisce che, nel caso in cui il contribuente avanzi una richiesta di rimborso è quest'ultimo a dover dimostrare l'abituale dimora nell'immobile oggetto di controversia, portando a conoscenza del comune una serie di documenti – come per esempio bollette; documentazione relativa al consumo idrico - volti a dimostrare in maniera incontrovertibile quanto affermato*¹³.

Arianna Cacchio

12. L. NAPOLITANO, *op. cit.*

13. D. DI FIORE, *Corte costituzionale e abitazione principale – sentenza n. 209 del 13 ottobre 2022 in Studio Sigauco, 2023*

III
INTERVENTI
E RASSEGNE

Motivazione della sentenza e forma della stessa

Una “singolare” decisione della Corte di Appello di L’Aquila

Principi generali in tema di motivazione della sentenza

Si ricorda, brevemente, che l’obbligo della motivazione assolve alla funzione di assicurare in concreto il perseguimento di diversi principi costituzionali in tema di giurisdizione, quali il diritto di difesa, l’indipendenza del Giudice e la sua soggezione alla legge, nonché il principio di legalità.

Ai sensi dell’art. 118, co. 1°, disposizioni di attuazione del c.p.c., la motivazione della sentenza consiste nella concisa esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. In essa debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati, e in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici (art. 118).

Risulta quindi scontata la redazione in forma scritta, integralmente a mani del Giudice; al limite, inizia a diffondersi l’inserimento di stralci documentali, ormai facilmente disponibili mediante l’utilizzo di file “pdf”, che meglio possono sostanziare o facilitare l’iter argomentativo.

Il caso di specie

La sentenza che ci riguarda (sentenza della Corte di Appello di L’Aquila n. 173/2023 del 1° febbraio 2023, relatore Alberto Iachini Bellisari, Presidente Silvia Rita Fabrizio) concerne il caso di un motociclista che, mentre percorreva con una moto da enduro uno stradello sterrato di ridotte dimensioni, avrebbe urtato contro un palo abbandonato e nascosto dall’erba, assertivamente di proprietà di una società di servizi a rete, riportandone danni.

La sentenza, che conferma le decisioni del Giudice di prime cure, negative per l’attore, peraltro riformulando la motivazione, analizza il caso sotto differenti profili.

Il primo profilo affrontato, in quanto dirimente, è quello della proprietà del palo, rilevante al fine di verificare la sussistenza di una eventuale responsabilità ex art. 2051 CC

Il Giudice esclude l’intervenuta prova della proprietà del palo in quanto un testimone, dopo aver dichiarato che sul palo vi era una targhetta recante la ragione sociale della società di servizi, ammette di non vederla sulla foto del palo che gli viene mostrata; appare quindi evidente, a detta del Giudice, che

il teste non abbia visto alcuna scritta sul palo a terra, perché di tali scritte non v'era traccia, forse essendosi il teste confuso con un palo eretto, non distante, che però non aveva causato il danno.

Il Giudice inserisce quindi, nel corpo della sentenza, e nel procedere dell'iter argomentativo di cui sopra, una serie di fotografie tese a meglio giustificare le decisioni prese, ed in particolare sia la foto del palo a terra, priva di targhetta identificativa che la foto della targhetta esibita in atti, riportante la ragione sociale della società convenuta, ma avulsa da qualsiasi contesto riconoscibile.

Inutile poi, a detta del Giudice, la prova di altro teste che, in merito alla presenza della targhetta sul palo, *“ha risposto, callidamente: Confermo che sul palo per terra vi era una targhetta che non ho letto”*

Il complesso scritto/foto rende quindi chiaro e di rapida percezione l'argomentare del Giudicante.

Ed ancora, a detta del Giudice, l'assunto dell'appellante, sulla invisibilità del palo a terra, *“cozza irrimediabilmente proprio con la foto che, unica, riproduce interamente il luogo, il cui esame, con buona pace delle compiacenti dichiarazioni dei testi, dimostra il contrario.*

Essa è la seguente: (foto in sentenza)

Se ne ricava che il palo, di chiunque fosse, era perfettamente visibile e, soprattutto, non ostruiva in alcun modo la carreggiata percorsa dal motociclista, diretta verso l'incrocio con la strada più ampia, in cui si vede raffigurata una automobile”.

Utilizzo di documentazione fotografica nella parte motiva della sentenza – considerazioni

La sentenza è supportata, quindi, anche da documentazione fotografica, che è risultata essenziale ai fini del decidere.

La motivazione risulta sicuramente più lineare e di palmare evidenza, rispetto ad una motivazione meramente scritta o, al limite, descrittiva o richiamante la documentazione fotografica presente negli atti processuali.

Ed in questa maniera la sentenza è anche autosufficiente e pienamente esplicativa del decidere.

Ci si potrebbe, al limite, chiedere se la sentenza sarebbe autosufficiente o meno, ove dalla stessa venisse stralciate la documentazione fotografica e quindi se possa esservi un vizio di motivazione per incompletezza della sola parte scritta, ma francamente mi parrebbe una speculazione inutile e fuorviante, ove si pensi che il risultato raggiunto è sicuramente positivo.

La sentenza mi ha comunque sorpreso in quanto è la prima volta che

riscontro l'inserimento di documentazione fotografica.

Mi sono anche chiesto se valesse la pena effettuare la segnalazione o se il fatto possa ritenersi relativamente scontato.

Probabilmente per un collega più giovane nulla di strano, ma io un senso di sorpresa l'ho provato e quindi mi è sembrata opportuna la presente semplice segnalazione, che non vuole avere particolari finalità, se non l'apprezzamento per la capacità di esplicitare la fattispecie materiale mediante un nuovo linguaggio comunicativo.

Del resto se, come alcuni dicono, il diritto è una scienza pratica, la chiarezza e immediatezza della comunicazione ne sono un giusto corollario.

Giuseppe Malcangi

IV
VITA FORENSE

Risultati delle elezioni per il rinnovo dei Consigli dell'Ordine abruzzesi

AVEZZANO

Presidente

Avv. Roberto Di Pietro

Segretario

Avv. Valentina Calvarese

Tesoriere

Avv. Manuela Rinaldi

Consiglieri

Avv. Mariangela Amiconi

Avv. Antonio Di Mizio

Avv. Francesca Novella

Avv. Franco Paolini

Avv. Guido Ponziani

Avv. Sandro Ranaldi

Avv. Alessandra Tarquini

Avv. Eleuterio Simonelli

CHIETI

Presidente

Avv. Goffredo Tatozzi

Segretario

Avv. Gabriella Luccitti

Tesoriere

Avv. Antonello Remigio

Consiglieri

Avv. Mario Aloè

Avv. Anna Lisa Bucci
Avv. Ivan Di Carlo
Avv. Gianluigi Di Tizio
Avv. Salvatore Mezzanotte
Avv. Fabio Vincenzo Palermo
Avv. Marta Vacca
Avv. Ester Volpe

L'AQUILA

Presidente

Avv. Luisa Leopardi

Segretario

Avv. Maurizio Capri

Tesoriere

Avv. Caterina Vignini

Consiglieri

Avv. Sabrina Altamura
Avv. Francesca Bafile
Avv. Diego Biasini
Avv. Federico Cinque
Avv. Andrea Filippi De Santis
Avv. Stefania Pastore
Avv. Francesco Rosettini
Avv. Donatella Tiberio

LANCIANO

Presidente

Avv. Antonio Codagnone

Segretario

Avv. Emanuela Minutolo

Tesoriere

Avv. Roberto Crognale

Consiglieri

Avv. Vittorio Battistella

Avv. Nicla D'Angelo

Avv. Pietro Di Ienno

Avv. Sara Frattura

Avv. Anna Ida Piccirilli

Avv. Antonella Troiano

PESCARA

Presidente

Avv. Federico Squartecchia

Vice Presidente

Avv. Daniela Terreri

Segretario

Avv. Laura Di Tillio

Tesoriere

Avv. Luca Grossi

Consiglieri

Avv. Emanuele Calista

Avv. Valentina Corcione

Avv. Roberto De Rosa

Avv. Marco Di Giulio

Avv. Stefano Gallo

Avv. Gianluca Giordano

Avv. Alba Ronca

Avv. Antonello Salce

Avv. Stefano Sassano

Avv. Claudia Tambone

Avv. Antonella Zuccarini

SULMONA

Presidente

Avv. Luca Tirabassi

Segretario

Avv. Giuseppe Giammarco

Tesoriere

Avv. Antonietta Pace

Consiglieri

Avv. Gaetano Biasella

Avv. Simona Fusco

Avv. Giovanni Mastrogiovanni

Avv. Alessandro Rotolo

Avv. Maurizia Lina Sciuba

Avv. Federica Zurlo

TERAMO

Presidente

Avv. Antonio Lessiani

Vice Presidente

Avv. Serena Monina

Segretario

Avv. Rita Capanna Piscè

Tesoriere

Avv. Gianluca Reitano

Consiglieri

Avv. Massimo Ambrosi

Avv. Mario Cheng Chi Chang

Avv. Stefania D'Addario

Avv. Franca D'Amario

Avv. Giulia Forlini
Avv. Elvio Fortuna
Avv. Stefano Franchi
Avv. Caterina Lettieri
Avv. Monica Passamonti
Avv. Nicola Rago
Avv. Gaetano Luca Ronchi

VASTO

Presidente

Avv. Maria Sichetti

Segretario

Avv. Luigi Antonio Stampone

Tesoriere

Avv. Ilaria Tesei

Consiglieri

Avv. Andrea Chierchia
Avv. Giuseppe Michele Ciccarelli
Avv. Rosario Di Giacomo
Avv. Francesco Maria Felice
Avv. Maria Luisa Palladino
Avv. Nicola Raducci

Due domande ai Presidenti dei Consigli degli Ordini abruzzesi

Il Comitato di Redazione della Rivista, in occasione del decennale della vigente Legge Professionale, aveva posto due domande ai Presidenti dei COA abruzzesi che, invece che rispondere singolarmente e personalmente, hanno elaborato, in sede di COFA un documento comune.

La neo-Presidente del COFA Maria Sichetti – alla quale giungano, da parte di PQM, le più vive felicitazioni e i più fervidi auguri per l'elezione all'importante carica – ha trasmesso il testo che di seguito pubblichiamo, ispirato ad una apprezzabilissima visione di sistema.

LA LEGGE PROFESSIONALE COMPIE 10 ANNI

Quale giudizio sulla legge professionale a dieci anni dalla sua entrata in vigore?

Quando la Legge Professionale Forense venne emanata, l'Avvocatura aveva posto da subito l'accento sulle criticità che la stessa poteva presentare nel medio-lungo termine. Di qui l'elaborazione già al Congresso di Bari, di mozioni volte a garantire rapidi interventi per migliorarla nel senso di renderla "dinamica", ossia capace di adeguarsi alle evoluzioni della società e in particolare a quelle del settore giustizia.

In generale, la legge non aveva introdotto particolari novità, si era limitata semplicemente a recepire quanto fosse già in vigore, lasciando quindi ampiamente insoddisfatte le istanze provenienti da più "angoli" dell'Avvocatura, fatto salvo qualche timido tentativo di guardare oltre.

Il riferimento è, in specie, non solo all'aggiornamento professionale obbligatorio ed alle scuole forensi, ma anche alla tematica relativa all'esercizio della professione in forma associata come previsto dall'art. 4 bis della Legge n. 247/2012.

Così ad esempio, la presenza, tra i titolari di uno studio costituito in forma societaria, di un soggetto in grado di apportare capitali, rappresenta una novità da salutare con favore, ma a condizione che la stessa sia opportunamente presidiata da idonee garanzie.

In tale ottica, nel solco della valorizzazione della funzione sociale del ruolo della professione forense, occorre, con riferimento alla tematica della

società tra professionisti, implementare le forme che mirano all'esercizio della stessa in forma associata salvaguardando l'indipendenza e la libertà dell'avvocato nello svolgimento della funzione difensiva.

A dieci anni dalla sua entrata in vigore, potremmo quindi certamente affermare che le intuizioni dell'epoca da parte dell'Avvocatura hanno, poi, trovato conferma ed oggi è sotto gli occhi di tutti che non sia più procrastinabile un intervento che modifichi radicalmente l'impianto normativo, in modo che finalmente la categoria abbia la sua *magna charta*, flessibile, moderna, compiuta, capace di rispondere alle esigenze di una professione "aperta", deputata all'assolvimento di una precipua sua funzione, che richiede competenze trasversali, che richiede anche e soprattutto un nuovo assetto organizzativo e strutturale.

In questo senso, quindi, ciò che si rende necessario, ora come allora, è un intervento rapido e secondo un cronoprogramma ben definito che consenta alle istituzioni forensi di rivolgersi ai Colleghi offrendo soluzioni alla crisi che da anni assedia l'Avvocatura.

Certamente, tutto questo dovrà svilupparsi in tempi certi, per recuperare un certo appeal dinanzi agli occhi del giovane professionista e a quelli di chi è più in avanti con l'età, funzionale a trovare lo spazio giusto per il soddisfacimento dei propri bisogni e per la realizzazione delle proprie ambizioni professionali e personali.

Quali sono gli obiettivi che il Consiglio degli Ordini Forensi d'Abruzzo intende perseguire nella consiliatura appena iniziata?

L'Avvocatura italiana, e con essa quella abruzzese, deve continuare a scrivere la propria storia e per far questo non deve smarrire il proprio ruolo, non solo politico, ma soprattutto sociale, non disperdere la dignità professionale che le è propria nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, sminuendola nell'era della comunicazione.

Riaffermare la posizione di garanzia e di tutela del diritto fondamentale alla Giustizia, nonché di protezione dei diritti e degli interessi del cittadino costituisce l'obiettivo a cui ciascun Avvocato deve guardare con rinnovato vigore.

"Se sai sei, se non sai sei in balia di altri".

Don Milani lo scrisse nella Lettera ad una professoressa, ma il monito è spendibile anche per una ipotetica "Lettera ad un Avvocato".

L'informazione e la formazione costituiscono la bussola idonea a tracciare la direzione, nonostante le incertezze: l'unica vera forma di investimento per il futuro è rappresentata dalla formazione e dall'aggiornamento profes-

sionale sempre di più ampio respiro e che valorizzi la preparazione costante e quotidiana dell'Avvocato.

Adoperarsi per una buona Giustizia, espandere il proprio sapere oltre il diritto è compito di tutti, una forma di responsabilità collettiva di tutta l'Avvocatura.

E la condicio sine qua non è l'unità, la capacità di guardare il medesimo orizzonte, nella consapevolezza che le abilità di ciascuno vengano convogliate verso una rinnovata identità.

Nella condivisione del sapere in pieno spirito collaborativo, quindi, andrà ritrovata la grande forza della nostra Avvocatura, a tutti i livelli. E da tale riflessione non può ritenersi esente la rappresentatività e il modello di *governance* dell'Avvocatura, almeno in termini di adeguatezza a fronte della necessaria maggiore incisività in ambito sia di politica istituzionale e sia di politica legislativa della nostra professione.

In tale contesto, va sottolineato come gli Ordini e i Collegi abruzzesi anche in occasione dell'ultimo congresso sono stati parte attiva nelle riflessioni sulle scelte future dell'Avvocatura, con la presentazione di numerose proposte di deliberati congressuali, poi approvate e, quindi, sarà nostro compito darvi seguito nell'esclusivo interesse dell'Avvocatura e del Nostro territorio.

Esame da avvocato: *restyling* (ma solo per il 2023)... in (trepidante) attesa della versione definitiva

Con l'art. 4-*quater* (rubricato “*Proroga della disciplina speciale dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato*”) del decreto legge 10 maggio 2023, n. 51 (conv. legge 3 luglio 2023, n. 87 in G.U. n. 155 del 5 luglio 2023) il legislatore è per l'ennesima volta intervenuto, modificandole, sulle modalità di svolgimento delle relative prove.

Prima di illustrare in cosa esattamente consiste il nuovo cimento previsto per i giovani candidati all'esercizio della professione forense (v. *infra* “Fase 3”), vale la pena di procedere ad un rapido *excursus* che fornisca un minimo di chiarezza sui vari passaggi succedutisi negli ultimi anni.

Fase 1: fino a prima della tristemente nota pandemia, l'esame da avvocato consisteva in tre prove scritte (parere civile, parere penale, atto giudiziario in diritto privato/penale/amministrativo a scelta) che potevano essere affrontate con l'ausilio dei codici annotati con la giurisprudenza e su tracce fornite dal Ministero. Superato lo scritto, il candidato doveva affrontare una prova orale su 5 materie a scelta (con almeno una processuale tra diritto costituzionale, civile, commerciale, del lavoro, penale, amministrativo, tributario, processuale civile, processuale penale, internazionale privato, ecclesiastico e dell'Unione Europea) più quella relativa all'ordinamento e alla deontologia forensi.

Fase 2: durante la pandemia, e per far fronte alle conseguenti necessità, l'esame si è trasformato, eliminando lo scritto (logisticamente non praticabile visto il pericolo di contagio) e diventando a c.d. “**orale rafforzato**”, vale a dire, composto soltanto (!?!) da 2 prove orali.

La prima (da considerarsi, sostanzialmente, sostitutiva degli scritti) era consistente in un'interrogazione di 60 minuti (da remoto) con sottoposizione al candidato di un quesito giuridico in materia civile o penale (redatto dalla Commissione) da analizzare, risolvere ed illustrare con l'ausilio dei codici annotati con la giurisprudenza (e con esito comunicato nell'immediatezza).

La seconda nella quale il candidato doveva dimostrare la conoscenza dell'ordinamento e della deontologia forense, nonché affrontare la discussione di brevi questioni relative a 5 materie a scelta (una tra diritto civile e penale, una tra diritto processuale civile e penale, e tre tra diritto costituzionale, amministrativo, tributario, commerciale, del lavoro, dell'Unione Europea, internazionale privato ed ecclesiastico) con alcune regole di differenziazione in funzione della scelta effettuata per la prima prova orale.

Fase 3 (almeno fino ad oggi: solo per l'anno 2023): dopo un primo momento nel quale era sembrato che si propendesse per una messa a regime dell'esame ad “orale rafforzato”, l'attuale Ministero della Giustizia (nell'otti-

ca di superare le “vecchie” modalità di esame, cioè quelle della Fase 1) ha introdotto (col citato d.l. n. 51/2023 e come detto solo per la sessione 2023), un “**esame sperimentale**” che si articolerà in due prove: una scritta e una orale.

La prima (scritta) consisterà nella redazione di un atto giudiziario (a scelta tra diritto civile¹⁴, penale ed amministrativo, con tracce fornite dal Ministero), ma ad oggi non c’è certezza sulla possibilità di utilizzare o meno i codici annotati (sarà probabilmente stabilito nel bando).

La seconda (orale) avrà tre fasi: risoluzione di un caso pratico (a scelta tra diritto civile, penale o amministrativo); discussione di brevi questioni su tre materie a scelta di cui una processuale (tra diritto civile, penale, amministrativo, processuale civile, processuale penale); e dimostrazione di conoscenza dell’ordinamento e della deontologia forensi.

In definitiva, rispetto al “vecchio” esame (e solo per il 2023), vengono eliminati i “temi sostanziali” e ridotte le materie dell’interrogazione orale.

Fase 4: nel vorticoso succedersi delle predette fasi, non va dimenticato che resta quiescente (ma non per questo meno valida) la “nuova” disciplina introdotta dalla c.d. “legge professionale” (legge 31 dicembre 2012, n. 247 “*Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense*” in vigore dal 2/2/2013) che ha previsto (al suo art. 46) una nuova (la quarta!) modalità di svolgimento delle prove, che, tuttavia, al momento, non è mai entrata in vigore (ed è oggetto di rinvii addirittura dal 2014, e magari lo sarà ancora con l’usuale provvedimento “Milleproroghe” di fine d’anno).

In ogni caso, tale 4^a modalità di esame innanzitutto elimina la possibilità di utilizzo dei codici annotati (nelle intenzioni del legislatore il candidato dopo laurea e pratica non dovrebbe averne bisogno) e prevede, per la prova scritta, la redazione di due pareri (civile e penale) e di un atto giudiziario su tracce del Ministero.

Nell’esame orale il candidato dovrà dimostrare di conoscere diritto civile, penale, processuale civile, processuale penale, ordinamento e deontologia forense più altre due materie a scelta dello studente (tra diritto costituzionale, amministrativo, del lavoro, commerciale, dell’Unione Europea, internazionale privato, tributario, ecclesiastico, ordinamento giudiziario e penitenziario).

In conclusione, può certamente dirsi, parafrasando l’insegnamento dell’indimenticato Eduardo, che le modalità di esame non finiscono mai.

Luigi Salciarini

14. Nel testo “coordinato” del richiamato d.l. n. 51/2023 + legge di conversione n. 87/2023 pubblicato sulla G.U. n. 155/2023 è stata dimenticata (v. a pag. 81) la parola “civile” (testualmente: “... un quesito proposto in materia scelta dal candidato tra il diritto, il diritto penale e il diritto amministrativo.”); tuttavia nel testo “non coordinato” della predetta legge (v. a pag. 4) il termine è presente (“... tra il diritto civile, il diritto penale e il diritto amministrativo.”). Non è un caso, infatti, che relativamente al primo testo (quello “coordinato”), la c.d. “avvertenza” preliminare precisa che “il testo coordinato qui pubblicato è stato redatto dal Ministero della giustizia... al solo fine di facilitare la lettura...”.