

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

II/2022

ANNO XXXIII – N. 2 – DICEMBRE 2022

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 FOGLETTI, 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:

FRANCESCO LUPPINO – GIANNI PISCIONE – STEFANO RECCHIONI – ALESSIO
RITUCCI – LUIGI SALCIARINI – ELENA VITA

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

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

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

SOMMARIO

Maria Bassino
Elena Vita pag. 9

Parte I - SAGGI

Stefano Recchioni
Note a prima lettura della disciplina della introduzione e la
trattazione della causa nello schema di decreto legislativo
di riforma del codice di procedura civile pag. 13

Luigi Salciarini
Il contenzioso condominiale: tra le tante possibili, alcune
questioni trattate dalla più recente giurisprudenza abruzzese
pag. 46

Parte II - GIURISPRUDENZA

Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice

Ricusazione - Indebita manifestazione del convincimento
da parte del Giudice. (*App. L'Aquila - ord. 17.3.2022*) pag. 97

Atto e procedimento amministrativo

Illegittimo esercizio dell'azione amministrativa – Risarcimento del danno ingiusto – Principio generale del *neminem laedere* – Individuazione del danno risarcibile – Criterio rilevante della c.d. “causalità giuridica” (*T.A.R. Abruzzo – L'Aquila – sent. 13 ottobre 2022 n. 374*) pag. 119

Comune e Provincia

Ordinanza contingibile e urgente – Interessi generali e diffusi – Tutela – Controinteressato – Individuazione – Criterio formale e sostanziale – Non necessità di notifica del ricorso - Presupposti per l'adozione di ordinanze contingibili – Situazioni di eccezionalità e di urgenza – Deviazione della tipicità degli atti amministrativi – Igiene pubblica - Assenza di gravi pericoli – Situazione fronteggiabile in via ordinaria - Illegittimità dell'ordinanza – Art. 292 del Regolamento comunale di Sanità – Non applicabilità – Maialino vietnamita – Animale da compagnia (*T.A.R. Abruzzo – Pescara - sent. 2.7.2022 n. 291*)

pag. 133

Comunione e condominio

Condominio negli edifici – Balcone c.d. “aggettante” costituente pro-lungamento della corrispondente unità immobiliare – Proprietà esclusiva del titolare di tale unità immobiliare – Sussiste – Lavori di rifacimento del rivestimento esterno della soletta dei balconi aggettanti (c.d. “frontalini”) – Inerenza dei medesimi alla facciata dell'immobile – Rilevanza decorativa della parte oggetto di intervento – Sussiste – Necessità della ripartizione delle relative spese tra tutti i condomini – Sussiste (*App. L'Aquila - sent. 10.5.2022 n. 677*)

pag. 55

Condominio negli edifici – Intervento di manutenzione straordinaria e/o di sostituzione dell'impianto di autoclave – Configurabilità di un'ipotesi di innovazione – Non sussiste – Possibilità di alcuni condomini di non partecipare alle spese ai sensi dell'art. 1121 c.c. – Non sussiste – Avvenuta approvazione del bilancio consuntivo della relativa spesa - Interesse del singolo condomino ad impugnare la precedente deliberazione assembleare di approvazione del bilancio preventivo – Non sussiste (*Trib. Pescara – sent. 6.9.2022 n. 1158*)

pag. 59

Condominio negli edifici – Impugnazione di deliberazione assemblea-re – Necessità di un preventivo confronto tra i condomini prima della convocazione – Non sussiste – Presenza in assemblea del soggetto candidato alla nomina di amministratore – Ammissibilità – Preventivo scritto presentato da parte del nominando – Disponibilità del documento presso l’ufficio dell’amministratore – Eventuale rifiuto di consegna di copia fotostatica – Irrilevanza in ordine alla validità della delibera di nomina – Riconoscimento di compenso ulteriore a favore dell’amministratore per l’attività straordinaria – Necessità di delibera assembleare – Sussiste. (*Trib. Pescara - sent. 5.4.2022 n. 428*)

pag. 62

Condominio negli edifici - Deliberazione dell’assemblea - Assimilazione al negozio giuridico - Esclusione - Eventuale natura negoziale della deliberazione dell’assemblea – Ammissibilità - Necessità in tal caso dell’unanimità dei partecipanti al condominio - Sussiste - Previsione convenzionale di limitazione dei diritti soggetti dei singoli condomini - Legittimità - Comportamenti concludenti dei condomini – Irrilevanza - Deliberazione assembleare di attribuzione di un diritto di natura reale a favore di un singolo condomino - Nullità

pag. 64

Cortile condominiale destinato a parcheggio auto - Assegnazione in via esclusiva di uno stallo a favore di un singolo condomino - Decisione assunta con una deliberazione assembleare non unanime e carente di forma scritta ad substantiam - Invalidità

pag. 64

Previsione di un diritto esclusivo d’uso su bene comune a favore di un singolo condomino - Violazione del c.d. numero chiuso dei diritti reali - Sussiste - Inammissibilità di tale attribuzione di diritto d’uso esclusivo – Sussiste (*Trib. Chieti - sent. 9.1.2023, n. 332*)

pag. 64

Condominio negli edifici – Insufficienza dell’impianto idrico ad approvvigionare l’abitazione di un singolo condomino – Delibera di diniego all’installazione di impianto di autoclave (all’interno di locale comune e a spese del singolo) – Invalidità – Richiesta da parte del singolo di autorizzazione giudiziale all’installazione – Fondatezza (*Trib. Chieti – sent. 8.3.2022 n. 116*)

pag. 77

Condominio negli edifici – Revoca dell’amministratore per c.d. “gravi irregolarità” – Necessità della preventiva convocazione dell’assemblea – Non sussiste – Rispetto dei requisiti professionali di cui alle lettere f) e g) dell’art. 71 bis disp. att. c.c. – Necessità – Mancata prova da parte dell’amministratore – Revoca del medesimo – Sussistenza delle ipotesi di gravi irregolarità espressamente previste dall’art. 1129 c.c. – Responsabilità dell’amministratore – Sussiste – Revoca del medesimo (*Trib. Vasto – sent. 12.11.2022*) pag. 79

Condominio negli edifici – Deliberazione di demolizione e ricostruzione del fabbricato ai sensi dell’art. 119 del d.l. n. 34/2020 (“decreto rilancio”), convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. normativa “superbonus 110%”) – Necessità dei quorum maggioritari qualificati previsti per l’ipotesi di innovazione (art. 1136, comma 5, c.c.) – Non sussiste – Applicazione della maggioranza agevolata prevista dal comma 9-bis del predetto art. 119 – Sussiste (*Trib. Vasto – sent.- 23.11.2021 n. 340*) pag. 84

Condominio negli edifici – Interventi di manutenzione su terrazza a livello con funzione di copertura – Equiparazione lastrico solare – Sussiste – Ripartizione delle relative spese ai sensi dell’art. 1126 c.c. – Necessità – Esclusione dalla ripartizione delle spese attinenti a parti avulse dalla funzione di copertura (*Trib. Teramo – sent.- 22-9-2022 n. 925*) pag. 87

Confisca e custodia

Confisca facoltativa - Competenza del Giudice dell’esecuzione - Abnormità. (*Trib. Pescara – decr. 9.9.2022*) pag. 109

Edilizia e urbanistica

Adozione di strumenti urbanistici – Piano demaniale marittimo comunale – Apprezzamenti di merito della P.A. – Insindacabilità in sede giurisdizionale – Deroga all’obbligo di motivazione – Osservazioni formulate dagli interessati – Apporto procedimentale – Carattere non vincolante per l’Amministrazione – Titolari di strutture ricettive - Posizione di riserva nella concessione di arenili – Principi euro-unitari di non discriminazione e di parità di trattamento – Violazione – Rinnovo di concessioni – Divieto di favorire i gestori uscenti – Concessioni in prossimità degli esercizi alberghieri – Misura di favore – Illegittimità – Previsioni di piano – Necessaria disapplicazione (*T.A.R. Abruzzo - L’Aquila - sent. 25.5.2022, n. 202*) pag. 128

Titolo edilizio - Permesso di costruire per nuova costruzione - Permesso per ristrutturazione - Differenze - Benefici fiscali – Bonus del 110% - Interesse all'impugnativa - Immobili sottoposti a tutela ex D.lgs. n. 42/2004 - Vincolo diretto - Dichiarazione di interesse culturale - Aree intere - Differenza - Interventi di demolizione e ricostruzione - Limitazioni - Insussistenza - Passaggio in decisione della causa - Modifica normativa sopraggiunta e c.d. Decreto-Bollette - Irrilevanza ai fini del decidere (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 24 maggio 2022 n. 208*)

pag. 143

Giurisdizione civile

Giurisdizione civile – Giurisdizione ordinaria e amministrativa – In genere – Azione del titolare di concessione demaniale marittima avverso l'incameramento di manufatti amovibili insistenti sull'area demaniale e di restituzione della parte del canone concessorio determinati per effetto di tale incameramento – Giurisdizione del giudice ordinario – Susistenza – Fondamento (*App. L'Aquila - sent. 21.4.2022*)

pag. 92

Giustizia amministrativa

Atti processuali di parte – C.d. venire contra facta propria – Invalidità della difesa – Vizio di dolo generali *seu praesentis* – Controllo d'ufficio del Giudice – Principio di buona fede processuale – Contrasto - Appalto di servizio di refezione scolastica - Rapporto di avvalimento – Esecuzione diretta del contratto di appalto – Avvalimento formativo – Ammissibilità - Annullamento dell'aggiudicazione – Declaratoria di inefficacia del contratto di appalto – Subentro della nuova aggiudicataria - Verifica di anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante – Prestazioni rese dalla precedente aggiudicataria – Salvezza (*T.A.R. Abruzzo – Pescara – sent. 11.5.2022 n. 188*)

pag. 147

Maltrattamenti in famiglia

Maltrattamenti in famiglia - Abitualità della condotta –
Necessità (*Trib. Teramo - sent. 6.10.2022*) pag. 100

Sequestro penale

Sequestro preventivo finalizzato alla confisca - Ammini-
strazione dei beni sequestrati (art. 104 bis disp.att. c.p.p.)
- Competenza del giudice che dispone il sequestro (*Trib.
Chieti - decr. 12.9.2022*) pag. 103

Fallimento società di persone – procedimento penale – con-
testazione reati tributari – sequestro preventivo beni appa-
rtenenti ai soci – istanza di dissequestro proposta dalla cura-
tela – rigetto – prevalenza della confisca obbligatoria sulle
ragioni creditorie del fallimento – sussiste (*Trib. Pescara
– Sezione penale – ord. 21.7. 2022 con nota di A. Ritucci*) pag. 111

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

Francesco Luppino
Autonomia contrattuale e *hardship* pag. 159

Parte IV - VITA FORENSE

Luigi Salciarini
Psicopatologia della sentenza quotidiana: il clamoroso
“fallo” della Suprema Corte. pag. 175

In copertina:

Maria Bassino



Maria Bassino nasce a Chieti nel 1902 da Adelaide Ciavolich e Agostino Bassino, avvocato e uomo politico eletto deputato nel 1921. Maria aveva tre fratelli tutti avvocati: Giacomo, Lorenzo e Augusto.

Si laurea giovanissima in Giurisprudenza a Roma dove si iscrive all'albo degli avvocati.

In Italia le donne sono state ammesse alla professione forense solo nel 1919, hanno ottenuto il diritto di voto nell'anno 1945 e sono state ammesse in magistratura nell'anno 1963.

Maria collabora inizialmente con il padre presso gli studi di Pescara e di Chieti. Si distingue subito per le sue capacità professionali. Ben presto tuttavia torna a Roma dove ha compiuto gli studi, pur continuando a mantenere intensi contatti con Chieti.

Nella capitale consegue la seconda laurea in Scienze politiche, collabora con il Prof Alberto de Stefani allora ministro delle Finanze e consegue la terza laurea in Filosofia.

Viene chiamata a far parte dell'equipe del Prof. Ottolenghi, all'istituto di medicina legale.

Difende i sovversivi davanti al Tribunale speciale del Fascismo presieduto da Guido Cristini, Il suo nome si impone all'attenzione delle cronache giudiziarie, viene definita una donna in pantaloni grazie alla sua personalità incisiva e battagliera e alla sua eccezionale preparazione.

Dopo la caduta del fascismo difende i gerarchi fascisti davanti all'Alta Corte di Giustizia. Rappresenta il Prof. Giacomo Acerbo ed anche l'ex ministro De Stefani.

Nel 1953 si candida al Senato con il partito comunista ma non raggiunge il quorum.

Continua proficuamente l'attività di avvocato, unica donna tra i grandi dell'epoca, e la sua battaglia per i diritti e per la parità di genere.

Fu la prima donna in Europa a battersi contro la pena dell'ergastolo.

Scriva per la rivista mensile di "politica, arte, scienze" Mercurio fondata e diretta dalla scrittrice Alba De Cespedes. Sulle sue pagine si avvicendarono grandi firme del mondo politico, intellettuale, letterario, artistico, musicale, cinematografico, teatrale e scientifico: Sforza, Parri, Moravia, Alvaro, Aleramo, Banti, Ginzburg, Montale, Ungaretti, Masino, Mila, Vittorini, ma anche Sartre, Hemingway e Mistral e un giovanissimo Camilleri.

Sulla rivista Mercurio fu pubblicato un articolo dell'avvocata Maria Bassino a difesa dell'ingresso delle donne in magistratura, dal titolo "la donna Magistrato".

Nel 1981 riceve la toga d'oro dall'ordine degli Avvocati di Roma.

Muore a Chieti nell'anno 1983.

Elena Vita

I
SAGGI

Note a prima lettura della disciplina della introduzione e la trattazione della causa nello schema di decreto legislativo di riforma del codice di procedura civile¹

1. Come noto, con lo schema di decreto attuativo approvato dal Consiglio dei ministri lo scorso 28 luglio², il Governo dà completa attuazione alla delega per la riforma del processo civile (legge 26 novembre 2021 n. 206), che, per quanto concerne il processo ordinario di cognizione di primo grado dinanzi al tribunale prevedeva i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) assicurare la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo;
- b) prevedere che nell'atto di citazione i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, di cui all'articolo 163, terzo comma, numero 4), del codice di procedura civile, siano esposti in modo chiaro e specifico;
- c) stabilire che nell'atto di citazione sia contenuta l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e dei documenti che offre in comunicazione, di cui all'articolo 163, terzo comma, numero 5), del codice di procedura civile;
- d) prevedere che l'atto di citazione contenga, in aggiunta ai requisiti di cui all'articolo 163, terzo comma, numero 7), del codice di procedura civile, l'ulteriore avvertimento che la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria ai sensi degli articoli 82 e seguenti del codice di procedura civile, in tutti i giudizi davanti al tribunale, fatta eccezione per i casi di cui all'articolo 86 del medesimo codice, e che la parte, sussistendone i presupposti di legge, può presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato;
- e) prevedere che nella comparsa di risposta di cui all'articolo 167 del codi-

1. Le presenti considerazioni traggono spunto, oltre che naturalmente dalla lettura delle norme dello schema di d.lgs. dalle riflessioni che ho svolto in relazione alle linee guida emergenti dalla legge delega n... del 2021 nel convegno del maggio scorso organizzato dalla fondazione *Forum Aterni* sulla incipiente riforma del processo civile. Preciso che le sommarie considerazioni che svolgerò – peraltro su un testo, come ovvio, allo stato provvisorio - saranno prevalentemente dedicate alle modifiche in tema di introduzione e trattazione della causa sino alla prima udienza. Riservo dunque a futuro, e più disteso scritto l'esame delle altre importanti modifiche ed innovazioni relative al processo ordinario di primo grado. Per un più celere esame ripoterò nel testo o in nota il contenuto delle norme articolato nello schema di d.lvo oggetto del mio esame.

2. Su cui v. le tabelle operative redatte da BUFFONE, *Riforma processo civile, le tabelle operative sui decreti attuativi*, in www.misterlex.it/doc/riforma-processo-civile-2022-tabelle/

- ce di procedura civile il convenuto proponga tutte le sue difese e prenda posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda in modo chiaro e specifico e che, ferme le preclusioni di cui all'articolo 167, secondo comma, primo periodo, del codice di procedura civile, indichi i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione;
- f) prevedere che l'attore, entro un congruo termine prima dell'udienza di comparizione, a pena di decadenza può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto e chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, del codice di procedura civile se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto, nonché in ogni caso precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, indicare i nuovi mezzi di prova e le produzioni documentali; prevedere che entro un successivo termine anteriore all'udienza di comparizione il convenuto può modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali e che entro un ulteriore termine prima dell'udienza di comparizione le parti possono replicare alle domande ed eccezioni formulate nelle memorie integrative e indicare la prova contraria;
- g) determinare i termini per le memorie di cui alla lettera f) in modo tale da permettere la celere trattazione del processo garantendo in ogni caso il principio del contraddittorio e il più ampio esercizio del diritto di difesa, se del caso anche ampliando il termine a comparire previsto dall'articolo 163-bis e il termine per la costituzione del convenuto previsto dall'articolo 166 del codice di procedura civile.

Infatti, nonostante la Commissione presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso avesse chiaramente indicato come, in realtà, l'attuale sistema delle fasi di introduzione e trattazione della causa (v. *infra*) del processo di primo grado non presentasse criticità tali da imporre o comunque sollecitare un ulteriore intervento modificativo, il legislatore delegato ha decisamente virato per la seconda opzione, pure tratteggiata, come dire, in via subordinata, dalla Commissione Luiso, che, in estrema sintesi, interviene sulla fase introduttiva del processo, anticipando quella che conosciamo e definiamo oggi "appendice scritta della trattazione" rispetto all'udienza di prima comparizione delle parti.

Perseguendo, in tal modo, l'obiettivo "di realizzare una maggiore semplicità del procedimento, al tempo stesso adottando alcune misure acceleratorie,

dirette ad assicurare la ragionevole durata del processo³. In disparte il (tutto sommato) mero *restyling* del contenuto degli atti introduttivi (citazione e comparsa di risposta: v. *infra*) rispetto all'attuale assetto del processo di primo grado, ferma restando la centralità della prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c), si inverte la scansione procedurale della trattazione scritta, alternativa (anche se ormai costituente la regola) all'esito di quella orale.

Mentre nel sistema vigente, come a tutti noto, la trattazione scritta segue sempre la prima udienza di trattazione, rendendo necessaria – solitamente – una seconda udienza (quella ex art. 184 c.p.c.) per l'esame delle richieste istruttorie loro ammissione o adizione dei provvedimenti ex art. 187 c.p.c., nello schema di d.lvo, si impone alla parti di esercitare i poteri assertivi ed istruttori in anticipo rispetto all'udienza di trattazione.

Lo scopo è ovviamente quello quindi di arrivare alla prima udienza di comparizione delle parti a trattazione sostanzialmente completa, quindi con l'auspicio che il giudice sia pronto per decidere sull'ammissione delle prove articolate ovvero per procedere nelle alternative processuali all'istruzione⁴.

Naturalmente, l'effettività della prima udienza dipende anche dall'esercizio, del pari, da parte del giudice di un articolato coacervo di poteri correttivi e collaborativi, essenziali al regolare sviluppo del processo, che, di nuovo, mentre nel sistema vigente *seguono* la celebrazione della prima udienza di comparizione, nel nuovo sistema *devono* essere esercitati prima di essa, pena la frustrazione dello scopo dell'effettività di questa prima udienza, perno essenziale su cui ruota tutto il nuovo meccanismo procedurale.

Il *fil rouge* sottostante alla disciplina posta specie in due nuove norme, che si innestano all'interno del tessuto del codice, ossia gli artt. 171 bis e 171 ter del decreto, si può compendiare la futura struttura del processo ordinario di cognizione di primo grado nella seguente sequela procedurale: introduzione della causa – trattazione scritta/ trattazione orale in udienza/ eventuale attività istruttoria / rimessione della causa in decisione , trasformazione del processo in quello “semplificato” di cognizione (art.183 bis c.pc⁵) o alternative decisorie ex artt. 183 ter e 184 - *quater* di nuovo conio.

Ovviamente, quanto appena notato è una semplificazione di attività processuali – le medesime ovviamente del rito attuale – molto articolate e alquan-

3. Relazione Commissione Luiso, consultabile in www.giustizia.it.

4. Infatti in assenza di richieste istruttorie, di causa già matura per la decisione (perché, ad esempio, solo documentale) oppure per l'inammissibilità o irrilevanza delle prove, sussistenza di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito assorbenti la decisione nel merito ecc. , il giudice è pronto per far entrare la causa nella fase decisoria.

5. Viene riscritto anche l'art.183 bis c.p.c., già dedicato nel sistema vigente alla c.d. passerella, ossia il passaggio- al ricorrere delle relative condizioni – dal giudizio ordinario a quello (ora) sommario ex art.702 bis ss c.p.c. , semplificato di cognizione (art.281 decies ss.) ora.

to complesse che però consente, forse, di potersi muovere nei meandri delle nuove regole procedurali con una qualche agilità.

In ogni caso, le modifiche hanno ovviamente richiesto il coordinamento, certo non semplicissimo, di questa trattazione scritta anticipata rispetto all'udienza (quindi attività tipiche delle parti per la fissazione del *thema decidendum* e di quello *probandum*) con l'esercizio dei poteri del giudice che, però, implicano sovente ulteriori adattamenti difensivi delle parti.

Ne risulta, come vedremo, una certa complicazione strutturale delle trattazione "integrativa", come espressamente la definisce lo schema in esame ⁶, con cumulo di questioni eterogenee che, temo, metterà a dura prova difensori e giudici a causa del serratissimo ritmo dell'art.171 ter.

Prima di esaminare la nuova trattazione è necessario però ricordare due previsioni, pur non strettamente attinenti al tema della trattazione della causa, ma che vi incidono profondamente.

La prima concerne la disciplina dell'art. 101 c.p.c.: l'art.3 comma settimo dello schema di decreto lgs., ritocca il testo vigente e per quanto qui rileva, prevede infatti che "il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

In proposito, come ben noto, con la riforma del 2009, è stata finalmente recepito e disciplinato il principio del c.d. divieto della terza via, obbligandosi il giudice, che ritenga di dover sollevare *ex officio* questioni non emerse dal contraddittorio delle parti, ad aprire - in qualunque momento del processo di primo grado - una specifica paretisi deputata alla trattazione della questione dal medesimo posta all'attenzione delle parti.

Il legislatore delegato si è dovuto porre consequenzialmente il problema di coordinare la trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza - ove naturalmente la questione sia rilevata dal giudice prima della celebrazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c.; ma, come vedremo (infra § 3), la soluzione adottata mi appare alquanto farraginoso.

La seconda concerne quella che di fatto è una correzione integrativa - ma *ab externo* della norma - del disposto dell'art. 164 c.p.c., in tema di nullità dell'atto di citazione per vizio della c.d. *editio actionis*: nel nuovo art. 283 - *quater* c.p.c viene ora espressamente disciplinata la sorte del processo - e

6. Integrative degli atti introduttivi.

cioè la definizione in punto di rito con rigetto della domanda con ordinanza - nel caso in cui, pur avendo il giudice attivato i meccanismi di sanatoria e convalidazione dell'atto di citazione nullo quanto alla *editio actionis*, l'attore non abbia ottemperato all'ordine giudiziale.

Peraltro, va affermato subito, con nettezza, che trovo riduttivo, anzi errato, apparentare la nuova disciplina della trattazione della causa a quella dell'estinto processo societario.

Comprendo che in epoca emergenziale di riduzione al minimo dell'attività nell'udienza tradizionale (v. *amplius infra*), la confermata presenza del giudice monocratico o istruttore, nei perduranti casi di collegialità⁷ sin dalla prime battute del processo, possa (erroneamente) apparire poca cosa.

Ma è questa è una sostanziale differenza fra il processo ordinario di cognizione che ci attende rispetto al cessato processo societario, in cui, come si ricorderà, la nomina del collegio e del giudice istruttore non avveniva se non a seguito di un serrato scambio di memorie difensive (artt.6 e 7 D.Lvo n. 2005 del 2003), e, soprattutto, l'udienza non era già fissata con l'atto introduttivo, ma costituiva un'entità mobile e meramente eventuale⁸, dipendendo dalla tempestiva proposizione dell'istanza di sua fissazione (art.8 D.Lvo n. 2005 del 2003).

Nella novella del 2022 – in cui il giudizio continua ad essere introdotto dal solito e rassicurante atto di citazione, l'udienza invece c'è, è fissata dalla parte istante, come vuole la tradizione dal 1940 in poi nell'atto introduttivo dalla parte ed è in riferimento a quella udienza - e non anche ad attività delle parti meramente eventuali e frutto di scelte delle parti stesse⁹ (com'era nel processo societario) - che vengono, in via predeterminata, modellati e modulati i poteri assertivi ed istruttori delle parti.

Ciò posto, che, poi, questa inversione del modulo trattativo, a seguire (oggi) o in anticipo (domani) rispetto a alla prima udienza, senza un serio e definitivo apporto di risorse umane, strutturali ed economiche, sia veramente idoneo a risolvere i molti e gravi problemi del rito civile è, ovviamente, opinabile.

Come ebbe a rilevare, con la consueta lucidità, lo stesso Luiso all'indo-

7. Salvo il coordinamento o soppressione di alcune regole di stretta procedura, per lo più superate dalla totale digitalizzazione del processo civile, quali ad esempio l'assenza di un fascicolo d'ufficio e di parte di parte cartaceo e dunque l'impossibilità di sua trasmissione, come era previsto dall'art.168 bis c.p.c. al presidente del tribunale o di sezione per la nomina del g.i.

8. Pena infatti l'estinzione del processo: art.8 comma quarto.

9. Si ricorderà che, infatti, il "botta e risposta" difensivo fra le parti dipendeva dalle stesse, che indicavano alla controparte il termine entro il quale replicare: ad esempio, quanto alla prima replica dell'attore, l'art.4 comma secondo d.lvo n.5/2003.

mani della riforma del 1990¹⁰, la reintroduzione, nel '90 appunto, dal sistema delle preclusioni non era immaginabile attendersi un'accelerazione della durata dei processi civili ma solo una razionalizzazione dell'iter procedurale, con un ordine allo sviluppo delle varie attività che, nel processo precedente, si intrecciavano confusamente.

Cosa puntualmente avvenuta e, a maggior ragione, dopo la contro-riforma del 1995.

Non servono, dunque, particolari capacità predittive per ipotizzare identica sorte alla riforma del 2022 perché, per quanto veloci, concentrate e ordinate siano le fasi di introduzione e trattazione della causa, l'inesorabile verità è che la dilatazione temporale del processo è dovuto alle fasi istruttoria e decisoria: con un conteggio forse grossolano ma, direi, pragmatico, se con la riforma – ove non sorgano impedimenti processuali vari¹¹ (v. infra) – teoricamente a poco più di quattro mesi dalla notificazione della citazione il giudice potrebbe dare ingresso alla fase istruttoria o avviare subito in decisione cause per le quali non è necessaria, è chiaro che fra la chiusura della fase di trattazione/istruzione e la sentenza potranno continuare ad intercorrere anche più anni.

Del resto, credo che tutti si sia consapevoli che non è certo sopprimendo l'udienza di precisazione delle conclusioni – come previsto nello schema qui in esame¹² - che si ridurrà la durata complessiva del processo.

10, LUISO, in CONSOLO - LUISO - SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 138

11. Ad esempio, non insorga la necessità di chiamare terzi in causa, non occorra chiamare un litisconsorte necessario pretermesso, l'attore non debba rinotificare la citazione ecc.

12. L'intera fase decisoria è stata riscritta: il nuovo art. 189 (Rimessione al collegio) per quanto concerne le cause collegiali prevede quanto segue: "Il giudice istruttore, quando procede a norma dei primi tre commi dell'articolo 187 o dell'articolo 188, fissa davanti a sé l'udienza per la rimessione della causa al collegio per la decisione e assegna alle parti, salvo che queste vi rinuncino, i seguenti termini perentori:

- 1) un termine non superiore a sessanta giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni che le parti intendono sottoporre al collegio, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'articolo 171 ter. Le conclusioni di merito debbono essere interamente formulate anche nei casi previsti dell'articolo 187, secondo e terzo comma".
- 2) un termine non superiore a trenta giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali;
- 3) un termine non superiore a quindici giorni prima dell'udienza per il deposito delle memorie di replica.

La rimessione investe il collegio di tutta la causa, anche quando avviene a norma dell'articolo 187, secondo e terzo comma.

All'udienza fissata ai sensi del primo comma la causa è rimessa al collegio per la decisione.» Viene poi inserito l'art. 275 bis : (Decisione a seguito di discussione orale davanti al collegio) Il giudice istruttore, quando ritiene che la causa può essere decisa a seguito di discussione orale, fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti termine, anteriore all'udienza, non superiore a trenta giorni per il deposito di note limitate alla precisazione delle conclusioni e un ulteriore termine non superiore a quindici giorni per note conclusionali. All'udienza il giudice istruttore fa la relazione orale della causa e il presidente ammette le parti alla discussione. All'esito della discussione il collegio pronuncia sentenza dando lettura del dispo-

Se, oggi, conclusa l'istruttoria, l'udienza di precisazione delle conclusioni viene fissata a distanza anche di un anno e più, a seconda del numero di cause assegnate al singolo magistrato (che dunque dovrà programmare per tempo le sentenze), non occorrono, di nuovo, peculiari capacità divinatorie per immaginare che stessa sorte toccherà alla reintrodotta, generale udienza di discussione, nuovo perno della fase decisoria sia per le cause collegiali che per quelle monocratiche.

Ma su ciò tornerò in altra sede.

Prima di scendere *in medias res* è opportuno, altresì, ricordare preliminarmente che, seguendo le indicazioni della delega, lo schema attua la riconversione del processo sommario di cognizione – disciplinato, come fanno tutti, dagli artt. 702 bis ss. c.p.c. – nel processo semplificato di cognizione, inserendo un nuovo capo III quater.

Nei limiti del nostro attuale ambito di esame, va dunque evidenziato come, stando per lo meno alla formulazione lettera dell'art. 281 - *decies*¹³ – che recepisce la relativa indicazione della legge delega, occorre chiedersi se, come già qualcuno prospetta, debba considerarsi “necessario” – in sostituzione quindi non meramente alternativa a quello ordinario – non solo nei casi in cui è espressamente imposto (ad es. controversie in ordine alla liquidazione dei compensi dell'avvocato) ma, appunto, anche nei casi di controversia su fatti tutti incontestati, vertente solo su questioni di diritto, ecc.

Non mi pare che la pur lapidaria formulazione dell'art. 281 *decies* (“...il giudizio è *introdotto* nelle forme del procedimento semplificato”) possa portare a concludere nel senso della obbligatorietà del nuovo rito.

sitivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del presidente del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria. Se non provvede ai sensi del secondo comma, il collegio deposita la sentenza nei

successivi sessanta giorni”. Per quanto attiene invece alle cause monocratiche, l'art. 281 *quinquies* viene riscritto in modo coordinato ai nuovi artt. 189 e 275 bis cpc: “«Art. 281-*quinquies* (Decisione a seguito di trattazione scritta o mista). Quando la causa è matura per la decisione il giudice fissa davanti a sé l'udienza di rimessione della causa in decisione assegnando alle parti i termini di cui all'articolo 189. All'udienza trattiene la causa in decisione e la sentenza è depositata entro i trenta giorni

successivi. Se una delle parti lo richiede, il giudice, disposto lo scambio dei soli scritti difensivi a norma dell'articolo 189 numeri 1) e 2), fissa l'udienza di discussione orale non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali e la sentenza è depositata entro trenta giorni”.

13. Art. 281 *decies*: “Quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un'istruzione non complessa, il giudizio è introdotto nelle forme del procedimento semplificato.”

Viceversa, come per l'attuale disciplina del processo sommario, la pacificità dei fatti (o la mera giuridicità delle questioni o semplicità del contenzioso) costituiscono solo (specifici) presupposti processuali di questo alternativo schema processuale.

Quindi, se impiegare o meno il rito semplificato, in fase di avvio della causa, è scelta discrezionale dell'attore¹⁴, assolutamente non obbligata: sicché, specie nel caso in cui la controversia non verta solo su questioni di diritto, l'istante potrà (e dovrà¹⁵, invero) ben dubitare dell'essere la causa incipienda basata su circostanze di fatto pacifiche

14. Il che è confermato, a mio parere, dall'art.... che, a modifica dell'art.183 bis vigente, affida al giudice il potere discrezionale di trasformare il processo avviato nelle forme ordinarie in quello semplificato e viceversa, al ricorrere, a parere del giudice, dei presupposti per l'applicazione dell'uno o dell'altro processo.

15. Occorre tener presente il rischio che la scelta del rito, ieri sommario, oggi semplificato potrebbe ritorcersi contro l'istante che si sia fidato della pacificità o, anche, semplicità delle vicende di causa. – e dunque non abbia formulato –. Istanze istruttorie. Come già visto accadere più volte nell'applicazione del rito sommario, il giudice – dinanzi all'insussistenza dei requisiti della pacificità dei fatti o semplicità dell'istruzione – potrebbe rifiutare il passaggio al rito ordinario, decidendo la lite in assenza di prove, coll'evidente e grave pericolo di una decisione, ovviamente di merito (con piena attitudine alla cosa giudicata sostanziale), dunque basta sulla regola dell'onere della prova, nella specie non assolto. Paradigmatica del rischio in esame è Cass. 5 ottobre 2019 n.24538 secondo cui “La valutazione, da parte del giudice, della necessità di un'istruzione non sommaria, ai fini della conversione del rito ex art. 702 ter, comma 3, c.p.c., presuppone pur sempre che le parti - e in primo luogo il ricorrente - abbiano dedotto negli atti introduttivi tutte le istanze istruttorie che ritengano necessarie per adempiere all'onere probatorio ex art. 2967 c.c., non potendosi attribuire a tale decisione la funzione di rimetterle in termini per la formulazione delle deduzioni istruttorie, che siano state omesse o insufficientemente articolate “in limine litis”. Per la Suprema Corte, dunque, ripetendo quanto statuito dal giudice di appello, “la decisione di proporre una domanda nelle forme del rito sommario, ex art. 702 bis c.p.c., è la conseguenza di una scelta processuale della parte che agisce, la quale, ha pur sempre l'onere di fornire le indicazioni di cui all'art. 163, comma 3, nn. 4) e 5). La conversione del rito, ex art. 702 ter c.p.c., comma 3, invocata dalle appellanti, si ha quando il giudice ritenga che non possa farsi luogo ad un giudizio sommario sulla scorta delle difese svolte dalle parti, tenuto conto cioè dei fatti allegati dalle parti e delle loro deduzioni istruttorie già enunciate in limine litis”. La specificità del rito sommario ex art. 702 bis c.p.c., risiede anche nella necessità che le parti, ma soprattutto il ricorrente, deducano negli atti di costituzione tutte le istanze istruttorie che ritengono di formulare per adempiere al loro onere probatorio ex art. 2697 c.c.. Solo attraverso le concrete allegazioni del *thema decidendum* e *probandum* delle parti il giudice può, infatti, valutare nell'ambito di quel processo se la causa possa o meno essere decisa con una istruzione sommaria e in caso di valutazione negativa disporre il mutamento del rito ex art. 702 ter c.p.c.. Inoltre, “se la valutazione del *thema decidendum* e delle “prove” dedotte dalle parti è tale da far ritenere non provata la domanda il giudice è tenuto a rigettarla, perché, sulla base delle prove dedotte, essa risulta non fondata. La valutazione in merito alla conversione del rito non può essere, quindi, condotta sulla base dell'insufficienza o dell'inidoneità delle prove dedotte a fondamento della domanda, altrimenti la conversione del rito consentirebbe di rimettere nei termini la parte ricorrente per le allegazioni istruttorie, aprendo ad ipotesi di conversione del rito determinate non dalla natura non sommaria dell'istruttoria da compiere, ma da carenze nelle deduzioni delle prove: ipotesi di conversione del rito non contemplata affatto dall'art. 702 ter c.p.c.. Infine, “tantomeno può pretendersi che, in applicazione dell'art. 702 ter c.p.c., comma 5, il giudice superi, avvalendosi dei propri poteri istruttori, eventuali carenze od omissioni probatorie. La disposizione non depone affatto per un superamento o un'attenuazione, nell'ambito del procedimento sommario, dell'onere della prova, come del principio di disponibilità delle prove (Cass. 25/11/2014, n. 4485).

*inter partes*¹⁶ (oppure di facile e pronta soluzione).

2. Vorrei qui, quindi, provare ad immaginare quali ricadute abbia sulle attività difensive appunto, anche dal lato strategico processuale, una trattazione scritta della causa anticipata all'udienza di prima comparizione, piuttosto che a seguire la medesima.

Nota infatti che in pressoché tutti i commenti, anche molto distesi, che si sono andati affastellando sulle linee guide poste dalla legge delega n.206 del 2021, l'attenzione – o meglio la preoccupazione - è concentrata sul giudice: giustamente, direi, considerato il passaggio da un sistema in cui, oggi, il giudice giunge all'udienza con le difese introduttive delle parti citazione comparse, e magari depositate, quest'ultime il giorno prima o il giorno stesso dell'udienza, e comunque nella, ormai consueta, sicura aspettativa della richiesta dei termini dell'art.183 sesto comma c.p.c.

Si passerà quindi da un sistema in cui il giudice comunque deve attendere la scadenza dell'appendice scritta della trattazione per avere delineati i *themata decidendum e probandum*, ad uno in cui il giudice si troverà, normalmente, già prima della udienza di comparizione ex art.183 c.p.c., dinanzi a ben otto atti delle parti (sempre che, ovviamente, esse siano soltanto due).

In realtà, *mutatis mutandis*, questa situazione processuale appare molto simile a quella in cui si trovi il giudice all'udienza ex art.184 c.p.c., dopo che, introdotta la causa, sviluppata la trattazione scritta, ha sul tavolo tutto il possibile materiale processuale: domande, eccezioni, contestazioni, richieste istruttorie ecc.

Grosso modo, quindi, nella riforma il beneficio temporale deriva sostanzialmente dalla soppressione della distinzione dell'udienza di prima comparazione rispetto a quella ex art.184 c.p.c., a valle della appendice scritta della trattazione.

Naturalmente, il dubbio comune è se sarà effettivamente possibile per il giudice arrivare “pronto” alla prima udienza di comparizione ex art.183 per introdurre la causa alla fase istruttoria in senso stretto o alle sue alternative ex art.187 c.p.c. o, addirittura, delle nuove ordinanze

16. E ciò considerando che la non contestazione che rileva è ovviamente quella nel processo e non prima o fuori del processo.

decisorie ex artt.283 ter e 283 quater c.p.c.

Non credo che si tratti, per il magistrato, di una missione impossibile, anche se mi pare francamente ottimistica la previsione dell'esercizio di alcuni poteri, peraltro essenziali per il corretto sviluppo del contraddittorio nel processo, nei ristretti termini (ovviamente, per il giudice, ordinatori) del nuovo articolo 171 bis c.p.c : ma su ciò rinvio a quanto dirò più avanti.

3. Ciò premesso, dal lato delle parti, modeste sono le innovazioni quanto agli atti introduttivi.

Lo schema, quanto all'atto di citazione, si limita a prevedere due integrazioni formali: viene inserito nel tessuto dell'art.163 comma terzo un n.3 bis che onera l'istante della "indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità , dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento"; all'interno, poi, del n.4 in cui si prevede che l'esposizione dei fatti venga fatto in "modo chiaro e specifico".

L'inciso si collega naturalmente all'ormai generalizzato principio generale – indicato espressamente nella legge delega - della chiarezza e sinteticità degli atti processuali introdotto nell'art.121 c.p.c.

Evidenzio subito che, seguendo le indicazioni della delega, l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti offerti in comunicazione pur se va effettuata in modo specifico non lo è a pena di decadenza: come nel rito vigente, insomma, le preclusioni istruttorie scatteranno più avanti, durante lo svolgimento della trattazione scritta¹⁷.

Viene poi integrato il n.7 dell'art.163 terzo comma imponendo all'attore di indicare nella citazione che oltre ai tradizionali giorno dell'udienza di comparizione, l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166 e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168-bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli articoli 38 e 167, che la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria in tutti i giudizi davanti al tribunale, fatta eccezione per i

17. Con riferimento alla legge delega rimarca il punto già BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., 27.

casi previsti dall'articolo 86 o da leggi speciali, e che la parte, sussistendone i presupposti di legge, può presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato".

Previsioni, quest'ultima, totalmente inutile¹⁸, specie nell'ottica acceleratoria della riforma e fonte solo di un'ulteriore possibile casistica di bizantine eccezioni di invalidità formale della *vocatio in ius*, in caso di mancato inserimento della citazione.

Due preliminari notazioni: in primo luogo, noto subito che a queste innovazioni di forma contenuto della citazione *non* corrisponde alcuna modifica o integrazione dell'art.164 c.p.c.¹⁹, deputata alla specifica disciplina delle nullità formali o sostanziali della citazione, che resta tal quale; ricordo che la legge delega, seguendo le indicazioni della Commissione Luiso, ha espressamente escluso che alla violazione dei principi di chiarezza e, però, sinteticità non dovesse conseguire, quale sanzione, alcuna forma di nullità o inammissibilità.

Tuttavia, come dirò meglio a breve, sul punto lo schema di decreto in esame si pone in contrasto con tale espressa indicazione della delega quando interpola il n.4 dell'art.163 – in cui il relativo mancato rigoroso rispetto dall'attore conduce alla nullità della citazione per vizio della *editio actionis* - prevedendo che i fatti a fondamento della domanda giudiziale devono essere posti in modo chiaro e specifico.

In secondo luogo, noto che la disciplina della nullità della citazione non è più riservata all'art.164 c.p.c. dovendosi ora far riferimento anche al già cennato art.183 - *quater*.

Sennonché, le ricordate integrazioni contenutistiche dell'art.163 debbono essere ricondotte ai noti schemi delle nullità per vizi della *vocatio* o della *editio actionis*.

Per quanto attiene, quindi, alla nuove indicazioni da inserire nella citazione a mente dell'integrato n.3 bis, in assenza appunto di modifica dell'art.164 c.p.c. la relativa mancanza si risolve in una mera irregolarità, quindi priva di qualunque sanzione.

Per quanto attiene al modificato n.7 dell'art.163 la mancanza delle indicazioni ivi previste rileverà quale mera vizio della *vocatio*; con

18. Analogamente già BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo*, loc.ult. cit.

19. Ad eccezione dell'ultimo comma dell'art.164 c.p.c. che allinea la previsione della fissazione della nuova udienza ai sensi del secondo comma dell'art.171 bis c.p.c.: v. *infra* nel testo.

piana applicazione, quindi, del secondo comma dell'art.164 , quindi ordine giudiziale all'attore di rinnovazione della citazione in caso di contumacia del contenuto ovvero della sua sanatoria automatica ed *ex tunc*²⁰ di integrazione a seguito della sua costituzione.

Decisamente più problematico, come anticipavo, l'innesto nel n.4 dell'art.164 c.p.c. della previsione dell'esposizione "in modo chiaro e specifico" dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni.

Come ognuno vede, il principio della chiarezza e specificità - e non - si noti - *anche* della *sinteticità* - rileva nel testo interpolato dell'art.163 quanto alla forma-contenuto della citazione e dello stesso dunque occorre tenere conto in relazione all'immodificato art.164 comma quarto che, però - va notato - sanziona di nullità la citazione ove manchi l'esposizione dei fatti di cui al numero 4, ora da articolare, però, come detto, in modo chiaro e specifico.

Di, qui, come accennavo poc'anzi, l'evidente contrasto con l'espressa e ricordata indicazione della legge delega per lo meno quanto alla chiarezza , ora invece sanzionata con la nullità per il combinato disposto fra le due norme.

Fermo ciò e *prima facie*, riservando al tema qualche più distesa riflessione in futura sede (specie quanto all'estrema e, almeno per chi scrive, disorientante vaghezza dei concetti di chiarezza, sinteticità e specificità²¹), ritengo che, in primo luogo, immutato appunto il quarto comma dell'art.164 c.p.c., si possa astrattamente legittimare l'idea di

20. Salvo ovviamente il caso della deduzione da parte del convenuto dell'insufficienza del termine per la sua costituzione.

21. Sul tema del principio di chiarezza e sinteticità , per tutti LUONGO, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in www.judicium.it passim; peraltro è singolare che la legge delega a volte si richiami ai due principi dalla legge delega come una endiadi, altra volta evoca sola la chiarezza: rimarca il punto G.G. POLI; in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Costantino, cit., 95.

Quanto alla specificità, e salva ogni più distesa riflessione in ordine al suo rapporto - comunque da ricostruire - con la sinteticità, mi pare evidente che i *conditores* ritengano necessario - come detto, a pena addirittura di nullità sostanziale della citazione - che la ricostruzione fattuale della vicenda portata all'esame giudiziale sia bastantemente dettagliata. Parrebbe quindi che la nullità della citazione possa operare, quanto al coacervo dei fatti a sostegno della domanda, a due livelli diversi: oltre l'omissione - che , classicamente , dovrebbe rilevare appunto come primaria causa di vizio della *edito actionis*, anche l'insufficiente specificità di dette allegazioni assertive primarie. Mi pare , tuttavia, che , come del resto l'assonante previsione per il convenuto dell'onere di prendere posizione sui fatti allegati dall'attore la previsione si palesi, oltre che difficilmente impiegabile, anche alquanto velleitaria, e soprattutto in contrasto con il sistema delle integrazioni previste nella trattazione anticipata dell'art.171 bis c.p.c.: v. infra nel testo.

una citazione nulla per vizio dell'*editio* solo – oltre ovviamente alla vecchia previsione dell'assenza dei fatti costitutivi - ove a difettare di chiarezza e specificità siano le allegazioni concernere i fatti di causa, non anche gli elementi di diritto su cui l'attore fonda la domanda, in ordine ai quali vale la regola generale dello *iura novit curia*²².

In ogni caso, fermo che come detto, la legge delega aveva espressamente escluso che al mancato rispetto del principio di chiarezza e specificità corrispondesse una qualche nullità, non credo che l'integrazione del n.4 possa condurre a soluzioni esegetiche diverse da quelle sinora stratificatesi a far tempo dalla legge del 1990 in ordine all'effettiva sussistenza di una nullità della citazione per vizio della *editio actionis* soltanto quanto ai diritti c.d. eterodeterminati, ossia per quei diritti per i quali l'allegazione dei fatti costitutivi è appunto indispensabile per la validità dell'atto di citazione.

Non altrettanto, secondo una soluzione ormai costantemente recepita anche dalla giurisprudenza, per i diritti cd. autodeterminati (ad es. i diritti reali) per i quali la mancata allegazione dei fatti costitutivi non rileva ai fini dell'individuazione del diritto oggetto di causa.

Ciò per dire, insomma ed in più sintetiche parole, che una citazione, relativa ad un diritto autodeterminato, che sia confezionata, quanto agli aspetti assertivi fattuali, in modo (ieri) omissivo, (domani) anche non chiaro e specifico non potrà mai dichiararsi nulla ai sensi dell'art.164 comma quarto c.p.c.

Ma altrettanto credo debba dirsi – e specie quanto alla nuova scansione processuale della novella - quanto ad una citazione relativa ad un diritto eterodeterminato in cui l'allegazione dei fatti non sia chiara e specifica.

Perdonerò il paziente lettore la divagazione sistematica, ma la giustificazione dell'assunto che precede impone di ricordare come, differentemente da quanto pur ancora di sovente sostenuto, con le riforme a far tempo dalla novella del 1990, pur reintrodotte le c.d. preclusioni, non è stato altresì affatto inserito, per lo meno nella sua versione pura, nel nostro sistema processuale il principio di eventualità²³.

22. Come ricordava ancora LUISO, *La riforma del processo civile*, cit., 93

23. Impossibile dar conto nella presente sede del dibattito scientifico sull'*Eventualmaxime*, sicché è necessario rinviare soprattutto a LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, *Diritto processuale generale*, Milano 1993, 205 ss.

Come sempre magistralmente ricordato da Luiso ormai oltre trenta anni fa, all'indomani del varo della novella del 1990, il fatto che un sistema processuale sia basato sul principio di preclusione – ossia, in estrema sintesi, la regola secondo cui i poteri, assertivi e istruttori delle parti, devono essere esercitati *ordinatamente* entro determinate scadenze processuali, pena, appunto, la perdita o consumazione di quel potere – non implica affatto *ex se* che alle parti, per garanzia del contraddittorio, siano consentite soltanto integrazioni delle allegazioni introduttive in relazione di stretta e rigorosa dipendenza con le difese della controparte²⁴.

Se un sistema processuale, introdotto un regime preclusivo rigido o temperato, consente invece che, oltre alle asserzioni che siano conseguenza di quelle avversarie, consenta allegazioni “libere” o “concorrenti”, garantendo il diritto di ripensamento della parte, il principio di fondo non è quello di eventualità ma quello della c.d. “trattazione orale”²⁵.

Ora, se così è, ai fini del discorso in svolgimento, occorre ricordare e ribadire che in un sistema processuale, pur con preclusioni, l'atto di citazione assume il rilievo di uno scritto il cui fine è individuare l'oggetto tecnico del processo (per dirla alla tedesca, cioè, lo *Streitgegenstand*) e dunque *solo* preparatorio – e non definitivo - quanto ai fatti su cui si fonda la pretesa giudiziale²⁶, il che vuol dire che – ancorché entro scadenze specifiche – l'attore potrà allegare altri fatti rispetto a quelli esposti nella citazione.

Si tratta cioè appunto di allegazioni “concorrenti”, come detto consentite dal principio di trattazione orale.

Che questo sarà ancora il sistema nel caso di varo della riforma esposta nel disegno di d.l. in esame discende, a mio parere, dal fatto che, a parte l'anticipazione della trattazione scritta o, *si vis*, per ripetere la, appunto significativa, terminologia dell'art.171 bis, “integrativa”²⁷,

24. Per esemplificare, è potere reattivo in dipendenza delle difese del convenuto, la proposizione di una eccezione in replica (ad es. interruzione della prescrizione) a quella (di prescrizione) del convenuto; oppure la chiamata di terzi in replica alla domanda riconvenzionale proposta dal convenuto.

25. Per l'esatto significato di questo principio, LUISO, *Principio di eventualità*, loc. cit.,

26. LUISO, op.loc.cit.

27. Il riferimento, cioè, all'integrazione – concetto relazionale - rende evidente che le memorie hanno appunto il compito di integrare, *idest* aggiungere, sostituire, porre in alternativa ecc., quanto esposto negli atti introduttivi, dunque consentendo illimitatamente il doppio potere delle allegazioni in replica (dipendenti, quindi, dalle difese della controparte e libere o occorrenti, perché frutto del *ius poenitendi*).

rispetto alla prima udienza di comparizione, comunque le parti, e per quanto qui rileva, specie l'attore, ben possano continuare ad allegare i fatti primari a prescindere dalle difese del convenuto²⁸.

Siamo, cioè, (di nuovo) in presenza proprio di quel *ius poenitendi* o *corrigendi* che si affianca al potere di reagire alle difese della controparte (principio di dipendenza)²⁹.

Ed allora, ciò posto, immutato il quarto comma dell'art.164, innanzi tutto una citazione che appaia oscura, confusionaria, contraddittoria, generica o lacunosa ecc. *quanto agli elementi di diritto o alle conclusioni* non potrà, a mio parere, dichiararsi nulla, non essendo prevista una tale invalidità e relativa sanzione e comunque operando, per gli aspetti strettamente *in jure*, il principio *jura novit curia*.

Analogamente, ove una citazione sia non "chiara e specifica", quindi oscura, confusionaria, contraddittoria, generica o lacunosa o, come prima, omissiva *in punto di fatto*, ma attenga a diritto autodeterminato, il giudice non potrà comunque dichiararla nulla e ordinare l'integrazione della medesima.

Ove, invece, la citazione pertenga a un diritto eterodeterminato e *in punto di fatto* la citazione sia oscura, confusionaria, contraddittoria, ma anche solo generica, lacunosa o omissiva, ritengo si debba distinguere a seconda che: a) ove l'attore - magari dietro la sollecitazione del convenuto che abbia eccepito la nullità per tale motivo della citazione - abbia esercitato il *ius poenitendi* nelle memorie integrative: in questo caso, ove il giudice ritenga che l'integrazione spontanea dell'attore abbia sanato la nullità originaria, si asterrà dall'impiegare i poteri correttivi dell'art. 164 quinto comma cpc; b) ove invece la carenza espositiva del n.4 dell'art.163 permanga pur dopo lo scambio delle memorie integrative, il giudice potrà e dovrà esercitare i poteri correttivi e, solo in difetto di tempestiva ed effettiva iniziativa attorea, procedere a quanto di seguito.

28. Si noti che, diversamente da quanto la Commissione Luiso aveva proposto per l'ipotesi di un processo con trattazione integrativa anticipata rispetto alla prima udienza, non è stata posta come criterio al legislatore delegato di arretrare le preclusioni assertive e, soprattutto, istruttorie (ossia obbligatoria indicazione delle prove delle quali la parte si vuole avvalere a pena di decadenza nell'atto introduttivo citazione e comparsa di risposta). E dunque, qui in linea con la *guide-line* predetta, lo schema di disegno di legge non innova il testo degli art.163 e 167, lasciando dunque meramente eventuale l'allegazione, specie istruttoria, delle prove.

29. Limpidamente, ancora LUISO, op.loc.cit. 222.

Infatti, in disparte questa, nonostante tutto, non particolarmente significativa modifica, mi pare invece di massimo rilievo l'integrazione della disciplina delle nullità per vizi della *editio actionis* che è posta ora dal nuovo art.183 quater comma primo c.p.c.

La norma (insieme all'art.183 - *ter* di nuovo conio), che a mio parere costituisce una delle più importanti, ma problematiche, novità del nuovo rito – innesta nel tessuto codicistico una nuova tipologia di ordinanza a contenuto decisorio di – testualmente - “rigetto” della domanda.

Fra le varie ipotesi - e al ricorrere comunque della doppia condizione dell'essere la controversia di competenza del tribunale relativa a diritti disponibili e su istanza di parte³⁰ - è espressamente previsto il rigetto della domanda, appunto con detta ordinanza decisoria ove sia omissso o risulti assolutamente incerto il requisito di cui all'art.163 terzo comma n. 3), e la nullità non è stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al numero 4)³¹, terzo comma del predetto articolo 163. In caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrano per tutte.

La nuova previsione risolve, dunque, ancorché parzialmente (ossia solo ove si tratti diritti disponibili, ma soprattutto vi sia espressa istanza di parte³²) l'annosa *querelle* sulla sorte del processo nel caso di perdurante nullità della citazione per vizio della *editio actionis*.

Come noto, infatti, in difetto di espressa indicazione da parte dell'art.164 due sono le tesi si contrappongono: quella dell'applicazione della regola del secondo comma dell'art.164 c.p.c. ossia l'estinzione del giudizio e quella di chi³³ invece, da sempre, propende per la definizione con pronuncia di rigetto in punto di rito della domanda non sanata.

Passando alla posizione del convenuto, la novella ritocca conse-

30. Dal che se ne dovrebbe desumere che la detta ordinanza di rigetto della domanda non sia mai pronunciabile *ex officio* dal tribunale – ma solo dietro istanza di parte – e nel caso di diritti indisponibili.

31. Come detto, integrato nel punto in cui si richiede non solo l'allegazione dei fatti, ma che la stessa avvenga in modo chiaro e specifico.

32. Il che, ovviamente, sarà la regola, non dubitando che il difensore del convenuto si affretterà, sollevata l'eccezione di nullità ad invocare l'ordinanza anticipatoria *de qua*.

33. Indicazioni nel commento all'art. 164 in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo, 2010, I, Milanofiori Assago, p.2014 s.

quenzialmente l'art.166 c.p.c. prevedendo che la sua costituzione debba avvenire non oltre settanta giorni prima dell'udienza. Specularmente a quanto previsto nel nuovo n.4 dell'art.163 c.p.c., anche l'art.167 c.p.c. viene ritoccato con l'indicazione che il convenuto nel proporre tutte le sue difese deve prendere posizione "in modo chiaro e specifico".

La previsione, per lo meno quanto alla specificità, mi pare, peraltro, pleonastica, se non addirittura "ridondante" e "velleitaria"³⁴ – così come lo era e lo è, l'analogia, risalente previsione dell'art.416 c.p.c. che notoriamente prevede che il resistente deve prendere posizione sui fatti di ricorso "in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione".

Del resto, anche dopo la modifica dell'art.167 c.p.c. degli anni 90, che ha imposto al convenuto di proporre le sue difese, prendendo posizione sui fatti allegati dall'attore, nessuno ha dubitato che la presa di posizione implichi una specifica contestazione dei fatti allegati dall'attore³⁵.

Nulla di nuovo dunque, sotto la luce del sole e, soprattutto, nulla di acceleratorio, semplificatorio *et coetera*.

4. Come detto, punto nodale dell'incipiente riforma, se l'attività di trattazione scritta della causa va svolta prima dell'udienza di comparizione, questa deve essere posta a sufficiente distanza dalla notificazione della citazione, appunto per consentire il deposito di tutti gli atti, dalla comparsa di costituzione del convenuto, alle tre memorie del nuovo testo dell'art.183 c.p.c.

Conseguenzialmente, nell'art.163 bis il termine minimo per la citazione viene elevato a 120 giorni se la notificazione va eseguita in Italia.

34. LUIISO, in CONSOLO LUIISO SASSANI, *Sub art. 167 in Commentario alla riforma del processo civile*, Miano, 1996, p.100

35. Limitandomi alla giurisprudenza, v. Cass.31837 del 2021 secondo cui "Il convenuto, ai sensi dell'art. 167, primo comma, cod. proc. civ., è tenuto, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di non contestazione a seguito della modifica dell'art. 115 c.p.c., a prendere posizione, in modo chiaro ed analitico, sui fatti costitutivi del diritto fatto valere specificamente indicati dall'attore a fondamento della propria domanda. La conseguenza è che tali fatti debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte, nella comparsa di risposta, si sia limitata, con clausola di mero stile, a contestare «espressamente ed in ogni suo punto il contenuto dell'atto di citazione» senza esprimere alcuna chiara e specifica contestazione relativa a tali fatti costitutivi e senza che, allo scopo, rilevi la, diversa, contestazione relativa al valore probatorio dei documenti dall'attore allegati alla citazione".

Se ciò era necessario, per consentire la trattazione integrativa *en marche arrière*, fra i due estremi della costituzione del convenuto e della prima udienza di comparizione delle parti, ritengo tuttavia che l'elevazione del termine a comparire di soli trenta giorni rispetto al passato sia alquanto compresso; come vedremo più avanti, infatti, specie dal lato del convenuto in questi soli 120 giorni che gli verranno assegnati dall'attore, egli potrebbe dover predisporre ben quattro atti: la comparizione di costituzione e risposta (entro, e non oltre il detto termine, pena le arcinote, classiche decadenze³⁶) 50 giorni dalla notifica della citazione, le tre memorie rispettivamente 40, 20 e 10 giorni prima dell'udienza di trattazione.

Va notata soprattutto la brevità del termine per la predisposizione della seconda memoria istruttoria (che, come vedremo, corrisponde sostanzialmente all'attuale memoria del n.2 del sesto comma dell'art.183 c.p.c.), quindi articolata in due momenti, quello assertivo e quello istruttorio.

Comprendo perfettamente che l'estensione del termine dilatorio per la *vocatio* a 180 o più giorni poteva ingenerare critiche e malumori ai fautori dell'ultra rapidità del processo, ma qualche settimana in più – specie per la individuazione e raccolta delle prove che devono assolutamente (ove non già fatto negli scritti precedenti) articolarsi o prodursi con la seconda memoria, qui sì a pena di decadenza, – sarebbe, a mio avviso, opportuno.

Abituati allo schema numerico della vigente trattazione del sesto comma dell'art.183, cioè 30-30-20, dovremo quindi sostituirlo con la nuova sequenza 40-20-10 a ritroso rispetto alla prima udienza³⁷, così come dovremo oggi riferirci alle tre memorie con non più con riferimento all'art.183 c.p.c. ma al neo introdotto art.171 - ter c.p.c.

Se, come si vede, non vi sono veri stravolgimenti rispetto al contenuto delle vecchie tre memorie istruttorie, occorre invece considerare un qualche non trascurabile appesantimento del contenuto delle tre

36. Eccezioni di rito o merito non rilevabili *ex officio*, domande riconvenzionali, istanza di chiamata di terzo.

37. Quindi, trattandosi di termini a ritroso si dovrà considerare che ove il termine scada in giorno festivo – cui, non mi pare soverchio ricordarlo, va equiparato il sabato (art.155 co.4 c.p.c)- questo è anticipato al giorno non festivo precedente: *ex multis*, Cass. ord. 26 novembre 2020 n 26900; ID. ord. 14/09/2017, n. 21335.

memorie “integrative” a causa della possibile interferenza dell’impiego da parte del giudice dei poteri del giudice oggi previsti dall’art.171 bis c.p.c.

Nell’ottica di una prima udienza quale snodo per l’apertura della fase istruttoria in senso stretto o alle sue alternative (*idest* la rimessione in decisione su una questione preliminare o pregiudiziale ex art.187 c.p.c., la rimessione totale in decisione, le nuove ordinanze decisorie ex artt.183³⁸ ter e 183 quater³⁹ c.p.c.) l’articolo 171 - *bis* – intitolato anodidamente “verifiche preliminari” infatti attribuisce al giudice quel coacervo di poteri *lato sensu* sananti che nel rito vigente vanno esercitati nella prima udienza di comparizione ex art.183 c.p.c.

Così, una volta scaduto il termine per la costituzione del convenuto ed entro quello, riterrei un po’ velleitario, di quindici giorni successivi, il giudice deve verificare la regolarità del contraddittorio e, in difetto, adottare i provvedimenti di cui agli art. 102 secondo comma,

38. Art. 183-ter (Ordinanza di accoglimento della domanda)

Nelle controversie di competenza del tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado può pronunciare ordinanza di accoglimento della domanda quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate.

In caso di pluralità di domande l’ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte.

L’ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva, è reclamabile ai sensi dell’articolo 669-terdecies e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell’articolo 2909 del codice civile, né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite.

L’ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile. In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l’ordinanza reclamata

39. Art. 183-quater (Ordinanza di rigetto della domanda)

Nelle controversie di competenza del tribunale che hanno ad oggetto diritti disponibili, il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado, all’esito dell’udienza di cui all’articolo 183, può pronunciare ordinanza di rigetto della domanda quando questa è manifestamente infondata, ovvero se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito di cui all’articolo 163, terzo comma, n. 3), e la nullità non è stata sanata o se, emesso l’ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell’esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma del predetto articolo 163. In caso di pluralità di domande l’ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte.

L’ordinanza che accoglie l’istanza di cui al primo comma è reclamabile ai sensi dell’articolo 669-terdecies e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell’articolo 2909 del codice civile, né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite.

L’ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile.

In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue davanti a un magistrato diverso da quello che ha emesso l’ordinanza reclamata.

e 107 c.p.c.⁴⁰, ordinare la sanatoria o integrazione della citazione⁴¹ o della domanda riconvenzionale del convenuto, nel caso di vizi relativi alla *vocatio in ius* o alla *editio actionis* dell'art.164 c.p.c., ovvero *ex art.* 167 secondo e terzo comma c.p.c., rinviare la causa ad altra udienza a causa della mancata bilaterale costituzione delle parti, esercitare i poteri di sanatoria dei difetti di rappresentanza e autorizzazione, *ex art.*182 c.p.c. autorizzare la chiamata in causa del terzo differendo la prima udienza, ordinare la rinnovazione della citazione al convenuto involontariamente contumace ecc..

Il problema è che, sempre nell'ottica di giungere ad una prima udienza di comparizione delle parti con un processo quanto più possibile emendato da vizi procedurali, l'art. 171 bis c.p.c. prevede che il giudice, oltre a dette verifiche in ordine ai presupposti processuali, debba indicare alle parti (aggiungerei, con ordinanza comunicata alle parti costituite) le eventuali questioni rilevabili *ex officio*, anche relative ad eventuali condizioni di procedibilità della domanda (ad es. mancato espletamento della mediazione obbligatoria) e l'eventuale possibilità di passaggio dal rito ordinario a quello semplificato di cognizione.

Se è sensato (anche se poco verosimile) che il giudice, lette la citazione e la comparsa di risposta del convenuto, nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine per la costituzione, enuclei tutte le questioni rilevabili *ex officio* e le prospetti sollecitamente alle parti costituite, onde le stesse possano affrontarle nelle tre memorie dell'art.171 bis terzo comma, occorre ricordare - come ho segnalato in apertura di indagine - però, che a mente del nuovo testo dell'art.101 c.p.c. quando il giudice rileva d'ufficio questioni deve concedere alle parti un termine fra venti e quaranta giorni, a pena di nullità, per trattare la questione.

Termini, questi, che possono non coincidere (come di norma non coincideranno temo) con quelli (40-20-10) della nuova trattazione scritta *ante* udienza.

Il (modesto) corto circuito fra le due previsioni ritengo si debba risolvere a seconda del *quando* il giudice rileva la questione: a) se in occasione delle verifiche preliminari (art.171 bis) i termini per le parti

40. Quindi ordinando la chiamata in causa del litisconsorte pretermesso o del terzo di cui ritiene necessaria la chiamata in causa

41. A seconda che il convenuto si sia costituito o meno.

sono quelli previsti dall'art.171 ter ; b) se il giudice la solleva successivamente, ad es. all'udienza di comparizione delle parti o in altra successiva, i termini saranno quelli dell'art.101 cpc.

5. Ciò posto, la previsione della trattazione dalle parti di tutto il coacervo delle “verifiche preliminari” con le memorie dell'art.171 ter c.p.c. mi sembra, però, foriero di una certa confusione, non essendo chiaro se le questioni concernenti le verifiche dette (si pensi ad esempio alla nullità di un contratto rilevata *ex officio* dal giudice) debbano essere necessariamente trattate dalle parti solo nella prima memoria ovvero lo possano essere indistintamente in alcuna delle tre.

Anche qui dipenderà dal momento in cui il giudice, scaduto il termine di quindici giorni dopo quello per la costituzione del convenuto, procederà alle “verifiche”: se cioè effettivamente nei quindici giorni successivi o comunque prima della scadenza del termine per la prima memoria di trattazione.

Occorre peraltro prevedere sin d'ora alcune complicazioni procedurali.

In disparte quella derivante dalla possibile complessità soggettiva della lite (litisconsorzio necessario o facoltativo, interventi volontari, riunione di cause separatamente proposte ecc.), una prima, facilmente ipotizzabile e, credo, non proprio infrequente, sarà quella della “tardiva” costituzione del convenuto.

In tema, peraltro, noto che dall'art.171 cpc, disciplinante la ritardata costituzione delle parti, è stato modificato con l'eliminazione, in primo luogo, dell'inciso che consente, nel sistema vigente, nel caso in cui una parte si sia costituita nei termini per essa stabiliti dalla legge, alla controparte di costituirsi successivamente “fino alla prima udienza”.

La soppressione *de qua* è stata pensata ovviamente in relazione sia alla trattazione integrativa dell'art.171 - *ter* sia quanto alle verifiche preliminari del giudice pre-udienza e alla fissazione dei termini per le memorie di cui all'art. 171-*ter*.

Ovviamente, da questo modesto *maquillage* della norma in esame non può ritrarsene addirittura il divieto per la parte, specie il convenuto, di una sua costituzione tardiva (ferma, però e naturalmente l'operare di tutte le decadenze a suo carico).

Ove a costituirsi tardivamente sia invece l'attore⁴² (ovviamente ove sia stato il convenuto a costituirsi tempestivamente e a iscrivere la causa a ruolo), la soppressione dell'inciso "sino alla prima udienza" non ha ripercussioni preclusive *ex se* ma - si noti - ovviamente l'attore, che si voglia costituire tardivamente, rischia di incorrere nelle decadenze che scattano, mano a mano, con la maturazione del triplo termine anticipato ora rispetto all'udienza di comparizione.

Simmetricamente, il terzo comma opera una modifica formale eliminando l'inciso "neppure entro tale termine", sostituendolo con "entro il termine di cui all'art. 166": dopo tale termine, come abbiamo visto, la parte dovrà essere dichiarata contumace *ex art. 171 bis c.p.c.*

Sempre a proposito della mancata - e bilaterale - mancata costituzione delle parti, immutato l'art. 307 c.p.c., va segnalato inoltre che il termine di tre mesi per la riassunzione del processo, pena la sua estinzione, decorrerà quindi dal nuovo termine per la costituzione del convenuto, quindi ovviamente non più venti giorni prima dell'udienza, ma settanta giorni prima di essa.

Passando al convenuto, specie nel caso in cui questi non abbia da proporre domande riconvenzionali, chiamate di terzo o eccezioni riservate alle parti, il convenuto potrebbe costituirsi all'ultimo momento, prima dell'udienza di comparizione, limitando la sua reazione alla contestazione delle allegazioni dell'attore.

Giunti all'udienza di comparizione, la "finestra" delle trattazioni integrative è ormai chiusa; viepiù delicata, rispetto al rito vigente, sarà dunque la possibilità di ammettere una contestazione tardiva da parte del convenuto

Consentire, infatti, di contestare i fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore - il quale dinanzi al silenzio del convenuto potrebbe non aver richiesto prudenzialmente prove a dimostrazione delle sue allegazioni assertive fino a quel momento appunto incontestati, e dunque espulsi dal *thema probandum* - implicherebbe la necessità di una restituzione in termini dell'attore cui dovrebbe consentirsi appunto di richiedere le prove per assolvere all'onere dell'art. 2697 c.c.: con inevitabile riapertura di una qualche trattazione "integrativa".

42. Notoriamente, ove la causa sia stata iscritta a ruolo dal convenuto, la costituzione dell'attore dovrà effettuarsi mediante deposito degli atti indicati dall'art. 165, esclusa, ovviamente, la nota di iscrizione a ruolo.

Pur non essendo un sostenitore del divieto di contestazioni “tardive”, mi pare che la tenuta del nuovo sistema della trattazione anticipata “integrativa” avrebbe dovuto consigliare al legislatore delegato una definitiva e chiara presa di posizione sul tema, come, del resto, previsto dalla Commissione Luiso che proponeva che la specifica contestazione dei fatti allegati dalle parti dovesse avvenire *a pena di decadenza* nel primo atto scritto difensivo successivo alla allegazione⁴³.

Salvo, dunque, ritrarre, con una qualche fantasia esegetica, *ex sistema* – vista l’anticipazione della trattazione scritta rispetto all’udienza - il divieto di contestazioni tardive, il rispetto del diritto di difesa dell’attore imporrà al giudice, in presenza di una contestazione “tardiva” del convenuto una qualche rimessione in termini per l’attore, e dunque la possibilità per lo stesso di addurre quanto meno le prove che si siano rese necessarie a seguito delle contestazioni del convenuto: anche senza scomodare la rimessione in termini dell’invariato art.153 co.2 c.p.c. il giudice, quindi potrà e dovrà – ad es. *ad instar* del subprocedimento dell’art.101 co. 2 co., nel caso di questione rilevata *ex officio* - concedere alle parti ulteriori termini per il deposito di memorie per l’articolazione delle prove dirette e contrarie relative ai fatti tardivamente contestati dall’attore.

Ma non si può escludere all’attore, pena di nuovo una problematica compressione del contraddittorio, il potere di ulteriori allegazioni asseritive, rese necessarie dalle contestazioni del convenuto.

Analoghe problematiche, infine, sorgeranno in relazione ai fatti sopravvenuti durante la causa (ad es. il pagamento da parte del debitore, totale o parziale, delle somme oggetto della domanda attorea): indubbia, direi, la loro allegabilità anche se ormai chiusa la trattazione integrativa, anche in questo caso la relativa contestazione dovrà consentire alla parte allegante di poter assolvere all’onere della prova e dunque imporrà al giudice di riaprire temporaneamente la trattazione in ordine alle allegazioni sopravvenute e relative esigenze istruttorie.

Resta da dire dei fatti secondari, o “semplici”, ossia di quei fatti o semplici (o anche indizi o fonti di presunzione) e “che entrano nel processo non in base alla loro idoneità a produrre direttamente effetti giuridici, ma in funzione della loro capacità di fungere da premessa per

43. Relazione pag.34.

inferenze logiche, che il giudice può formulare per trarne conclusioni circa la verità o la falsità di enunciati relativi a fatti principali”⁴⁴.

Allo stato, nel sistema vigente, sono invalsi due orientamenti cui, quanto ai primi, gli stessi sono suscettibili di allegazione dalle parti o comunque acquisibili anche *aliunde*, tramite attività istruttorie (ad es. la CTU, prove testimoniali, documenti) in qualunque fase del processo, specie di primo grado.

Ciò perché, stante la loro vocazione istruttoria, la relativa acquisizione anche a trattazione esaurita non pare sovvertire il sistema preclusivo oggi vigente dell’art.183 c.p.c. e dunque domani degli artt.171 bis e 171 ter c.p.c.

Analogamente a dirsi quanto a fatti “primari” relativi alle eccezioni di merito ove li si ritenga acquisibili anche *ex officio* per lo meno allo stato della questione come risultante dalle note e molto problematiche decisioni delle SS.UU. n. 6500 del 28 febbraio 2022, e n. 3086 del 1° febbraio 2022⁴⁵.

Con questa recente, e molto problematica sentenza, la Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, ammette la possibilità per il giudice di acquisire fatti primari ove a fondamento di eccezioni rilevabili *ex officio*.

Ai fini di quanto qui in svolgimento, sempre per rispetto dell’insuperabile diritto di difesa delle parti – l’allegazione *ex officio* (o, analogamente, anche da parte del CTU nei casi di consulenze di natura percipiente⁴⁶) imporrà – come ritengo sia imposto ora nel rito vigente - al giudice di concedere alle parti di poter esercitare gli ovvi ed incompressibili poteri reattivi, e dunque l’allegazione di fatti diversi ed ulteriori rispetto a quello allegato *ex officio* nonché tutte le prove rese necessarie da questo ampliamento del *thema decidendum*.

Ovviamente, questa è la struttura base del nuovo processo di primo

44. M. TARUFFO, *Le prove nel processo civile*, a cura di Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 10

45. Su cui, per un primo commento, BELLE’, *Consulenza, preclusioni e poteri del giudice. Le Sezioni Unite ed il cammino verso la decisione giusta (nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, 1 febbraio 2022, n. 3086)*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/2300-consulenza-preclusioni-e-poteri-del-giudice-le-sezioni-unite-ed-il-cammino-verso-la-decisione-giusta-nota-a-corte-di-cassazione-sezioni-unite-1-febbraio-2022-n-3086>.

46. Sul tema della CTU percipiente, *si vis*, il mio *La consulenza tecnica d’ufficio “percipiente”*, in Abenavoli (a cura di), *La responsabilità civile in chirurgia plastica*, Milano, 2021.

grado; ulteriori coordinamenti si renderanno necessari con riferimento a possibili fasi incidentali, si pensi ad es. alla sospensione dell'esecutività del decreto ingiuntivo opposto o richieste di misure cautelari in corso di causa.

Ma a tale proposito si potranno certamente continuare ad impiegare le soluzioni procedurali adottate nel sistema vigente.

6. Qualche ulteriore – e finale - riflessione sulle memorie integrative – specie circa il loro contenuto - mi pare opportuna.

Ovviamente i termini per le memorie integrative sono correlati, come abbiamo visto, dall'udienza.

In proposito occorre richiamare l'attenzione sulla doppia modifica in tema di spostamento dell'udienza da parte del giudice.

La prima concerne la soppressione del quinto comma dell'art. 168 bis c.p.c. da parte dell'art. 12 lett. g dello schema di d. lgs. : il giudice dunque non potrà più differire l'udienza indicata in citazione a mente di tale norma⁴⁷. Resta tuttavia la previsione del quarto comma dell'art.168 bis c.p.c., non modificato, per cui ove nel giorno indicato in citazione il giudice designato non tenga udienza, questa viene rimandata all'udienza immediatamente successiva tenuta dal medesimo giudice: ovviamente, però, come nel rito vigente, i termini sia per la costituzione del convenuto che per lo scambio delle memorie integrative dovranno farsi decorrere dall'udienza indicata in citazione.

La seconda, prevista dal secondo e terzo comma dell'art.171 bis , formula una triplice opzione per il giudice in relazione all'esito delle “verifiche preliminari”:

- a) ove il giudice abbia impiegato qualcuno dei poteri correttivi del primo comma della norma (ad es. abbia rilevato la necessità di integrazione del contraddittorio in ordine ad un litisconsorte necessario pretermesso, ovvero , contumace il convenuto abbia rilevata una nullità della citazione per vizio della *vocatio in iudicium*) dovrà necessariamente differire la prima udienza; e si

47. Sulla delicatezza di questa prima udienza (vieppiù rispetto a quella vigente) v. i pragmatici rilievi di COSTANTINO, *Il processo di cognizione di primo grado*, cit., 173, che nota appunto che l'automaticità della previsione dell'udienza a mente del quarto comma dell'art.168 bis c.p.c. , senza alcuna possibilità di programmazione da parte del giudice designato rende “improbabile che la trattazione della causa possa utilmente iniziare nonostante l'avvenuto scambio delle memorie integrative”.

ricordi che, stando alla lettera della norma, il differimento deve⁴⁸ essere operato anche per il caso di rilievo *ex officio* di una o più questioni;

- b) ove, invece, la verifica preliminare non abbia richiesto l'uso di poteri correttivi da parte del giudice il giudice può confermare *tout court* la data della prima udienza;
- c) ovvero potrà differirla sino ad una massimo di quarantacinque giorni.

L'ultimo comma dell'art. 171 bis prevede, quindi, che il decreto relativo alla conferma o differimento dell'udienza debba ovviamente essere comunicato alle parti.

Conseguenzialmente, il secondo comma dell'art. 171 bis prevede che ove il giudice differisca l'udienza, il triplo termine per le memorie integrative decorra, ovviamente sempre a ritroso, dalla nuova udienza fissata col detto decreto dal giudice.

Modifiche, queste, certamente necessarie, così come era ovviamente necessaria la soppressione dell'attuale possibilità (di cui al secondo comma dell'art. 163 bis cpc) per l'attore di richiedere l'autorizzazione al presidente del tribunale per l'abbreviazione dei termini per la *vocatio*, per le cause di "pronta spedizione", incompatibile con la previsione della trattazione integrativa prima, e non dopo, l'udienza di comparizione.

Non ravviso invero particolari criticità per questa soppressione, perché, per definizione, le cause ritenute dalla parte di pronta spedizione possono, più ampiamente e per definizione, beneficiare delle nuove forme del nuovo rito "semplificato" di cognizione di cui agli artt. 281 decies ss. c.p.c., sostitutivo del processo sommario degli artt. 702 bis ss. cpc

Di converso, resta la previsione per cui se il termine assegnato dall'attore eccede il minimo indicato dal primo comma, il convenuto, costituendosi prima della scadenza del termine minimo, può chiedere al presidente del tribunale che, sempre osservata la misura di quest'ultimo termine, l'udienza per la comparizione delle parti sia fissata con congruo anticipo su quella indicata dall'attore. Il presidente provvede con

48. Parrebbe obbligatoriamente visto che la norma lapidariamente prevede che il giudice *fissi* la nuova udienza non che *possa* fissarla.

decreto, che deve essere comunicato dal cancelliere all'attore, almeno cinque giorni liberi prima dell'udienza fissata dal presidente.

Ovviamente, la norma andava adeguata alla nuova trattazione integrativa pre-udienza e dunque nell'ultimo comma dell'art. 165 bis viene opportunamente previsto che, appunto nel caso di anticipazione della prima udienza i termini di cui all'art. 171 -ter decorrono dall'udienza così fissata.

Analogamente, viene eliminato il riferimento all'onere dell'attore di costituzione entro cinque giorni dalla notificazioni della citazione al convenuto nel caso, appunto, di dimidiazione dei termini ex art. 163 bis c.p.c.

Per orientarsi nel percorso delle nuove scadenze, occorre ovviamente fare riferimento a concetti e strumenti processuali ormai ben consolidati, che mantengono il loro ruolo anche nella riforma del 2022: quindi l'allegazione dei fatti primari o secondari, le domande e le eccezioni, le contestazioni, le eccezioni, specie di merito, e le richieste istruttorie costituenti e il deposito dei documenti.

Tutto questo complesso coacervo di poteri ed attività deve essere, quindi, reinquadrato alla luce di questa trattazione pre-udienza.

Ovviamente, a proposito di queste attività torna certamente utile lo schema di un processo scandito da "barriere" preclusive, distinguendo ovviamente fra le allegazioni assertive e quelle istruttorie.

Come nel sistema attuale, la prima barriera preclusiva – quindi quanto alle domande in senso stretto (principale dell'attore, riconvenzionale o di accertamento incidentale e chiamata di terzi⁴⁹) - coincide, ovviamente, con gli atti introduttivi delle parti, quindi citazione e comparso di costituzione e risposta.

Fermo quanto detto nel precedente § 3, per quanto concerne i fatti principali occorre considerare che, a differenza del vecchio rito, in cui eventuali lacune assertive rispetto alla domanda dell'attore potevano essere colmate sia nell'udienza di comparizione che, più normalmente, nella prima memoria istruttoria ex art. 183 sesto comma n. 1 c.p.c., ora l'integrazione potrà effettuarsi soltanto nella prima memoria ex art. 171 co.1 ter n.1 c.p.c.

49. Discorso diverso ritengo debba continuare a farsi quanto alla domanda ex art.34 c.p.c.: ma il tema è qui inaffrontabile.

La nuova norma, invero, ricalca pressoché pedissequamente il n.1 del sesto comma dell'art. 183 c.p.c. prevedendo che “almeno quaranta giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 183, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte. Con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta”.

Pur riferita alle parti, quindi anche al convenuto, non è inverosimile ritenere che, come accade molto spesso nel rito vigente, il convenuto non avrà particolare interesse a depositare una memoria integrativa essendosi costituito da un mese o poco più, ed avendo verosimilmente esposto tutte le sue difese avverso la citazione.

Semmai occorre chiedersi se il convenuto possa, *uno actu* (quindi con un atto che sia all'un tempo comparsa di costituzione e prima memoria ex art. 171 bis c.p.c.), approfittare della prima memoria integrativa per “costituirsi” in giudizio; ferma ovviamente la decadenza da tutte le difese qualificate dell'art. 167 c.p.c. (nonché il dubbio, già affrontato *supra* circa la possibilità di contestazioni “tardive”), riterrei potersi dare risposta positiva.

Per quanto attiene l'attore, come appunto per la vigente prima memoria istruttoria del sesto comma dell'art.183 c.p.c., le parti potranno e dovranno, a pena di decadenza, proporre - specie l'attore - le domande che sono conseguenza delle difese del convenuto, quindi specie la *reconventio reconventionis* o la domanda di accertamento incidentale ex art.34 c.p.c., la domanda di chiamata di terzi, eventuali domande complanari a quella introduttiva, contestare i fatti adottati dal convenuto a fondamento di sue eventuali domande riconvenzionali o comunque eccezioni di merito, proporre le eccezioni di rito o di merito riservate alle parti che siano conseguenze delle difese del convenuto.

Come ognun vede, il *novum* – rispetto alla citazione- che l'attore può (e deve) addurre nella prima memoria è frutto dell'applicazione di quel principio di dipendenza, già ricordato.

Tuttavia, vista l'applicazione anche del principio di trattazione orale e la natura anche integrativa della trattazione pre-udienza, l'attore

potrà allegare tutti i fatti concorrenti, ancorché non dipendenti dalle difese del convenuto.

L'interferenza fra i termini delle memorie integrative (e sottostanti poteri della parte attrice) e l'eventuale dichiarazione della nullità della citazione ex art.164 co. quarto in relazione al n.4 dell'art. 163 c.p.c., - che impone, come già ricordato, al giudice di avviare il meccanismo correttivo dell'integrazione della citazione (ove il convenuto si sia costituito) ovvero la rinnovazione della citazione (in caso di convenuto contumace) - induce a chiedersi se l'onere per l'attore di integrare o rinnovare la citazione nulla ex art. 164 c.p.c. debba comunque essere assolto entro la scadenza del primo termine integrativo (cioè entro 40 giorni prima dell'udienza di comparizione) o sia possibile anche oltre tale prima barriera preclusiva.

Prima facie, ritengo che, ove il giudice rispetti, a sua volta, il termine di cui all'art. 171 ter c.p.c. (ossia rilevi la nullità della citazione e ordini l'integrazione o la rinnovazione nei 15 giorni successivi alla scadenza del termine per la costituzione del convenuto), l'attore debba integrare o rinnovare la citazione entro la scadenza del primo termine ex art.171 ter c.p.c.

Ove non lo faccia, non si avrà soltanto la decadenza dall'allegazione integrativa ma, trattandosi di nullità per vizio dell'*editio actionis*, l'invalidità dovrà esitare in una pronuncia immediata di rigetto della domanda a mente del combinato disposto dell'art. 164 c.p.c. e 183 ter c.p.c. (al ricorrere della doppia condizione esaminata *supra*⁵⁰) ovvero, come detto (secondo la soluzione che continua a sembrarmi preferibile), pronuncia di estinzione del processo per applicazione analogica della fattispecie del secondo comma dell'art.164 c.p.c. quanto alle nullità concernenti la *vocatio in iudicium*.

La prima memoria integrativa, quindi, sarà l'occasione per l'attore per allegare tutti quei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio.

Ovviamente, dopo la nota evoluzione giurisprudenziale in tema di *mutatio libelli*, la prima memoria dell'attore sarà la sede per la proposizione di domande "complanari", secondo la nota, felice definizione di Claudio Consolo, ormai pienamente adottata anche dalla Suprema Corte, rispetto a quella originaria⁵¹.

50. Trattarsi di cause relative a diritti disponibili e istanza della controparte.

51. Es. Cass.22420 del 2018.

Contenuto pressoché identico alla vecchia seconda memoria *ex art.* 183 sesto comma c.p.c. attesta la nuova seconda memoria integrativa dell'art. 171 ter.

La seconda memoria dell'attore infatti deve scomporsi, come il suo precedente – ossia l'attuale seconda memoria di cui al n. 2 del sesto comma dell'art. 183 c.p.c. , in una parte strettamente assertiva ed una istruttoria.

Per quanto concerne la prima parte, scattata la prima barriera preclusiva quanto all'allegazione dei fatti primari (costitutivi quanto al diritto dell'attore e i.m.e. quanto alle eccezioni del convenuto), le parti potranno integrare il *thema decidendum*, allegando i *solii* fatti primari, strettamente dipendenti dalle difese della controparte, o, invece senza limiti, i fatti secondari.

Nella parte istruttoria della memoria, entrambe le parti , invece, dovranno aver cura di articolare le proprie richieste istruttorie, siano esse le prime ovvero ulteriori rispetto a quelle già eventualmente espresse negli atti introduttivi.

Infatti, come ho premesso, le norme oggetto dello schema di disegno di d.l in esame si distaccano dalla proposta della Commissione Lusso che prevedeva la necessità dell'allegazione delle richieste istruttorie dalle parti negli atti introduttivi (citazione e comparsa di costituzione) *a pena di decadenza*.

Né, del resto , la delega impone al legislatore delegato di imporre l'indicazione delle prove negli atti introduttivi “a pena di decadenza”.

Nel, come detto, molto compresso ⁵² termine di dieci giorni, le parti dovranno quindi depositare la terza memoria integrativa, dedicata (di nuovo a modello del suo immediato precedente del n.3 del sesto comma dell'art.183 c.p.c.) alle prove in replica rispetto a quelle articolate nei precedenti scritti difensivi.

Come si vede, a parte la diversa impostazione a ritroso, piuttosto che in avanti, per lo svolgimento della trattazione scritta, per il resto non si è in presenza di sconvolgimenti di schemi e tattiche difensive ormai ben note e consolidate.

Ovviamente, restano intatti i principi e le regole dell'art. 153 c.p.c.

52. Essenziale sarà la possibilità per le parti di poter acquisire dal portale telematico la memoria avversaria : il ritardo dell'accettazione da parte delle cancellerie dei depositi rischiando dunque di produrre, mediamente, un serio *vulnus* ai poteri difensivi delle parti e, immediatamente, al nuovo sistema.

in tema di rimessione in termini per decadenza incolpevole della parte e, soprattutto, la previsione dell'art. 155 comma quinto c.p.c. a mente del quale ove il termine a ritroso scada in giorno festivo o di sabato, equiparato alla scadenza in giorno festivo ci cui al comma quarto, il *dies ad quem* di scadenza sarà anticipato al giorno antecedente a quello di scadenza, quindi ad esempio al venerdì ove il termine scada di domenica o di sabato⁵³.

La qual cosa mi pare, però, problematica, stante l'esiguità dei tre termini.

Noto che, a differenza del sistema vigente, in cui la scadenza "in avanti" del termine si risolve in un'estensione del termine che scade in giorno festivo o di sabato (sicché, ove ad esempio il termine per la prima memoria ex art.183 sesto comma n. 1 c.p.c. scada di sabato, il termine verrà prorogato al lunedì successivo), nel sistema della trattazione anticipata lo spazio temporale per effettuare la difesa, al contrario, si abbrevierà, dal momento che il referente temporale di *tutti e tre i termini* è l'udienza di prima comparizione, non, come nel sistema attuale, l'atto (e relativo termine) precedente.

Specie quanto al modestissimo termine di 10 giorni prima dell'udienza per il deposito della terza memoria integrativa che scada di domenica, questa verrà necessariamente anticipata al (sabato e quindi al) venerdì antecedente⁵⁴, sicché il termine prima dell'udienza sarà non più di dieci giorni ma di dodici, con la conseguenza che lo iato temporale fra la seconda e la terza memoria non sarà più dei previsti dieci giorni ma solo di otto⁵⁵.

Si ha, in sostanza, paradossalmente l'inversione di quello che accade oggi nel sistema vigente in cui la proroga della scadenza di una delle memorie si riflette, a favore della parte, nella automatica proroga del termine successivo e ciò perché il nuovo termine dipende da un *dies a quo* mobile (la prima scadenza).

Laddove nel sistema dello schema di decreto in esame invece il *dies a quo* per le tre memorie è fisso per tutte e tre.

53. Per tutte, Cass. n.26900 del 2020.

54. O, ove questo sia a sua volta festivo, addirittura al giovedì.

55. O addirittura inferiore ove il venerdì sia a sua volta festivo.

7. Avviandomi alla conclusione di queste sommarie riflessioni estive, mi pare opportuno evidenziare che – in difetto di una espresa riserva di applicazione delle nuove regole solo ai processi ordinari introdotti con citazione – si ripresenta la questione della loro applicazione anche ai giudizi in cui l'atto introduttivo non è la citazione ma il ricorso, ma per i quali è comunque previsto che le regole della trattazione, istruzione e decisione siano quelle del processo ordinario di cognizione⁵⁶.

Come in passato sorge dunque un problema di coordinamento della nuova trattazione esaminata con la diversa fase introduttiva di questi processi.

Fra questi, specie per frequenza figurano (dopo ovviamente la fase speciale) le opposizioni esecutive (in senso stretto, ossia ad esecuzione avviata : v. artt. 615 co.2, 617 co.2 e 619 c.p.c.

Senza poter affrontare *funditus* la questione, essendo ormai previsto dagli artt. 616 co. 2 e 618 co. 2 che , dopo la fase speciale dinanzi al g.e. (chiesti o meno anche siano i provvedimenti di sospensione o urgenti previsti delle due norme), l'opposizione debba essere coltivata dalla parte interessata mediante la introduzione (ossia con un nuovo atto, questa volta di citazione⁵⁷) della causa di opposizione entro il termine fissato dal giudice, le future regole si applicheranno a far tempo dalla notificazione della citazione con cui la parte interessata (debitore o creditore che sia⁵⁸) appunto introdurrà, ossia coltiverà l'opposizione già proposta dal debitore con ricorso al g.e.

Qui il passaggio dalla fase speciale al processo ordinario è nettamente scadenzato dalla disciplina degli artt. 616 co. 2 e 618 co. c.p.c.

Ritengo, peraltro che la comune previsione nelle due norme dell'inciso secondo cui (fissato il termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito, previa iscrizione a ruolo, a cura della parte interessata) si dovranno

56. Di converso, ovviamente, le nuove regole non si applicheranno ai giudizi per i quali è prevista la citazione – ad es. convalida di sfratto – ma per i quali il rito previsto non è quello ordinario.

57. Sul complesso sistema della riforma delle opposizioni esecutive , mi permetto di rinviare al mio commento agli artt. 615 ss. c.p.c. in *Codice di procedura civile*, III, a cura di Consolo, Milano, 2010.

58. Come noto, specie nei casi in cui il g.e. abbia sospeso l'esecuzione, l'interesse a proporre, in via invertita, l'opposizione è dell'attore , onde evitare l'estinzione del processo esecutivo a mente dell'art. 624 comma terzo c.p.c.: per ulteriori riferimenti v. il mio commento all'art. 624, in *Codice di procedura civile*, cit.

osservare “...i termini a comparire di cui all’articolo 163-bis, o altri se previsti, ridotti della metà”, non essendo oggetto di intervento nello schema in esame dovrà ritenersi abrogata per incompatibilità con la nuova disciplina della trattazione anticipata.

Più complesso notoriamente il tema se invece il passaggio dalla fase speciale a quella a cognizione piena e endo-processuale, perché occorre verificare se la prima udienza fissata dal giudice dopo la presentazione del ricorso sia compatibile con le attività previste dall’art. 183 e, oggi, degli artt. 171 - bis e 17 - ter c.p.c.

Limitandomi al nucleo della nuova trattazione, ne discende quindi che – dopo lo svolgimento della fase introduttiva speciale (ad esempio dopo la celebrazione dell’udienza fissata dal g.e. dianzi a se stesso ex art. 616 c.p.c.) – ove l’udienza fissata dal giudice con decreto coincida e sia compatibile con le nuove regole della trattazione, la stessa fissazione dell’udienza dovrà essere avvenire in modo da tale da consentire a parte e giudice stesso di esercitare i poteri derivanti del combinato disposto degli artt. 171 bis e 171 ter – 183 c.p.c.

Ove, invece, la prima udienza non possa considerarsi quale udienza di prima comparizione a mente dell’art. 183 nuovo testo il passaggio dalla fase speciale a quella ordinaria avverrà con la fissazione di un’ulteriore udienza, chiusa la fase speciale, che costituirà a tutti gli effetti l’udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c.

Stefano Recchioni

Il contenzioso condominiale: tra le tante possibili, alcune questioni trattate dalla più recente giurisprudenza abruzzese

Nel *mare magno* del contenzioso condominiale¹, spesso negletto dalla dottrina giuridica più “alta” (si potrebbe dire, “paludata”) ma, in realtà, portatore di problematiche di notevole complessità, fosse solo per la commistione che costantemente si verifica tra il “sistema” dei diritti reali e l’articolato ambito delle “obbligazioni” (senza dimenticare le più recenti implicazioni di ordine prettamente costituzionalistico²), la giurisprudenza abruzzese ci offre, nello “speciale” proposto in questo numero della Rivista, alcuni esempi delle articolazioni giuridiche proprie della “vita condominiale”.

Va subito rilevato che la ricerca giurisprudenziale effettuata ha notevolmente sofferto della palese carenza di pronunce edite dei Tribunali di Chieti e Pescara i quali, inspiegabilmente, non offrono agli studiosi e agli operatori la possibilità di analizzare con sufficiente completezza i loro pronunciamenti.

Quindi, gioco forza, è una rassegna parziale. Ciò nonostante qualche *leit motiv* condominiale è possibile comunque coglierlo e nelle prossime note può compendiarsi per singoli punti come segue.

La Corte di Appello di L’Aquila è costretta ad occuparsi (come invero molte altre Corti italiane) di una questione che ripetutamente si pone all’esame dei giudici (rivelando una notevole sensibilizzazione dei condomini sul punto) e che riguarda gli interventi sui “balconi” (un vero e proprio “tormentone” giuridico).

Si potrebbe dire che tra tutte le possibili implicazioni che può offrire la vita condominiale, i partecipanti all’edificio sono e rimangono pervicacemente

1. I dati statistici su tale contenzioso rispetto a quello globale sono rivelatori di un’alta, se non altissima, conflittualità nell’ambito abitativo sul territorio nazionale.

2. Il riferimento è, quanto meno, alla nota e recente *querelle* sulla modifica dell’art. 1138 c.c. (cfr.: “Le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici.”) introdotta dalla “riforma” di cui alla legge n. 220/2012 (in vigore dal 18/6/2013) e relativa alla possibilità di “vietare” (si badi, non assemblearmente ma contrattualmente) la detenzione di animali, fattispecie che coinvolge valori che possono dirsi costituzionali. Sul punto, infatti, il Tribunale di Cagliari (ord. 22 luglio 2016) ha statuito che “In conseguenza dell’introduzione, da parte della legge n. 220/2012, del noto «divieto di vietare» contenuto nell’aggiunto ultimo comma dell’art. 1138 c.c. sono da considerarsi nulle le clausole del regolamento natura contrattuale che vietano al singolo condomino di detenere in casa animali. La norma di cui all’ultimo comma dell’art. 1138 c.c. prevale infatti anche sui regolamenti anteriori all’entrata in vigore della legge n. 220/2012, oltre che su quelli di natura assembleare. Ogni divieto in tal senso deve ritenersi contrario ai principi di ordine pubblico e dunque insanabilmente nullo.”

affezionati ad una minimale particella del balcone (il c.d. frontalino) come se si trattasse di un aspetto essenziale ed imprescindibile della loro esistenza. A ben vedere non lo è (anche perché, nel concreto delle relative spese, si verifica un fenomeno “compensatorio” che annulla l’estrema analiticità della pretesa “particolare”), ma ciò non impedisce il fenomeno.

Nel merito, la dinamica delle regole applicabili alla fattispecie (e riconosciute dalla nostra Corte di Appello) possono così elencarsi:

- a) i “balconi” di un edificio non rientrano tra le parti comuni ex art. 1117 c.c.;
- b) infatti, costituiscono mero “prolungamento” dell’unità immobiliare interna di cui costituiscono pertinenza;
- c) le relative spese di manutenzione e/o di conservazione sono da attribuire, quindi, esclusivamente al proprietario dell’unità immobiliare di cui lo specifico balcone costituisce prolungamento;
- d) tuttavia, dal punto di vista costruttivo e/o architettonico, i balconi si inseriscono nella “facciata” e, stante ciò, ne contribuiscono (o ne possono contribuire) a formare il disegno complessivo;
- e) in conseguenza, nella loro struttura possono essere presenti alcuni “elementi” che hanno funzione decorativa (non attengono all’utilizzo del balcone medesimo) e in quanto tali forniscono utilità a tutto l’edificio;
- f) tali “elementi”, aventi come detto funzione decorativa, sono pertanto di proprietà comune e le spese relative alla loro specifica manutenzione/conservazione sono da attribuire, invece, a tutti i condomini in quanto partecipanti all’intero condominio.

Tutto molto lineare se non fosse che, nel territorio italiano, non è rinvenibile un balcone che sia architettonicamente ed esteticamente uguale ad un altro, con la conseguenza di un’apparente oscillazione del principio giuridico affermato (tra l’una e l’altra soluzione: vale a dire, tra proprietà comune e proprietà esclusiva).

A ben vedere, fermi restando i principi giuridici affermati in merito alle parti decorative dei balconi, le specifiche questioni non possono che essere risolte caso per caso, necessariamente con l’apporto di un consulente tecnico il cui giudizio diverrà, inevitabilmente, il cuore del pronunciamento del giudice (aspetto che, a sommosso avviso di chi scrive, desta sempre un qualche allarme di cautela).

Il Tribunale di Pescara, invece, si addentra, con un paio di sentenze, in una serie di questioni prettamente gestionali e che – *ca va sans dire* – finiscono sempre per lambire, più o meno direttamente, l’ambito economico (vale a dire, le c.d. “tasche” dei condomini).

Vediamole partitamente.

La prima problematica riguarda la qualificazione in termini di “innovazione” ex art. 1121 c.c. dell’installazione di un impianto di autoclave deliberata dall’assemblea.

La relativa controversia rivela un atteggiamento dei condomini spesso rinvenibile nelle dinamiche proprie della vita dell’edificio e secondo cui tutto deve considerarsi immutabile e qualsiasi intervento è percepito come una perturbazione di uno *status quo* che dev’essere conservato a tutti i costi.

Tuttavia le regole previste dal codice civile sono ben diverse (si pensi alle “modificazioni” unilaterali consentite dall’art. 1102 c.c.) e, sotto questo aspetto, assai più dinamiche. Innanzitutto, la qualificazione in termini di “innovazione” di un determinato intervento su beni e/o impianti comuni è giustificata esclusivamente quando si verifica la realizzazione di una c.d. “opera nuova”. In tutti gli altri casi – che sono certamente i più frequenti – il fenomeno (modificativo, integrativo, incrementativo, ecc.) dev’essere considerato come mera “miglioria”. Tale ultima ipotesi, si verifica sempre quando ad una “cosa” già presente nell’edificio (si pensi, soprattutto, ad un impianto) viene deliberata dall’assemblea, e poi realizzata concretamente, una semplice “addenda” che non può considerarsi, appunto, come “opera nuova” in quanto si va ad aggiungere all’esistente (classici casi sono la trasformazione del citofono in videocitofono, la realizzazione di un’apertura elettrica e telecomandata ad un cancello già esistente e con apertura a mano, la pavimentazione di un’area comune, ecc.).

Dal punto di vista delle regole applicabili, ne deriva che non è utilizzabile il disposto dell’art. 1121 c.c. che consente una sorta di “dissociazione” del singolo dissenziente dalla ripartizione delle spese, eventualità che si fonda non solo sulla natura innovativa dell’intervento ma anche sulla presenza dei fondamentali requisiti del possibile uso separato, della gravosità o della voluttuarietà.

La seconda questione riguarda l’impugnazione del bilancio condominiale che un singolo partecipante ha proposto nei confronti di quello “preventivo” ancorchè fosse stato approvato – successivamente – quello “consuntivo”.

Il principio di riferimento è chiaro e infatti è richiamato ed applicato dalla pronuncia più avanti pubblicata: l’impugnazione del bilancio condominiale deve avvenire nei confronti dell’ultimo approvato non potendosi contestare un documento contabile/gestionale che risulta ormai “superato”; per di più, il bilancio più recente ben può recare delle modificazioni nelle attribuzioni di spesa a carico dei singoli condomini con conseguente cambiamento degli “interessi” in gioco.

Non si tratta solo di una questione temporale ma proprio di “titolo” del

credito e il riferimento implicito è certamente all'art. 63 disp. att. cod. civ., norma che qualifica in tal senso la ripartizione di spesa (l'ultima) adottata dall'assemblea condominiale.

La terza questione pescarese attiene alla dinamica (procedimentale) dell'assemblea che, anche in questo caso, è ben delineata dal codice civile e non sempre corrisponde all'idea che se ne sono fatta i condomini.

Il richiamo – ancorchè non esplicitato chiaramente – è all'ambito discrezionale (piuttosto ampio) che certamente la normativa vigente assegna a tale consesso, nell'ovvia finalità di favorire in ogni modo la gestione dell'edificio.

Si sente dire, da più parti, che “l'assemblea è sovrana” e la cosa, che a *prima facie* appare solo descrittiva, invece un po' corrisponde ai principi giuridici applicabili alla fattispecie, se solo si pensa che il “sindacato” dell'Autorità Giudiziaria sulle relative decisioni non è incondizionato ma deve limitarsi ad una “mera” verifica di legittimità senza poterne mettere in discussione il merito (per l'ampia giurisprudenza su tale ultimo punto, cfr., da ultime, Cass. 11 ottobre 2022, n. 29619; Cass. 20 agosto 2021, n. 23254; Cass. 25 febbraio 2020, n. 5061; Cass. 17 agosto 2017, n. 20135; Cass. 12 febbraio 2016, n. 2859; Cass. 20 giugno 2012, n. 10199, nonché, per l'insindacabilità della convenienza economica delle scelte assembleari, Cass. 13 maggio 2022, n. 15320).

Ne deriva, che le deliberazioni possono essere assunte senza particolari formalità, vale a dire, per esempio, senza necessità di un preventivo confronto tra gli aventi diritto, senza che si debba presentare una qualche particolare documentazione, e con una certa libertà operativa (si pensi, tra i tanti aspetti, al fatto che, per esempio, l'ordine del giorno riportato nell'avviso di convocazione non dev'essere analitico ma “solo” sintetico e che, quindi, non tutte le possibili decisioni sul singolo argomento devono essere in esso riportate e/o preavvisate ai partecipanti alla riunione).

Quello che conta affinché una deliberazione assembleare sia valida è, soprattutto, che il relativo procedimento previsto dal codice civile sia perfettamente rispettato (convocazione, riunione, discussione, deliberazione, verbalizzazione) e che l'oggetto non solo sia lecito ma anche determinato/determinabile.

Nell'ampia sentenza del Tribunale di Chieti (quella più recente) viene riportata una corposa rassegna relativa ai principi applicabili alla fattispecie considerata e l'analisi che ne fa il giudice è così analitica che, in questa sede, è certamente giustificato ed opportuno un semplice rinvio alla sua lettura: altra soluzione non renderebbe giustizia all'approfondimento delle tematiche condominiali operato dalla Corte teatina.

Per giusto merito riguardo al taglio aggiornato del provvedimento, è

interessante qui rilevare solo la presenza del richiamo alla “nota” e recente pronuncia a Sezioni Unite che si è occupata del “famigerato” uso esclusivo su bene comune.

Si tratta di Cass. S.U. 17 dicembre 2020, n. 28972 la quale, sovvertendo *funditus* una prassi notarile utilizzata da decenni, ha ritenuto non conforme ai principi ordinamentali, e quindi inammissibile, la costituzione di un siffatto diritto d’uso esclusivo, stante l’insuperabile vigenza del principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali.

Non è difficile immaginare che tale pronunciamento produrrà perturbanti conseguenze nella contrattualistica immobiliare, soprattutto con riferimento alla successiva negoziazione di un siffatto diritto costituito in un tempo precedente rispetto alla “nostra” Sezioni Unite.

Sul punto, va solo aggiunto che il Notariato ha cercato di fornire alcune soluzioni nel suo recente studio n. 136-2022/C (dal titolo “*La regolamentazione notarile dell’uso esclusivo su beni condominiali dopo la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 17 dicembre 2020, n. 289721*”, est. Maurizio Corona, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 17 novembre 2022) senza, però, riuscire a superare l’impostazione dell’alto consesso di legittimità che risulta nettamente negativa e che, quindi, non concede spazio ad interpretazioni di diverso tipo.

Il Tribunale di Vasto, dal suo canto, ha affrontato, nelle pronunce qui pubblicate, un paio di temi di taglio pratico, tuttavia non privi, come sempre accade nella fattispecie condominiale, di alcuni interessanti spunti teorici.

Da una parte, ha affrontato la questione dell’obbligo gravante sull’amministratore condominiale di comprovare, all’atto della nomina, il possesso dei requisiti previsti dall’art. 71 bis disp. att. c.c. (nella specie, quelli relativi alla formazione e all’aggiornamento professionale). Sul punto, com’è noto, la riforma del 2012 (di cui alla citata legge n. 220), che ha ampiamente integrato la disciplina condominiale previgente, se non ha ritenuto di prevedere uno specifico “albo” o “registro” per i soggetti che svolgono tali mansioni (non va dimenticato che, sebbene inapplicabile, è rimasto inalterato e ancora in vigore l’art. 71 disp. att. c.c. secondo cui “*Il registro indicato dal quarto comma dell’articolo 1129 e dal terzo comma dell’articolo 1138 del codice è tenuto presso l’associazione dei proprietari di fabbricati.*”) ha tuttavia previsto a loro carico una serie di requisiti tra i quali i predetti sulla formazione/aggiornamento. Il Tribunale, assai chiaramente e condivisibilmente, ha affermato che la relativa prova è necessaria, pena la revoca dell’amministratore (ancorché nominato dall’assemblea).

Da un’altra parte, ha analizzato la recente (e assai discussa) normativa

“speciale” sul c.d. “superbonus 110%” la quale, tra le altre cose, ha previsto una maggioranza “agevolata” per l’assunzione delle relative deliberazioni da parte dell’assemblea. Tale ultima questione può sembrare, a dire il vero, meramente aritmetica e, in quanto tale, poco giuridica. In realtà possiede un valore quasi sociologico se si riflette sul fatto che, secondo le regole condominiali, le maggioranze previste dalla legge (i c.d. *quorum*) sono da considerarsi – per pacifica interpretazione ed anche per ovvia logicità di funzionamento – solo dei “numeri minimi” e che, a prescindere dalla loro quantità, la maggioranza deve sempre formarsi in assemblea e dipende dall’entità della partecipazione alla riunione. La conseguenza è che, nel caso di una “massiccia” presenza dei condomini in assemblea, la maggioranza non sarà mai “risicata” (o troppo bassa) in quanto dovrà formarsi su numeri ben maggiori rispetto ai predetti “minimi” di legge.

Da ultimo, il Tribunale di Teramo, in una pronuncia assai recente, analizza la legittimità di una ripartizione di spesa attinente agli interventi di rifacimento e/o di manutenzione di una terrazza a livello (di proprietà esclusiva) avente (anche) funzione di “copertura” per le unità immobiliari sottostanti.

La sentenza richiama, e come potrebbe essere diversamente, il disposto dell’art. 1126 c.c. che regola espressamente la fattispecie e che distribuisce (*ex lege*) le quote di oneri per 1/3 al proprietario esclusivo e per i restanti 2/3 ai condomini “sottostanti”.

La parte interessante della sentenza è quella che considera la porzione della terrazza a livello che, protendendosi al di fuori del perimetro dell’edificio, non svolge detta funzione di copertura e, quindi, non può essere ricompresa nell’ipotesi regolata dall’art. 1126 c.c. La diretta conseguenza di ciò è che le spese per tale parte della terrazza restano in carico al suo proprietario esclusivo e non possono (e non devono) essere divise con gli altri (quelli, come detto, “sottostanti”).

La decisione teramana si allinea, e ben fa, con una fondamentale impostazione della disciplina condominiale che valorizza in maniera piena la “destinazione” del bene o dell’impianto e che la considera quale “parametro” perfettamente utilizzabile per individuare la titolarità della singola “cosa”.

A ben vedere si tratta di un aspetto del “condominio” assai sorprendente (dal punto di vista giuridico) e che colpisce per la sua rilevanza ancorchè si mantenga nascosto e sottaciuto (ma, per questo, non certo meno importante, un vero e proprio “*understatement*”): nella disciplina condominiale è riconosciuto valore ad elementi di mero fatto (non consacrati documentalmente) dai quali, tuttavia, vengono fatti discendere rilevanti effetti giuridici. In altri termini, la “destinazione” strutturale ed oggettiva di uno specifico bene e/o im-

pianto è in grado di determinarne il relativo regime proprietario. Il fenomeno è talmente pregnante che si arriva al punto di affermare (invero, pacificamente) che tale “destinazione” è in grado di fungere da “titolo contrario” ex art. 1117 c.c. (il quale, secondo il codice, dovrebbe consistere in un vero e proprio contratto). Una cosa non da poco.

In coda a queste note, mi sia consentito, *last but not least*, ringraziare per la loro graziosa e tempestiva collaborazione nel realizzare la rassegna di giurisprudenza condominiale più avanti pubblicata, i Colleghi avv.ti Maurizio Ciocca, Pietro Maria Di Giovanni e Nicola Martella.

Luigi Salciarini

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

App. L'Aquila sent. 10 maggio 2022 n. 677 (est. De Falco)

Condominio negli edifici – Balcone c.d. “aggettante” costituente prolungamento della corrispondente unità immobiliare – Proprietà esclusiva del titolare di tale unità immobiliare – Sussiste – Lavori di rifacimento del rivestimento esterno della soletta dei balconi aggettanti (c.d. “frontalini”) – Inerenza dei medesimi alla facciata dell’immobile – Rilevanza decorativa della parte oggetto di intervento – Sussiste – Necessità della ripartizione delle relative spese tra tutti i condomini – Sussiste

Nonostante i balconi di un edificio condominiale non rientrino tra le parti comuni, ai sensi dell’art. 1117 c.c., non essendo necessari per l’esistenza del fabbricato, né essendo destinati all’uso o al servizio di esso, il rivestimento del parapetto e della soletta devono, invece, essere considerati beni comuni se svolgono una prevalente funzione estetica per l’edificio, con la conseguenza che i costi per l’effettuazione dei lavori che hanno riguardato il rivestimento esterno di tali balconi, e quindi la facciata dell’immobile, devono essere ripartiti tra tutti i condomini.

(omissis)

II.9. Il merito della questione riguarda essenzialmente la natura dei lavori eseguiti poiché, accertata questa, sarà possibile decidere come debbano ripartirsi le spese tra i condomini. Meglio ancora, è necessario a risolvere il punto controverso stabilire quale parte dei balconi è stata interessata dai lavori di rifacimento per allocare il relativo onere economico.

II.10. La sentenza gravata ha valorizzato le dichiarazioni rese dal teste *(omissis)*, titolare della ditta che ha eseguito i lavori il quale affermava: “Abbiamo tolto l’intonaco e la parte dell’aggetto del cemento. Il distacco avviene perché il ferro scoppia e il cemento si distacca e quella zona là l’abbiamo rimossa tutta. Non siamo andati per togliere la piastrellina, siamo andati per le zone ammalorate, stavano cadendo dei pezzi di cemento.” Nello stesso senso

la deposizione dell'ex amministratore di condominio, (*omissis*). Trattandosi quindi della rimozione o del trattamento di parti in cemento poste nella soletta dei balconi aggettanti, l'onere della risistemazione degli stessi doveva porsi in carico ai singoli condomini proprietari dei balconi aggettanti interessati dalle lavorazioni.

II.11. L'appellante oppone in contrario che l'intervento della ditta (*omissis*) Costruzioni avrebbe riguardato il distacco di calcinacci dai frontalini dei balconi mediante spicconatura del solo intonaco esterno con piastrelle colorate al fine di operare poi con la sostituzione dei frontalini e quindi alla risistemazione della facciata. Non si sarebbe trattato di interventi strutturali sui balconi funzionali al consolidamento degli stessi al punto che lo stesso rappresentante dell'impresa edilizia dichiarava in primo grado nel rispondere alla domanda: "Vero che l'impresa (*omissis*) srl eseguiva lavori su parti strutturali dell'edificio, effettuando anche il trattamento dei ferri di armatura, a causa del distacco di intere parti della soletta dei balconi", che: "Lo strutturale per me è un'altra cosa".

II.12. La circostanza poi, aggiunge l'appellante, è confortata documentalmente dallo stesso preventivo della ditta (*omissis*) di proprietà del teste (*omissis*) (doc. n. 2 produzione di parte attrice ove si legge: "...spicconatura dei frontalini dei balconi pericolanti..."). Dunque l'appellante afferma che "Trattasi, in sostanza, di un tipico intervento di "messa in sicurezza" che si esegue mediante "battitura", con martelletto, delle porzioni lesionate e successivo spicconamento delle stesse con rimozione dei calcinacci (circostanza di comune esperienza, anche da parte dei profani)".

II.13. In effetti, la versione di parte appellante appare corroborata da altri elementi: tra cui la testimonianza del Geom. (*omissis*) che nel confermare la propria relazione (doc. n.10 in atti), dichiarava espressamente: "Non vi sono segni di intervento sulle parti strutturali dell'edificio né sulle solette dei balconi". Anche il materiale fotografico agli atti del giudizio dimostra in modo inequivocabile che il distacco aveva riguardato la rimozione di pezzi di intonaco e di cemento in corrispondenza con i frontalini al fine di eseguire un primo intervento di messa in sicurezza, poi ripreso con il rifacimento dei frontalini medesimi. Gli stessi Vigili del Fuoco intervenuti sul posto documentano la sola presenza di intonaco caduto ("alcuni pezzi del cornicione si erano staccati dall'edificio...").

II.14. Sul punto la parte appellata replica che invece i lavori si sono resi necessari a seguito del distacco di pezzi di cemento dalla parte sottostante la soletta di calpestio dei balconi e sono consistiti nella rimozione delle parti pericolanti, prossime al distacco, e nel trattamento dei ferri d'armatura, rimasti

esposti alle intemperie perché la parte cementizia non è più stata ripristinata. I balconi sarebbero anzi privi di frontalini in quanto ricoperti di piastrelle azzurre. Mancherebbero quindi i frontalini intesi come cornicioni, fregi, decorazioni esteriori del balcone.

II.15. A indurre in errore l'appellante vi sarebbe una confusione definitoria tra "frontalini" e "fronte del balcone". Secondo la difesa di parte appellata, infatti, è necessario distinguere tra "frontalino - elemento estetico e non strutturale, sovrapposto al fronte della soletta con pura funzione decorativa e non funzionale all'affaccio, come ad esempio marmi, maioliche, mosaici o fregi - e il cosiddetto fronte della soletta, che è la parte frontale dell'aggetto cementizio che sorregge il piano di calpestio del terrazzo stesso. Il fronte della soletta è presente in qualsiasi balcone, posto che, senza, il balcone non potrebbe esistere. Il frontalino, invece, è un elemento eventuale, meramente decorativo."

II.16. Questa differenziazione mal si attaglia al caso di specie in cui le prove documentali e, particolarmente, lo stesso preventivo di spesa della ditta (*omissis*) chiaramente depongono nel senso che l'intervento riguardasse la spicconatura dei frontalini, come testimoniato dalle immagini agli atti in cui è evidente il generale stato di ammaloramento dei balconi risultante nel distacco di diverse piastrelle di rivestimento dei balconi e quindi nel danneggiamento della facciata stessa del condominio.

II.17. Come ritenuto da questa stessa Corte (Corte appello L'Aquila, 27/09/2019, (ud. 25/09/2019, dep. 27/09/2019), n. 1530) e dalla giurisprudenza costante della Cassazione (tra le altre si veda Cass. n. 587/2011; n. 14576/2004; n. 176/1986), i balconi aggettanti costituiscono un prolungamento della corrispondente unità immobiliare sita in un edificio condominiale e appartengono perciò in via esclusiva al proprietario di questa, salvo i rivestimenti e gli elementi della parte frontale e di quella inferiore, i quali devono considerarsi beni comuni quando si inseriscono nel prospetto dell'edificio e contribuiscono a renderlo esteticamente gradevole. Da ciò consegue che possono essere ripartite tra tutti i condomini le sole spese relative ai rivestimenti e ai frontalini (ma non ad esempio, quelle relative alle ringhiere e all'intonaco dei balconi di competenza dei proprietari delle relative singole unità immobiliari).

II.18. E' principio giurisprudenziale consolidato quello secondo cui, mentre i balconi di un edificio condominiale non rientrano tra le parti comuni, ai sensi dell'art. 1117 c.c., non essendo necessari per l'esistenza del fabbricato, né essendo destinati all'uso o al servizio di esso, il rivestimento del parapetto e della soletta devono, invece, essere considerati beni comuni se svolgono una

prevalente funzione estetica per l'edificio, divenendo così elementi decorativi ed ornamentali essenziali della facciata e contribuendo a renderlo esteticamente gradevole (*ex ultimis* Cass. Sez. 2, 14.12.2017 n. 30071).

II.19. In definitiva non si può condividere la differenziazione fatta dalla difesa di parte appellata tra “fronte” e “frontalini” e sulla scorta della documentazione agli atti (materiale fotografico, preventivo della ditta e lo stesso successivo completamento dei lavori intervenuto due anni dopo) non può che concludersi per l'accoglimento nel merito dell'appello siccome i lavori hanno riguardato il rivestimento esterno dei balconi e quindi la facciata dell'immobile il cui costo di riparazione ricade su tutti i condomini.

II.20. È dunque valida la deliberazione condominiale a suo tempo assunta dal condominio recante il riparto di spesa deciso.

(*omissis*)

Trib. Pescara 6 settembre 2022 n. 1158 (est. Bellafante)

Condominio negli edifici – Intervento di manutenzione straordinaria e/o di sostituzione dell'impianto di autoclave – Configurabilità di un'ipotesi di innovazione – Non sussiste – Possibilità di alcuni condomini di non partecipare alle spese ai sensi dell'art. 1121 c.c. – Non sussiste – Avvenuta approvazione del bilancio consuntivo della relativa spesa - Interesse del singolo condomino ad impugnare la precedente deliberazione assembleare di approvazione del bilancio preventivo – Non sussiste

L'intervento di manutenzione straordinaria e/o di sostituzione di parti dell'impianto comune di autoclave non configura un'ipotesi di innovazione con la conseguenza che non è riconosciuta ai singoli condomini la facoltà di dissociarsi dalle relative spese ai sensi dell'art. 1121 c.c.

Nel caso in cui l'assemblea abbia approvato il bilancio consuntivo di tale intervento di manutenzione straordinaria non sussiste più alcun interesse del singolo condomino ad impugnare la precedente deliberazione che ha approvato il bilancio preventivo.

(omissis)

Passando ad esaminare la documentazione in atti – essendo la causa prettamente documentale – è dato rinvenire come in realtà la delibera impugnata approvava la ripartizione tra i condomini della spesa necessitata dall'impianto autoclave (manutenzione straordinaria), già approvata in precedente assemblea. Invero, i lavori in questione venivano già deliberati ed approvati nell'assemblea tenutasi in data 12.10.2000, al cui odg veniva espressamente contemplato al n. 3 “manutenzione straordinaria o sostituzione impianto autoclave condominiale”. Successivamente, da una iniziale scelta del preventivo più basso (euro 1.800,00), a seguito di una analisi più approfondita, la stessa assemblea in data 11.12.2000 decideva di optare per il preventivo più alto (€ 5.250 + IVA). In essa è dato rinvenire l'individuazione dell'impresa incaricata, l'elenco e l'indicazione degli interventi da effettuare.

Tale decisione – a sua volta - veniva ulteriormente ribadita nell'assemblea del successivo 8.1.2021, indetta proprio dietro richiesta degli istanti che eccepivano la mancanza di un quorum regolare, non raggiunto nella precedente. Anche in questa assemblea veniva revocata la delibera del 11.12.2020 del lavoro straordinario all'impianto di autoclave per mancanza quorum deliberativo previsto dal 2° comma dell'art. 1136 c.c., ma con n. 8 voti favorevoli per

totale millesimi 569,87 e n. 2 voti contrari per millesimi 253,32 si approvava di appaltare alla manutenzione straordinaria dell'impianto autoclave alla ditta Tarantelli al prezzo di € 5.250,00 + IVA.

Tale decisione non veniva impugnata da nessuno dei condomini e diveniva, pertanto, obbligatoria per tutti. Inoltre, deve sottolinearsi che l'oggetto riguardava lavori straordinari, relativi alla manutenzione di un impianto già esistente, che non possono essere ricondotti nell'alveo delle c.d. "innovazioni".

Sul punto anche la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi per distinguere gli atti di straordinaria manutenzione, diretti al mero ripristino della funzionalità della cosa comune, da quelli innovativi ovvero quelli che importano un mutamento della cosa comune.

I lavori straordinari – come approvati – non attengono in alcun modo a qualsivoglia innovazione. Anzi, essi riguardano lo smontaggio e smaltimento del vecchio serbatoio di accumulo e serbatoio montaliquidi, pompe esistenti, modifica tubazione per predisporre l'allaccio del nuovo gruppo pompe con controllo inverter, pulizia dello spazio liberato, fornitura e posa in opere di tre serbatoi di accumulo in polipropilene, fornitura e posa in opera del nuovo gruppo di pressurizzazione trifase inverter completo di ogni opera e accessori per verificare l'opera finita e funzionante. Compreso la regolazione ed il collaudo finale.

A seguito della predetta approvazione nell'assemblea dell'8.1.2021 (MAI IMPUGNATA), l'assemblea del 24 maggio 2021, non faceva altro che approvare il bilancio preventivo per il riparto della spesa relativa alla esecuzione dei lavori decisi: spese poi riportate in consuntivo e definitivamente approvate nell'assemblea del 27.07.2021, nel cui verbale si legge: "per il quarto punto all'odg, l'amministratore legge all'assemblea la comunicazione inviata a mezzo pec dal sig. (*omissis*), delegato dalla condomina (*omissis*). L'Assemblea prende atto e, dopo ampia discussione, all'unanimità dei presenti, delibera di approvare il bilancio consuntivo della gestione lavori di manutenzione straordinaria impianto autoclave e relativo riparto; chiede, inoltre, all'amministratore di adire le vie legali per il recupero della quota di spesa dei condomini (*omissis*) e (*omissis*), se entro il prossimo dieci agosto non avranno versato spontaneamente". Infatti, gli istanti – in ragione del fatto che ritenevano l'intervento in questione una innovazione – esercitavano la facoltà riconosciuta dall'art. 1121 c.c., dissociandosi dalla maggiore spesa deliberata. Ma, tale facoltà non può essere riconosciuta, trattandosi – come già specificato – di lavori di manutenzione straordinaria.

Inoltre, la delibera impugnata risulta superata da quella in cui veniva approvato il consuntivo. Invero, all'amministratore è consentito di riscuotere le

quote degli oneri in forza del bilancio preventivo, sino a quando questo non sia stato sostituito dal consuntivo regolarmente approvato” (cfr.: Corte Cassazione del 29.09.2013 n.21650).

In guisa che la domanda deve essere necessariamente rigettata con conseguente condanna alle spese di giudizio come da dispositivo, non essendo assolutamente rinvenibile l’indeterminatezza dell’oggetto o accesso di potere da parte dell’assemblea.

(omissis)

Trib. Pescara sent. 5 aprile 2022 n. 428 (est. Bellafante)

Condominio negli edifici – Impugnazione di deliberazione assembleare – Necessità di un preventivo confronto tra i condomini prima della convocazione – Non sussiste – Presenza in assemblea del soggetto candidato alla nomina di amministratore – Ammissibilità – Preventivo scritto presentato da parte del nominando – Disponibilità del documento presso l’ufficio dell’amministratore – Eventuale rifiuto di consegna di copia fotostatica – Irrilevanza in ordine alla validità della delibera di nomina – Riconoscimento di compenso ulteriore a favore dell’amministratore per l’attività straordinaria – Necessità di delibera assembleare – Sussiste.

Al fine della validità della deliberazione assembleare, nessuna norma prevede la necessità di un preventivo confronto tra i condomini, così come non comporta alcuna invalidità la presenza dell’amministratore in assemblea (che può comunque riconoscergli un compenso ulteriore per l’attività straordinaria esorbitante rispetto alle usuali mansioni) né l’asserito rifiuto di fornire copia della relativa offerta professionale (circostanza che può eventualmente configurare un’ipotesi di mala gestio).

(omissis)

Sul mancato e preventivo confronto tra i condomini – prima della convocazione assembleare – esso non è previsto da alcuna norma e, soprattutto, non assurde a causa di nullità/annullabilità della delibera.

Così come la presenza eventuale dell’amministratore in assemblea che accetta l’incarico: circostanza che – al contrario – permette di valutare l’idoneità del soggetto alla gestione del condominio e avere delucidazioni sul preventivo che allega. Nel caso di specie, l’assemblea approvava il nominativo del nuovo amministratore, in ordine alle attività offerte e per il compenso richiesto, come da preventivo visionato ed esaminato dai presenti. Tale documento, come ogni altro documento rimane nella piena disponibilità di tutti i condomini presso l’ufficio dell’amministratore con possibilità di poterlo avere anche in copia, previa richiesta di appuntamento e rimborso delle spese vive (art. 1130 bis c.c.). Nessun rifiuto si rinviene in atti in ordine a tale richiesta tale da poter – al più – giustificare una *mala gestio* dell’amministratore nominato e idoneo solo ad una sua eventuale revoca, ma non di certo per rilevare la nullità della assemblea.

Anche in ordine al compenso stabilito, lo stesso appare definito nel suo ammontare e previsto – per quanto riguarda la straordinaria amministrazione

- di volta in volta - ovvero secondo necessità e previo consenso assembleare. In tema di condominio, per quanto riguarda l'attività di amministratore, connessa ed indispensabile allo svolgimento dei suoi compiti istituzionali non esorbitanti dal mandato con rappresentanza, deve tendenzialmente ritenersi compresa, quanto al suo compenso, nel corrispettivo stabilito al momento del conferimento dell'incarico per tutta l'attività amministrativa, anche un compenso aggiuntivo al fine di remunerare un'attività straordinaria, rientrando nelle competenze dell'assemblea quella di riconoscerla, con specifica delibera, (Cfr. Corte Cass. sentenze n. 19507/18; n. 7057/09; n. 10204/10; n. 2596/03).
(*omissis*)

Tribunale Chieti, sent. 9 gennaio 2023, n. 332 (est. Falco)

Condominio negli edifici - Deliberazione dell'assemblea - Assimilazione al negozio giuridico - Esclusione - Eventuale natura negoziale della deliberazione dell'assemblea – Ammissibilità - Necessità in tal caso dell'unanimità dei partecipanti al condominio - Sussiste - Previsione convenzionale di limitazione dei diritti soggetti dei singoli condomini - Legittimità - Comportamenti concludenti dei condomini – Irrilevanza - Deliberazione assembleare di attribuzione di un diritto di natura reale a favore di un singolo condomino - Nullità

Cortile condominiale destinato a parcheggio auto - Assegnazione in via esclusiva di uno stallo a favore di un singolo condomino - Decisione assunta con una deliberazione assembleare non unanime e carente di forma scritta *ad substantiam* - Invalidità

Previsione di un diritto esclusivo d'uso su bene comune a favore di un singolo condomino - Violazione del c.d. numero chiuso dei diritti reali - Sussiste - Inammissibilità di tale attribuzione di diritto d'uso esclusivo - Sussiste

*Le deliberazioni dell'assemblea condominiale non sono assimilabili ai negozi giuridici e producono effetti diversi. Sebbene sia teoricamente ipotizzabile che all'interno di una deliberazione assemblea sia contenuto un negozio giuridico (o un particolare accordo tra i condomini), quest'ultimo, per esser valido, dovrà essere sorretto dall'unanimità dei consensi degli aventi diritto (vale a dire, di tutti i partecipanti al condominio) e rispettare i requisiti di forma eventualmente previsti dalla legge. Di conseguenza, devono stimarsi irrilevanti gli eventuali comportamenti concludenti (c.d. *facta concludentia*) posti in essere dai singoli condomini in quanto carenti dei predetti requisiti.*

Costituisce innovazione vietata ai sensi dell'art. 1120, comma 2, c.c., l'assegnazione, in via esclusiva e per un tempo indefinito, di posti auto all'interno di un'area condominiale, in quanto determina una limitazione dell'uso e del godimento che gli altri condomini hanno diritto di esercitare sul bene comune, che può essere validamente prevista solo con l'unanimità dei consensi degli aventi diritto, con conseguente nullità della delibera eventualmente adottata "a maggioranza".

La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'articolo 1102 c. c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi.

(omissis)

1. Con deliberazione assunta all'unanimità in data 20.06.1989, l'assemblea del CONDOMINIO *(omissis)*, assegnava al condomino *(omissis)* l'uso esclusivo di un posto macchina nel cortile comune. In particolare, nella citata assemblea così si discuteva e si decideva: "[...] Il sig. De Luca chiede che gli venga riservato un posto macchina alla sinistra del garage del sig. *(omissis)* come condizione della sua partecipazione alle spese di costruzione e messa in opera del cancello elettrico. L'assemblea approva all'unanimità, ribadendo, però, che la ripartizione della fattura *(omissis)* sarà fatta in parti uguali fra tutti i condomini (escluso il costo dei telecomandi) come deliberato nella seduta del 6.11.1988".

2. Con delibera del 31.5.19, la assemblea del CONDOMINIO, così deliberava a maggioranza: "[...] Per il quarto punto all'o.d.g. l'assemblea ritiene sia inutile realizzare una segnaletica orizzontale dei posti auto. In merito alla regolamentazione dell'uso del parcheggio condominiale, l'assemblea delibera a maggioranza, con il voto contrario del condomino sig.ra *(omissis)* (favorevoli cinque con millesimi 930,52 contrari uno con millesimi 69,48), di stabilire una rotazione dell'uso del posto auto alla estremità esterna del cortile, che sarà occupato a turno dai condòmini sig.ri *(omissis)*, per la durata di quattro mesi ciascuno a partire da gennaio, e secondo quest'ordine, mentre i condòmini proprietari di garage rinunciano all'uso dell'area in questione. Eventuali altri spazi potranno essere usati liberamente senza ovviamente portare intralcio agli altri condòmini. La sig.ra *(omissis)* si oppone alla suddetta delibera è contraria alla turnazione e ribadisce di aver fatto uso del posto auto indicato per circa trenta anni, in virtù di una delibera assembleare nella quale erano stati individuati due posti auto assegnati alla unanimità sia a lei stessa che alla sig.ra *(omissis)*".

3. Con citazione del 18.10.19, *(omissis)* ha agito nei confronti del CONDOMINIO, per ottenere la declaratoria della nullità ovvero l'annullamento della delibera del 31.5.19, assumendone la illegittimità in quanto: a) aveva modificato a mera maggioranza la delibera del 20.6.89 che - avendo natura

contrattuale - avrebbe potuto essere modificata soltanto all'unanimità; b) era contraria al regolamento condominiale, il quale consentiva il parcheggio solo "negli appositi spazi delimitati da segnaletica orizzontale"; c) era viziata da eccesso di potere, in quanto "finalizzata in via esclusiva ad escludere la espone dall'uso del posto auto da questa goduto sin dal 1989 in via esclusiva.

4. Il CONDOMINIO, nel costituirsi in giudizio con comparsa depositata l'11.2.20, ha chiesto il rigetto delle avverse domande, assumendo la piena legittimità della delibera, adottabile - a suo dire - a maggioranza al fine di disciplinare l'uso turnario dei posti macchina, in ragione della insufficienza degli stessi rispetto al numero dei condomini.

5. Il processo, nel quale il Giudice ha rigettato, per difetto di *periculum in mora*, l'istanza cautelare della attrice di sospensione della delibera impugnata, è giunto - dopo le fasi di trattazione e di istruttoria documentale - ad una prima fase decisoria, al cui esito il Giudice, con sentenza non definitiva n. 332/21:

- ha rigettato la domanda dell'attrice di nullità della delibera condominiale del 31.5.19, fondata sull'assunto della violazione con mera maggioranza del regolamento condominiale;

- ha rimesso la causa in trattazione, ai sensi dell'art. 101 c.p.c. al fine di instaurare il contraddittorio su talune questioni rilevate d'ufficio e di tentare la conciliazione tra le parti.

6. Constatato il fallimento delle trattative di bonario componimento della controversia e garantito il contraddittorio delle parti sulle questioni summenzionate, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

6. Con il 1° motivo di impugnazione, la (*omissis*) ha denunciato la nullità della delibera del 2019, in quanto con essa l'assemblea, non all'unanimità, bensì a mera maggioranza, l'ha privata del diritto all'uso esclusivo di un posto auto del cortile condominiale, che le era stato assegnato dall'assemblea all'unanimità, con la delibera del 1989 (cfr. l'atto di citazione; cfr. la delibera da ultimo citata).

Al riguardo il Giudice ha già sottolineato - nella motivazione della sentenza non definitiva emessa - quanto segue:

"6.1 Il presupposto della fondatezza della domanda della ricorrente di declaratoria della nullità della delibera del 2019 è dunque rappresentato dalla validità della delibera del 1989.

6.2 E' noto che alle deliberazioni prese dall'assemblea condominiale si applica il principio dettato in materia di contratti dall'art. 1421 cod. civ., secondo cui è attribuito al giudice il potere di rilevarne d'ufficio la nullità (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12582 del 17/06/2015).

Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di un atto va necessariamente coordinato con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, trovando applicazione soltanto quando la nullità si ponga (come nella specie: ndr) quale ragione di rigetto della pretesa della parte istante (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 27920 del 13/12/2013)

6.3 Peraltro, la (*omissis*) - nella cd. appendice scritta di trattazione - ha espressamente richiesto che la nullità della delibera del 2019 venga dichiarata “anche previo accertamento, *incidenter tantum*, della validità e dell'efficacia della delibera condominiale assunta all'unanimità in data 20.06.1989 in forza della quale è stato assegnato all'attrice l'uso esclusivo del posto auto per cui è causa” (cfr. la 1° memoria ex art. 183, comma VI, c.p.c.).

6.4 Tanto premesso in ordine alla doverosità - nella specie - del controllo giudiziale in ordine alla validità o meno della delibera del 1989, giova sottolineare che “le deliberazioni unanimi non possono assimilarsi ai negozi (in tema: Cass., Sez. II. 3 maggio 1993, n. 5125; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 982 del 02/02/1998). Per la verità, il negozio e le delibere (anche quelle approvate all'unanimità) spiegano effetti precettivi differenti. Il negozio: la costituzione, la modifica o la estinzione dei rapporti giuridici; quindi, la disposizione dei diritti o la assunzione di obbligazioni. Le delibere: la scelta di tipo amministrativo interna al gruppo dei condomini” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 982 del 02/02/1998).

E “poiché in tema di disposizione dei diritti (e di assunzione di obbligazioni), l'assemblea non può deliberare neppure all'unanimità - essendo la materia riservata all'autonomia privata ed essendo, perciò, richiesto lo strumento del negozio posto in essere da tutti gli interessati - se tutti i condomini intendono disporre dei diritti (per esempio, dismettere l'uso dell'impianto comune di riscaldamento centralizzato ed assumere le relative obbligazioni), essi possono liberamente e consapevolmente concludere un negozio ad hoc. Ma le cosiddette “deliberazioni totalitarie ed unanimi”, riguardanti le materie non comprese tra le attribuzioni del collegio, in tanto possono considerarsi valide ed efficaci come negozi e spiegare effetti negoziali, se ed in quanto tutti i condomini, liberamente e consapevolmente, abbiano inteso dare vita a negozi giuridici” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 982 del 02/02/1998).

Corollario di quanto sopra è che, “poiché, in materia di condominio degli edifici, il diritto di ciascun condomino sulle parti di proprietà comune può trovare limitazioni soltanto in forza del titolo di acquisto o di convenzioni, la delibera assembleare che, nel destinare un'area comune a parcheggio di autovetture, ne disciplini l'uso escludendo uno dei condomini, è nulla se il relativo verbale non è sottoscritto da tutti i condomini, atteso che la relativa

determinazione, modificando il regolamento condominiale, produce vincoli di natura reale su beni immobili ed è, pertanto, soggetta all'onere della forma scritta “*ad substantiam*” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16228 del 17/07/2006; cfr. in senso conforme Cass. Sez. 2, Sentenza n. 26226 del 07/12/2006, anche in motivazione; cfr. Cass. 854/1997; Cass. 1830/2000; Cass. 18665/2004).

Da quanto detto deriva altresì “la irrilevanza, per tale ragione, anche di eventuali comportamenti concludenti dei condomini materialmente attuativi della delibera stessa” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16228 del 17/07/2006).

6.5 Nella specie, la delibera del 1989 (attributiva ad un singolo condomino di un vincolo di natura reale su un bene comune e - come tale - adottabile, in quanto innovazione vietata, soltanto con la unanimità dei consensi [Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11034 del 27/05/2016; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6817 del 14/12/1988; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4922 del 14/11/1977] e, in ragione della sua natura negoziale [Cass. Sez. 2, Sentenza n. 982 del 02/02/1998], con la sottoscrizione dei contraenti [Cass. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16228 del 17/07/2006; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 26226 del 07/12/2006]) risulta sottoscritta soltanto dal presidente e dal segretario dell'assemblea.

6.6 Ai sensi dell'art. 101 c.p.c., la questione della eventuale nullità della predetta delibera, in quanto sollevata d'ufficio dal Giudice, deve essere sottoposta al contraddittorio delle parti”.

7. Tali argomentazioni giuridiche – sottoposte al contraddittorio delle parti – non possono che qui ribadirsi.

Infatti, come in parte già ampiamente rilevato dal Giudice, “una innovazione sulla cosa comune vietata a norma dell'art. 1120 cod. civ., in quanto comportante l'inservibilità, per gli altri condomini, della cosa comune e la costituzione sulla stessa di un diritto reale a favore di un solo condomino, per essere legittima deve essere consentita, a pena di nullità, con atto scritto, da tutti gli altri condomini” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4364 del 04/07/1981; cfr. in senso conforme *ex multis* Sez. 2, Sentenza n. 5086 del 07/11/1978, per la quale “affinchè la costruzione realizzata dal condomino sulla cosa comune, la quale non rientri fra quelle consentite dall'art 1120 cod civ, possa ritenersi legittima per effetto di consenso degli altri partecipanti, il consenso stesso deve risultare, a pena di nullità, da atto pubblico o scrittura privata ex art 1350 cod. civ.)”

Inoltre, anche “il verbale di assemblea condominiale può essere impiegato per consacrare particolari accordi fra il condominio ed uno dei condomini, purché il documento sia sottoscritto da tutti i contraenti; in tal modo esso acquista l'effetto probante e la funzione propria della scrittura privata, fa fede della manifestazione di volontà contrattuale di tutti gli intervenuti e la sotto-

scrizione vale a conferire alla convenzione la forma scritta che sia richiesta *ad substantiam*” (v. Sez. 2, Sentenza n. 2297 del 19/03/1996; Cass. 10.4.1979 n. 2071; Cass. 16.10.1968 n. 3317).

Da quanto detto consegue che “un verbale di assemblea condominiale ben può essere utilizzato allo scopo di manifestare una volontà negoziale degli intervenuti o di alcuni di essi, ma, se per il negozio è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, in tanto è soddisfatto il requisito formale, in quanto le parti del negozio abbiano proceduto alla sottoscrizione di detto verbale, poiché, ove lo scritto sia prescritto *ad substantiam*, la sottoscrizione è essenziale ai fini dell’operatività ed efficacia della manifestazione della volontà negoziale. Conseguentemente, la sottoscrizione del verbale di assemblea solo da parte del Presidente e del segretario non è idonea ad integrare il suindicato requisito di forma, relativamente a negozi di cui siano parti altri soggetti” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4480 del 08/07/1981; conf 3317/68, mass n. 336314).

Del resto, la stessa attrice, nell’atto di citazione, aveva sottolineato come “le clausole dei regolamenti che limitano i diritti dei condomini sulle proprietà esclusive o comuni e quelle che attribuiscono ad alcuni di loro maggiori diritti rispetto agli altri hanno natura contrattuale e sono modificabili soltanto con il consenso unanime dei partecipanti alla comunione, che deve essere manifestato in forma scritta (Cass. 5626/02; Cass. 24146/04; Cass. 17694/07)”.

8. I superiori principi sono stati compiutamente espressi di recente dalla Suprema Corte, anche con riferimento specifico alla destinazione del cortile comune a posti auto.

In particolare, si è affermato - dando continuità al consolidato orientamento di legittimità - che “in tema di condominio, costituisce innovazione vietata ai sensi dell’art. 1120, comma 2, c.c., l’assegnazione, in via esclusiva e per un tempo indefinito, di posti auto all’interno di un’area condominiale, in quanto determina una limitazione dell’uso e del godimento che gli altri condomini hanno diritto di esercitare sul bene comune, con conseguente nullità della relativa delibera” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11034 del 27/05/2016).

In motivazione, la Suprema Corte ha significativamente specificato quanto segue: “[...] In linea di principio, è corretta l’affermazione della corte di merito secondo cui l’assemblea possa deliberare a semplice maggioranza l’uso a parcheggio di spazi comuni. In particolare, la delibera assembleare di destinazione del cortile condominiale a parcheggio di autovetture dei singoli condomini, in quanto disciplina le modalità di uso e di godimento del bene comune, è validamente approvata con la maggioranza prevista dall’art. 1136, 5° cc. c.c., non essendo all’uopo necessaria l’unanimità dei consensi (per tutte: Cass. 15 giugno 2012, n. 9877; cfr. pure Cass. 29 dicembre 2004, n. 24146;

Cass. 8 novembre 2004, n. 21287). Tuttavia, la proposizione in tanto vale in quanto la delibera regolamenti l'uso e il godimento nel senso di disporre una innovazione diretta al miglioramento, all'uso più comodo, o al maggior rendimento delle cose comuni a norma dell'art. 1120, 1° co. c.c. (come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza di questa corte regolatrice: da ultimo la cit. Cass. 15 giugno 2012, n. 9877). E' lo stesso art. 1120 a marcare il limite che si frappone all'attuazione di innovazioni che abbiano un diverso effetto: il secondo (ora quarto) comma dell'articolo prevede infatti che sono vietate le innovazioni - che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino". Il divieto di tali innovazioni ha proprio lo scopo di evitare che il singolo condomino veda contrarsi il suo diritto di godere, entro i limiti della propria quota, di parti del condominio che sono comuni, e quindi destinate alla fruizione collettiva. Sul punto, la disposizione replica il precetto, di carattere più generale, dettato in materia di comunione dall'art. 1102 c.c.: precetto che trae origine dalla medesima ragione ispiratrice e che fa infatti divieto a ciascun comunista di impedire agli altri partecipanti della comunione di fare parimenti uso della cosa secondo il loro diritto. In tal modo, deve negarsi che l'utilizzo che il singolo condomino faccia del bene comune possa risolversi in una compressione quantitativa o qualitativa di quello, attuale o potenziale, degli altri. Sulla base delle considerazioni che precedono si deve allora riconoscere che l'assegnazione, in via esclusiva e per un tempo indefinito (al di fuori, dunque, da ogni logica di turnazione), di posti macchina all'interno di un'area condominiale sia illegittima, in quanto determina una limitazione dell'uso e del godimento che gli altri condomini hanno diritto di esercitare sul bene comune (cfr. sul punto Cass. 22 gennaio 2004, n. 1004, che ha ritenuto affetta da nullità l'assegnazione nominativa ai singoli condomini di posti fissi, ubicati nel cortile comune, per il parcheggio della seconda autovettura: in detta pronuncia si è valorizzato il fatto per cui una tale delibera sottraeva l'utilizzazione del bene comune a coloro che non possedevano la seconda autovettura). In sintesi, dunque, la predetta assegnazione è di per sé lesiva di un uso e godimento paritario del bene: uso e godimento che va apprezzato sulla scorta di un'astratta valutazione del rapporto di equilibrio che deve essere mantenuto fra tutte le possibili concorrenti fruizioni del bene stesso da parte dei partecipanti al condominio".

9. Inoltre, si ribadisce il principio espresso dalla Suprema Corte (e già richiamato nella sentenza non definitiva emessa nella presente causa) per cui "le clausole dei regolamenti che limitano i diritti dei condomini sulle proprietà esclusive o comuni e quelle che attribuiscono ad alcuni di loro maggiori diritti rispetto agli altri hanno natura contrattuale e sono modificabili soltanto con il

consenso unanime dei partecipanti alla comunione, che deve essere manifestato in forma scritta, essendo esse costitutive di oneri reali o di servitù prediali da trascrivere nei registri immobiliari della conservatoria per l'opponibilità ai terzi acquirenti di appartamenti o di altre porzioni immobiliari dell'edificio condominiale" (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5626 del 18/04/2002).

Nella specie, è pacifico, perché ammesso dalla stessa ricorrente (cfr. la relativa comparsa conclusionale), che la delibera del 1989 non è mai stata trascritta.

10. I principi sino ad ora esposti trovano conferma – anziché smentita, diversamente da quanto sostenuto dall'attrice – nel recente pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione (Sez. U - , Sentenza n. 28972 del 17/12/2020).

Le Sezioni Unite hanno infatti affermato, in sintesi per quanto d'interesse, che:

- “Posto che l'articolo 1102 c.c., come si diceva applicabile al condominio, stabilisce che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto, è da escludere che, così come talune parti altrimenti comuni, alla stregua dell'articolo 1117 c.c., possono essere attribuite in proprietà esclusiva ad un singolo condomino, a maggior ragione esse possano essere attribuite, con caratteri di realtà, ad un singolo condomino, in uso esclusivo. Siffatto c.d. «diritto reale di uso esclusivo» non è inquadrabile tra le servitù prediali; Ora, è del tutto evidente che, se ad un condomino spettasse a titolo di servitù l'«uso esclusivo» di una porzione di parte comune, agli altri condomini non rimarrebbe nulla, se non un vuoto simulacro”

- “Resta da chiedersi se la creazione di un atipico «diritto reale di uso esclusivo», tale da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, possa essere il prodotto dell'autonomia negoziale. Il che è da escludere, essendovi di ostacolo il principio, o i principi, sovente in dottrina tenuti distinti, sebbene in gran parte sovrapponibili, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi: in forza del primo solo la legge può istituire figure di diritti reali; per effetto del secondo i privati non possono incidere sul contenuto, snaturandolo, dei diritti reali che la legge ha istituito;

- “l'articolo 1322 c.c. colloca nel comparto contrattuale il principio dell'autonomia; -) che l'ordinamento mostra di guardare sotto ogni aspetto con sfavore a limitazioni particolarmente incisive del diritto di proprietà, in particolare connotate da perpetuità, finanche tra le stesse parti, come si desume dalla disposizione dell'articolo 1379 c.c. con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (v. per la portata generale della

regola Cass. 17 novembre 1999, n. 12769; Cass. 11 aprile 1990, n. 3082; e da ult. Cass. 20 giugno 2017, n. 15240, in relazione al vincolo perpetuo di destinazione imposto dal testatore con clausola modale”;

- “è da tener fermo che «il principio di tipicità legale necessaria dei diritti reali ... si traduce nella regola secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati» (Cass. 26 febbraio 2008, n. 5034; richiamata da ultimo da Cass. 3 settembre 2019, n. 21965);

- “La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’articolo 1102 c. c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi». Restando ovviamente riservata al legislatore la facoltà di dar vita a nuove figure che arricchiscano i tipi reali normativi.

- “Esclusa la validità della costituzione di un diritto reale di uso esclusivo di una parte comune dell’edificio, in ambito condominiale, sorge il problema della sorte del titolo negoziale che, invece, tale costituzione abbia contemplato: occorre anzitutto approfonditamente verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se le parti, al momento della costituzione del condominio, abbiano effettivamente inteso limitarsi alla attribuzione dell’uso esclusivo, riservando la proprietà all’alienante, e non abbiano invece voluto trasferire la proprietà. Vero è che l’articolo 1362 c.c. richiama al primo comma il senso letterale delle parole, senso che, nel caso dell’impiego della formula «diritto di uso esclusivo», depone senz’altro contro l’interpretazione dell’atto come diretto al trasferimento della proprietà; ma anche vero è che il dato letterale, pur di fondamentale rilievo, non è mai, da solo, decisivo [...]”.

- Rimane poi aperta la verifica della sussistenza dei presupposti per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in applicazione 1424 c.c., in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (perpetuo *inter partes*, ovviamente) di natura obbligatoria. Ciò sia dal versante della meritevolezza, sia quanto all’accertamento se, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, queste avrebbero voluto il diverso contratto”;

- Pertanto, “la pattuizione avente ad oggetto l’attribuzione del cd. “diritto

reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente, come tale, parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, idoneo ad incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del “*numerus clausus*” dei diritti reali e della tipicità di essi. Ne consegue che il titolo negoziale che siffatta attribuzione abbia contemplato implica di verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se, al momento di costituzione del condominio, le parti non abbiano voluto trasferire la proprietà ovvero, sussistendone i presupposti normativi previsti e, se del caso, attraverso l’applicazione dell’art. 1419 c.c., costituire un diritto reale d’uso ex art. 1021 c.c. ovvero, ancora se sussistano i presupposti, ex art. 1424 c.c., per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (ovviamente “*inter partes*”) di natura obbligatoria”.

Dunque, secondo le Sezioni Unite, testualmente:

a) l’assemblea condominiale non può deliberare che talune parti, altrimenti comuni, siano attribuite in proprietà esclusiva ad un singolo condomino, né, a maggior ragione, che esse possano essere attribuite, con caratteri di realtà, ad un singolo condomino, in uso esclusivo;

b) la eventuale pattuizione tra i condomini) avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, è invalida, in quanto contraria al principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi;

c) la nullità del summenzionato contratto può portare – nel caso di sussistenza dei relativi presupposti – alla mera nullità parziale del contratto (art. 1419 c.c.), ovvero alla conversione del contratto nullo (ex art. 1424 c.c.).

Ma nella specie, come già ampiamente sottolineato, la “riserva” del posto macchina in esclusiva ad un condomino (che peraltro farebbe propendere per un inammissibile decisione di trasferimento della proprietà di quel posto auto: cfr. S.U. per le quali “l’impiego della formula «diritto di uso esclusivo», depone senz’altro contro l’interpretazione dell’atto come diretto al trasferimento della proprietà”) fu oggetto non già di un contratto, bensì di una mera delibera condominiale, priva dei menzionati requisiti (la sottoscrizione del verbale da parte di tutti i condomini) per ritenere integrati i requisiti formali delle scritture private (negozi) relative al trasferimento di diritti reali. Ma anche a voler prescindere dal tale rilievo (invero dirimente) – relativo al fatto che nella specie non vi fu alcun contratto di attribuzione di diritti di sorta al condomino da parte degli altri, bensì una mera delibera assembleare (vd. dietro) - deve aggiungersi

che, nella specie, la parte attrice non ha fornito nel processo (tanto meno nel *thema decidendum* e nel *thema probandum*) allegazione e prova (oneri sulla stessa gravanti) della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1419 c.c. (vige, infatti, la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti: cfr. *ex multis* Cass. Sez. U - , Sentenza n. 41994 del 30/12/2021) e di cui all'art. 1424 c.c. (vige, infatti, la regola che, "in tema di nullità contrattuale, il potere del giudice di rilevarla d'ufficio non può estendersi fino alla conversione del contratto nullo, ostandovi la previsione di cui all'art. 1424 c.c.": cfr. *ex multis* Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 22466 del 24/09/2018; inoltre, "in tema di conversione del contratto nullo, l'accertamento dell'ipotetica volontà dei contraenti deve essere sollecitato dall'una o dall'altra parte, non potendo essere operato di ufficio dal giudice", cfr. *ex multis* Cass. Sez. 2 - , Sentenza n. 17905 del 06/07/2018).

Inoltre, le Sezioni Unite summenzionate hanno rimarcato – come già ricordato – che "l'ordinamento mostra di guardare sotto ogni aspetto con sfavore a limitazioni particolarmente incisive del diritto di proprietà, in particolare connotate da perpetuità, finanche tra le stesse parti, come si desume dalla disposizione dell'articolo 1379 c.c. con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (v. per la portata generale della regola Cass. 17 novembre 1999, n. 12769; Cass. 11 aprile 1990, n. 3082; e da ult. Cass. 20 giugno 2017, n. 15240, in relazione al vincolo perpetuo di destinazione imposto dal testatore con clausola modale".

Ed è infatti noto che "la disposizione dell'art. 1379 cod. civ. con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (limite temporale di durata; rispondenza ad apprezzabile interesse di una parte) si applica, essendo espressione di un principio di portata generale, anche a pattuizioni che come quelle contenenti un vincolo di destinazione, seppur non puntualmente riconducibili al paradigma del divieto di alienazione, comportino comunque limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà" (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12769 del 17/11/1999: fattispecie in cui la S.C. – in applicazione del principio sopra riportato – ha riconosciuto la nullità di un contratto munito della clausola che disponeva l'obbligo della destinazione perpetua dell'immobile a casa di riposo; cfr. in senso conforme *ex multis* Cass. Cass. Sez. I, 11 aprile 1990 n. 3082).

11. Con riferimento all'ulteriore motivo di nullità della delibera, rappresentato dall'asserito eccesso di potere della stessa, perché mirante "esclusivamente ad escludere l'attrice dall'uso del posto auto, incorrendo, così in pacifico eccesso di potere per sviamento della causa" (cfr. il ricorso), va ribadito

quanto già rilevato – in specie a fini conciliativi – nella sentenza non definitiva emessa.

Innanzitutto, è noto che “in tema di condominio negli edifici, il sindacato dell’ autorità giudiziaria sulle delibere assembleari è limitato ad un riscontro di legittimità della decisione, avuto riguardo all’ osservanza delle norme di legge o del regolamento condominiale ovvero all’ eccesso di potere, inteso quale controllo del legittimo esercizio del potere di cui l’ assemblea medesima dispone, non potendosi invece estendere al merito ed al controllo della discrezionalità di cui tale organo sovrano è investito; ne consegue che ragioni attinenti alla opportunità ed alla convenienza della gestione del condominio possono essere valutate soltanto in caso di delibera che arrechi grave pregiudizio alla cosa comune, ai sensi dell’ art. 1109, comma 1, c.c.” (Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 5061 del 25/02/2020).

Inoltre, “la delibera assembleare che, in considerazione dell’ insufficienza dei posti auto compresi nel garage comune in rapporto al numero dei condomini, preveda il godimento turnario del bene e vieti ai singoli partecipanti di occupare gli spazi ad essi non assegnati, anche se gli aventi diritto non occupino in quel momento l’ area di parcheggio loro riservata, non si pone in contrasto con l’ art. 1102 cod. civ., ma costituisce corretto esercizio del potere di regolamentazione dell’ uso della cosa comune da parte dell’ assemblea. Né la volontà collettiva espressa in assemblea, la quale, preso atto dell’ impossibilità del simultaneo godimento in favore di tutti i comproprietari, escluda l’ utilizzazione, da parte degli altri condomini, degli spazi adibiti a parcheggio eventualmente lasciati liberi dai soggetti che beneficiano del turno, neppure comporta una violazione dell’ art. 1138 cod. civ., in quanto non impedisce il godimento individuale del bene comune, ed evita, piuttosto, che, attraverso un uso più intenso da parte di singoli condomini, venga meno, per i restanti, la possibilità di godere pienamente e liberamente della cosa durante i rispettivi turni, senza subire alcuna interferenza esterna, tale da negare l’ avvicendamento nel godimento o da indurre all’ incertezza del suo avverarsi” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12485 del 19/07/2012).

Nella specie, la delibera del 2019 (che il Tribunale non può sindacare per motivi diversi da quelli oggetto della domanda di declaratoria, nel rispetto del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato: Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 16675 del 25/06/2018), per un verso, ha disposto l’ uso turnario tra tre condomini (tra cui la *omissis*) del posto auto oggetto di causa (posto auto al cui godimento i condomini proprietari dei garage hanno rinunciato), per altro verso ha stabilito che gli altri spazi di parcheggio potranno essere “usati liberamente”.

Ora, posto che, per un verso, deve ritenersi, dalla interpretazione del contenuto complessivo della parte della delibera in oggetto, che detti “altri spazi” di parcheggio nel cortile (aventi natura di beni comuni) possano essere utilizzati (*ex lege*) da tutti i comunisti (salvo che da quello - tra i tre di cui sopra - che nel periodo sia assegnatario temporaneo del posto auto oggetto di causa), per altro verso che con detta delibera (non impugnata per altre cause) gli altri condomini hanno rinunciato al godimento di detto posto auto (riservandolo al godimento turnario di soli tre condomini), non è rinvenibile in una tale disciplina una regolamentazione in danno della (*omissis*), rispetto a quella - *ex lege* - che si avrebbe se la stessa (senza la possibilità di godere in esclusiva per 4 mesi all’anno del posto in oggetto e, per gli altri otto mesi, in concorso con gli altri condomini sul resto del cortile) dovesse concorrere per 12 mesi all’anno nel godimento degli spazi di parcheggio di volta in volta trovati liberi.

12. Le domande di parte attrice devono essere pertanto rigettate.
(*omissis*)

Trib. Chieti 8 marzo 2022 n. 116 (est. Valletta)

Condominio negli edifici – Insufficienza dell’impianto idrico ad approvvigionare l’abitazione di un singolo condomino – Delibera di diniego all’installazione di impianto di autoclave (all’interno di locale comune e a spese del singolo) – Invalidità – Richiesta da parte del singolo di autorizzazione giudiziale all’installazione - Fondatezza

Va annullata la deliberazione condominiale che nega al singolo l’autorizzazione ad installare, a proprie spese e in un locale comune, un impianto di autoclave per far fronte all’insufficienza dell’impianto idrico condominiale.

Dev’essere invece riconosciuto il diritto del singolo a procedere a tale installazione in quanto non si verifica alcuna privazione dell’uso della cosa comune a danno degli altri condomini, ma un semplice mutamento di destinazione d’uso, del tutto consentito in una logica di funzionalizzazione sociale della proprietà privata, a tutela di diritti costituzionali altamente qualificati.

Parte attorea è proprietario di unità immobiliare sita al piano terzo dell’edificio condominiale “de quo” e argomenta su cronica e grave carenza di approvvigionamento idrico nel proprio appartamento, soprattutto nelle ore notturne, tale da impedirgli anche la cura della persona, trovandosi nella necessità di recarsi al lavoro alle prime ore del mattino.

In tale contesto, il (*omissis*) ha chiesto all’assemblea dei condomini di essere autorizzato alla installazione di autoclave, anche a vantaggio di tutti i condomini e a proprie spese.

L’assemblea dei condomini ha negato l’autorizzazione e con delibera del 2/4/19.

L’attore impugna detta delibera e chiede di essere autorizzato all’installazione di autoclave condominiale a propria cura e spese e in area comune idonea.

L’ente di gestione si è opposto alla domanda, richiamando precedenti di questo stesso tribunale sfavorevoli all’attore sulla questione e argomentando su assenza di motivi di illegittimità della delibera.

Con memoria ex art. 183 c.6 cod. proc. civ. l’attore ha radicalmente modificato la primitiva domanda, sì da potersi configurare inammissibile domanda nuova ex art. 183 c.6 n°1 cod. proc. civ. (v. pagg. 3-4 della memoria).

Con sentenza non definitiva n° 241/’21 è stata annullata la delibera assembleare impugnata.

È stata poi espletata CTU e la causa è giunta alla fase decisoria.

La materia del contendere attiene alla possibilità -per il singolo condomino- di apporre ex art. 1102 cod. civ. autoclave in locale comune.

Il giudicante è perfettamente d’accordo con quanto statuito da questo tribunale, in composizione collegiale, nel proc. 1902/’18 R.G.A.C.C. (ordinanza dell’8/1/’19 prodotta dal convenuto): la installazione di una autoclave non concreta in sé innovazione, bensì modifica della cosa comune, consentita ove essa non alteri la destinazione della cosa comune e la possibilità dei condomini di far uso della cosa comune stessa (Cass. 1389/’98 citata dal collegio).

Il CTU della presente causa, con valutazioni e considerazioni tecniche totalmente convincenti, ha rilevato:

- necessità di migliore approvvigionamento idrico nell’abitazione del (*omissis*), per le esigenze tutte legate al servizio idrico stesso;
- possibilità di installazione di autoclave nella sala riunioni sita al piano seminterrato di mq 12;
- possibilità di installazione di autoclave anche nel piano sottoscala, di più ridotte dimensioni.

Contrariamente a quanto ritenuto dal collegio, l’uso della cosa comune non può essere precluso al singolo condomino se esso sia necessario per il soddisfacimento di un bisogno primario quale l’igiene personale, con un idoneo utilizzo del servizio idrico.

Essendo possibili due soluzioni tecniche, andrà privilegiata -ove tecnicamente ritenuta fattibile da tecnico specializzato- la installazione nel locale sottoscala, in applicazione di un criterio di “minimo mezzo”.

Ove detta soluzione non sia possibile, è da consentire installazione di autoclave nella sala riunioni sita al piano seminterrato di mq 12, con la prescrizione (non a stabilirsi per la prima soluzione) di apposizione di autoclave a possibile utilizzo di tutti i condomini, che in futuro volessero fruirne sopportando la quota di onere di spesa; invero infatti con questa soluzione, ove necessaria, non si ha privazione dell’uso della cosa comune agli altri condomini, ma semplice mutamento di destinazione di uso sempre comune, in una logica (ampiamente da settant’anni prevista in costituzione e ancor da più tempo nel codice civile) di funzionalizzazione sociale della proprietà privata, nel caso di specie a tutela di diritti costituzionali altamente qualificati.

La domanda va quindi in questi termini accolta (*omissis*)

Trib. Vasto decr. 12 novembre 2022 (est. Pasquale)

Condominio negli edifici – Revoca dell’amministratore per c.d. “gravi irregolarità” – Necessità della preventiva convocazione dell’assemblea – Non sussiste – Rispetto dei requisiti professionali di cui alle lettere f) e g) dell’art. 71 bis disp. att. c.c. – Necessità – Mancata prova da parte dell’amministratore – Revoca del medesimo – Sussistenza delle ipotesi di gravi irregolarità espressamente previste dall’art. 1129 c.c. – Responsabilità dell’amministratore – Sussiste – Revoca del medesimo

Non sussiste l’improcedibilità del ricorso per la revoca dell’amministratore condominiale ex art. 1129 c.c. a causa dell’omessa preliminare convocazione dell’assemblea di condominio in quanto detta norma prevede tale convocazione come atto preliminare alla revoca giudiziale solamente per i casi in cui siano emerse gravi irregolarità fiscali ovvero in caso di non ottemperanza a quanto disposto dal numero 3) del comma 12 del citato articolo.

Risulta giustificata la revoca giudiziale dell’amministratore di condominio qualora si verificano una o più delle ipotesi di “gravi irregolarità” espressamente indicate nell’art. 1129 c.c.

(omissis)

La questione preliminare, sollevata d’ufficio da questo collegio giudicante, circa la possibile improcedibilità del ricorso, per omessa preliminare convocazione dell’assemblea di condominio per la revoca dell’amministratore, deve considerarsi superata alla luce delle condivisibili argomentazioni articolate da parte ricorrente, in base alle quali – ad una più attenta lettura del dato normativo – l’art. 1129, comma 11, c.c. prevede la convocazione dell’assemblea come atto preliminare alla revoca giudiziale dell’amministratore solamente per i casi in cui siano emerse gravi irregolarità fiscali nella gestione del condominio ovvero in caso di non ottemperanza a quanto disposto dal numero 3) del comma 12 del medesimo articolo, che contempla l’ipotesi della mancata apertura ed utilizzazione del conto corrente condominiale (ipotesi estranee alla fattispecie in esame).

D’altra parte, appare condivisibile l’osservazione per cui, in punto di diritto, le condizioni di procedibilità, per la loro caratteristica di limitazione all’esercizio dei diritti, devono essere tassativamente previste, senza possibi-

lità di applicazione analogica a casi diversi da quelli espressamente previsti. Ne consegue che, quando la revoca dell'amministratore viene richiesta sul presupposto della commissione di gravi irregolarità diverse da quelle contemplate dall'art. 1129, comma 11, c.c. – come è accaduto nel caso in questione – la previa convocazione dell'assemblea condominiale non può considerarsi alla stregua di una condizione di procedibilità della domanda.

4. Passando alla disamina delle singole contestazioni avanzate avverso l'operato dell'amministratore, occorre evidenziare quanto segue.

5. La prima doglianza, secondo cui l'amministratore non sarebbe in possesso dei requisiti di cui alle lettere f) e g) dell'art. 71 bis disp. att. c.c., è fondata e, pertanto, merita di essere accolta.

L'espletamento dell'incarico di amministratore di condominio è subordinato al possesso di alcuni requisiti soggettivi elencati dall'articolo 71-bis disp. att. c.c., fra cui figura quello della frequenza di un corso di formazione iniziale e dello svolgimento di attività di formazione periodica in materia di amministrazione condominiale (lett. g). Lo svolgimento dell'attività di amministratore è consentito anche in mancanza di frequentazione di un corso di formazione iniziale solo a coloro che hanno svolto detta attività per almeno un anno nell'arco dei tre anni precedenti alla data di entrata in vigore della L. 220/12 (18.6.2013).

Nel caso di specie, l'amministratore convenuto non ha offerto adeguata prova di avere svolto attività di amministrazione condominiale per almeno un anno nel triennio antecedente al 18.6.2013, non potendosi ritenere, a tal fine, sufficiente la produzione del mero atto di costituzione della società (*omissis*) s.n.c. in data 05.04.2012, in assenza di qualsiasi ulteriore elemento probatorio che dimostri l'effettivo svolgimento dell'attività di amministrazione condominiale da parte della neocostituita società.

Anche per quanto concerne l'obbligo di formazione periodica, va innanzitutto premesso che il D.M. n. 140/2014, entrato in vigore il 9 ottobre 2014, stabilisce che l'obbligo di formazione ha cadenza annuale e, poiché non si parla di anno solare, si deve ritenere che l'obbligo di aggiornamento vada dal 9 ottobre 2014 al 8 ottobre 2015 e di seguito per gli anni successivi. Nel caso di specie, il (*omissis*) ha prodotto un attestato del 3.9.2018 di partecipazione e superamento del corso di aggiornamento obbligatorio per gli amministratori, valido sino al 9.10.2018. Per il periodo successivo – e quanto meno per l'annualità compresa tra ottobre 2018 e ottobre 2019, precedente alla data di presentazione del ricorso – nessuna prova è stata offerta dall'amministratore circa l'ottemperanza all'obbligo di formazione periodica.

L'omessa dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 71-bis,

lett. g), disp. att. c.c. e dell'ottemperanza all'obbligo di una continuativa formazione periodica, a parere di questo collegio, costituisce già di per sé una grave irregolarità che giustifica la revoca dell'amministratore, in linea con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito (cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Verona, 13.11.2018, n. 2515; Trib. Milano, sez. XIII, 27/03/2019, n. 3145; Trib. Bari, 22.05.2020, n. 8143; Trib. Brescia, 30.06.2022).

6. La seconda doglianza, concernente l'omessa esecuzione delle delibere assembleari del 29.08.2018 e del 09.04.2019, è fondata e, pertanto, merita di essere accolta.

Per quanto riguarda la delibera del 29.08.2018, con la quale l'assemblea, preso atto della segnalazione del condomino (*omissis*) circa il rigurgito di fogna manifestatosi più volte nella propria unità immobiliare, disponeva testualmente: "il condominio richiede all'amministratore di provvedere a risolvere il problema", l'amministratore si è difeso sostenendo di essersi adoperato facendo eseguire rilievi e relazioni tecniche, come risulterebbe comprovato dal verbale di sopralluogo effettuato in data 11.11.2019. Orbene, dalla documentazione prodotta dallo stesso convenuto, risulta che, a fronte di una necessità di intervento segnalata dall'assemblea condominiale in data 29.08.2018, il primo atto di iniziativa che l'amministratore ha dimostrato di aver compiuto è successivo di oltre un anno. Né l'amministratore ha dato prova di aver posto in essere attività prodromiche rispetto al primo sopralluogo dell'11.11.2019 ovvero di aver avuto imprevisti o difficoltà tali da giustificare il decorso di un così lungo lasso di tempo. Tali circostanze, a giudizio di questo organo giudicante, sono dimostrative di una evidente ed ingiustificata inerzia dell'amministratore nel dare seguito al deliberato assembleare, che – per quanto generico – avrebbe dovuto indurre il (*omissis*) quantomeno ad attivarsi tempestivamente per compiere atti di verifica e di accertamento delle cause del fenomeno lamentato ben prima di un anno dalla data della delibera. Per quanto detto, il comportamento assunto dall'amministratore integra gli estremi di una grave irregolarità ai sensi dell'art. 1129, comma 12, n. 2) c.c., essendo di fatto equiparabile ad una mancata esecuzione di deliberazione assembleare.

Lo stesso dicasi per la delibera condominiale del 09.04.2019, nella quale l'assemblea, dopo aver preso atto della richiesta di alcuni condòmini di "attribuire la pulizia delle scale della palazzina "A" ad altra impresa" di pulizie, deliberava di accogliere la richiesta, conferendo mandato all'amministrazione di provvedere in tal senso. Anche in questo caso, l'amministratore non ha provveduto a dare tempestiva esecuzione al deliberato assembleare, tant'è vero che alla successiva assemblea del giugno 2019 – come dichiarato dallo stesso convenuto - il condomino (*omissis*) rendeva edotto l'amministratore e

gli altri condomini di aver provveduto direttamente alla nomina di una impresa di pulizia.

7. La terza doglianza, relativa alla mancata utilizzazione del conto corrente intestato al condominio, è anch'essa fondata e, pertanto, merita di essere accolta.

L'amministratore, pur ammettendo in aver provveduto in data 25.10.2018 al pagamento del premio per l'assicurazione dei rischi del fabbricato alla (*omissis*) Assicurazioni s.p.a. con bonifico bancario ordinato su un conto corrente non intestato al condominio, bensì a (*omissis*) s.r.l., si è giustificato affermando di aver effettuato una anticipazione a nome della società al solo scopo di non lasciare scoperto il condominio in relazione ad una polizza assicurativa per rischi del fabbricato, posto che la polizza era in scadenza e sul conto condominiale non vi era sufficiente disponibilità. Tale ultima circostanza, tuttavia, risulta documentalmente smentita dalla copia dell'estratto conto del condominio versata in atti dai ricorrenti, dalla quale risulta che alla data del 25.10.2018 sul conto corrente condominiale vi erano depositate sufficienti somme per il pagamento del premio di assicurazione.

Da quanto detto deriva che l'incontestata inutilizzazione del conto corrente condominiale, anche se riferita ad una sola operazione di pagamento, non essendo supportata da alcuna valida giustificazione, configura un'ulteriore grave irregolarità commessa dall'amministratore, ai sensi dell'art. 1129, comma 12, n. 3) c.c., idonea a giustificare la revoca dello stesso

8. Anche la quarta doglianza, riferita ad una gestione secondo modalità tali da ingenerare confusione tra il patrimonio dell'amministratore e quello del condominio, è fondata e, pertanto, meritevole di accoglimento.

Premesso che il transito di somme dal conto condominiale a quello personale dell'amministratore integra, su un piano astratto, una delle possibili forme di quella confusione fra patrimoni che la norma dell'art. 1129, comma 12, n. 4) c.c. mira a scongiurare, è pur sempre necessario - in una preferibile ottica sostanzialistica - verificare, caso per caso, se tale gestione promiscua dei conti sia avvenuta in violazione dei criteri codicistici che disciplinano la tenuta del conto corrente condominiale.

Nel caso di specie, l'amministratore non ha offerto alcuna prova di aver anticipato spese di importo corrispondente alle somme che risultano bonificate in suo favore dal conto corrente condominiale, né ha dimostrato di aver incassato personalmente le somme che risultano riversate tramite bonifico sul conto corrente condominiale. Questa insufficienza probatoria è un chiaro indice sintomatico della scarsa trasparenza della gestione promiscua che l'amministratore ha fatto del conto personale e di quello condominiale, tanto da

ritenere configurabile nel caso concreto la grave irregolarità denunciata dai ricorrenti, in forza dell'art. 1129, comma 12, n. 4) c.c.

9. La quinta doglianza, riferita alla omessa consegna ai ricorrenti dell'attestazione relativa allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e delle liti in corso, è parimenti fondata e, pertanto, merita di essere accolta.

A fronte della contestazione sollevata dai ricorrenti, l'amministratore si è limitato a confutare gli avversi assunti sostenendo che "all'esito di un incontro tenutosi presso lo studio dell'amministratore al (*omissis*) sono stati elencati i nomi dei condomini morosi, lo stato dei pagamenti e le azioni di recupero intraprese, e lo stesso si è dichiarato soddisfatto delle notizie fornite". Tale circostanza, tuttavia, è rimasta totalmente indimostrata, mentre i ricorrenti hanno depositato un verbale di incontro del 15.04.2019 (cfr. all. 13) dal quale risulta che in quella data i condomini istanti, recatisi presso lo studio dell'amministratore nella data e nell'orario indicato, ricevevano solo alcuni documenti, ma non l'attestazione relativa allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali da parte di ogni singolo condomino e allo stato delle eventuali liti in corso.

Da quanto detto deriva che la contestazione sollevata dai ricorrenti deve ritenersi fondata, concorrendo ad integrare gli estremi di un'ulteriore grave irregolarità di cui si è reso responsabile l'amministratore.

10. Con la ottava doglianza, i ricorrenti hanno lamentato che l'amministratore ha omesso di curare l'azione e la esecuzione coattiva per la riscossione delle somme dovute al condominio nei confronti dei condomini (*omissis*) e (*omissis*), in violazione dell'art. 1129, comma 12, n. 6, c.c.

Anche questa doglianza risulta fondata, per il dirimente motivo che il convenuto, sul quale gravava l'onere della prova di essersi attivato diligentemente, si è limitato a confutare le asserzioni avversarie, senza corroborare con alcun riscontro documentale le proprie contestazioni.

Deve, quindi, concludersi, anche per il tenore delle argomentazioni difensive del resistente, che le omissioni di cui è accusato l'amministratore sono da considerarsi provate, concretando in tal modo l'ennesima grave irregolarità, che giustifica l'accoglimento della istanza di revoca.

11. La riscontrata sussistenza di plurime e concorrenti gravi irregolarità imputabili all'amministratore, nei termini innanzi esposti, esime questo Collegio dalla disamina degli ulteriori motivi di revoca rappresentati dalla parte istante a supporto della propria domanda, essendo ampiamente sufficienti a giustificare l'accoglimento del ricorso.

(*omissis*)

Trib. Vasto sent. 23 novembre 2021 n. 340 (est. Pasquale)

Condominio negli edifici – Deliberazione di demolizione e ricostruzione del fabbricato ai sensi dell’art. 119 del d.l. n. 34/2020 (“decreto rilancio”), convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. normativa “superbonus 110%”) – Necessità dei quorum maggioritari qualificati previsti per l’ipotesi di innovazione (art. 1136, comma 5, c.c.) – Non sussiste – Applicazione della maggioranza agevolata prevista dal comma 9-bis del predetto art. 119 – Sussiste

La normativa relativa all’agevolazione fiscale c.d. “superbonus 110%” (art. 119 d.l. n. 34/2020 conv. con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77) è applicabile anche nell’ipotesi di demolizione e ricostruzione dell’edificio. Di conseguenza, in tale ultimo caso, la deliberazione assemblea che dispone l’effettuazione dei relativi interventi può essere validamente assunta con la maggioranza agevolata prevista dal comma 9-bis di detto art. 119 (vale a dire con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno un terzo del valore dell’edificio).

(omissis)

Per ciò che concerne il denunciato vizio di nullità delle delibere oggetto di causa, argomentato sull’assunto che le stesse sarebbero state adottate in assenza delle maggioranze prescritte dalla legge, occorre osservare quanto segue.

L’assemblea condominiale intendeva far eseguire i lavori di demolizione e ricostruzione del fabbricato condominiale di cui alle delibere oggetto di impugnazione avvalendosi delle agevolazioni fiscali previste dalla L. n. 77/20 (cfr., in tal senso, verbale delibera del 05.08.2020, in cui è espressamente contenuto un richiamo alle predette disposizioni normative).

L’art. 119 del D.L. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio), convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, ha introdotto una detrazione pari al 110% delle spese relative a specifici interventi di efficienza energetica (anche attraverso interventi di demolizione e ricostruzione) e di misure antisismiche sugli edifici (anche per la realizzazione di sistemi di monitoraggio strutturale continuo a fini antisismici) sostenute dal 1° luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2021 (salvo ulteriori proroghe per effetto di successive disposizioni normative).

In particolare, il comma 1-quater del citato art. 119 prevede la possibilità di utilizzare tutte le detrazioni di cui all'art. 119 (eco-bonus, sisma-bonus, interventi cd. trainanti e trainati) in caso di demolizione e ricostruzione di edifici privi di attestato di prestazione energetica, perché sprovvisti di copertura, di uno o più muri perimetrali o di entrambi (cd. unità collabenti); il comma 3, invece, disciplina la possibilità di fruire della detrazione del 110% limitatamente agli interventi di cui ai commi 1 e 2 (eco-bonus 110%) nel caso di interventi di demolizione e ricostruzione classificati come ristrutturazione edilizia (art. 3, comma 1, lettera d), del Testo Unico Edilizia).

Non vi è dubbio, quindi, che tra gli interventi edilizi complessivamente disciplinati dall'art. 119 rientrano anche quelli di demolizione e ricostruzione di edifici non considerati unità collabenti, come quello del caso di specie.

Orbene, proprio rispetto a questi interventi, il successivo comma 9 bis del medesimo articolo stabilisce che “le deliberazioni dell'assemblea del condominio aventi per oggetto l'approvazione degli interventi di cui al presente articolo e degli eventuali finanziamenti finalizzati agli stessi, nonché l'adesione all'opzione per la cessione o per lo sconto di cui all'articolo 121, sono valide se approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno un terzo del valore dell'edificio”.

Non vi è dubbio che tale disposizione introduca una deroga rispetto alla regola generale dettata dall'art. 1136, commi 2 e 4 c.c., prevedendo quorum deliberativi più bassi di quelli ordinari, proprio nell'ottica di facilitare l'adozione di delibere assembleari favorevoli alla realizzazione di uno dei possibili interventi edilizi ammessi agli speciali benefici fiscali previsti dalla legge n. 77/20.

Nel caso in esame, dalla disamina del verbale del 05.08.2020, risulta che l'assemblea si è riunita in seconda convocazione con la partecipazione di 9 condomini su 12 e che la delibera per l'esecuzione dei lavori di demolizione e ricostruzione dell'edificio condominiale è stata adottata con il voto favorevole della maggioranza degli intervenuti e con un numero di voti che rappresenta più di un terzo del valore dell'edificio, nel pieno rispetto delle prescrizioni dettate dal citato art. 119, comma 9 bis.

Ne consegue che il paventato vizio di nullità (*rectius*, di annullabilità) della delibera per inosservanza dei quorum deliberativi stabiliti dalla legge non sussiste affatto.

Tutti gli ulteriori motivi di opposizione prospettati avverso le delibere impugnate sono parimenti infondati, perché pretendono di contestare il merito insindacabile di valutazioni discrezionali dell'assemblea condominiale, rispetto alle quali non è ipotizzabile alcun vizio di legittimità idoneo ad inficiare

la validità e l'efficacia delle determinazioni assembleari.

Per tutte le ragioni innanzi esposte, stante l'infondatezza della impugnazione, le spese vanno poste a carico della parte attrice e devono essere liquidate come in dispositivo, secondo lo scaglione corrispondente al valore della presente controversia e tenendo conto delle caratteristiche, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate.

(omissis)

Trib. Teramo 22 settembre 2022 n. 925 (est. Piscè)

Condominio negli edifici – Interventi di manutenzione su terrazza a livello con funzione di copertura – Equiparazione lastrico solare – Sussiste – Ripartizione delle relative spese ai sensi dell’art. 1126 c.c. – Necessità – Esclusione dalla ripartizione delle spese attinenti a parti avulse dalla funzione di copertura

Nel caso di interventi di manutenzione su di una terrazza a livello (avente funzione di copertura delle unità immobiliari sottostanti) la ripartizione delle relative spese dev’essere effettuata mediante applicazione analogica dei criteri legali previsti dall’art. 1126 c.c., escludendo, tuttavia, quelle spese che riguardano parti della terrazza che non svolgono detta funzione di copertura.
(1)

(omissis)

L’appello risulta fondato e merita, pertanto, di essere accolto per le ragioni che seguono.

La società (omissis) ha sostenuto l’erroneità della pronuncia resa in primo grado, in quanto adottata in forza di un fallace apprezzamento delle risultanze istruttorie emerse nel corso del giudizio. Più nello specifico, il giudice di pace adito avrebbe errato nell’individuare il committente dei lavori controversi non nella sig.ra (omissis), bensì nel sig. (omissis), quale amministratore del Condominio (omissis).

Al fine di valutare le doglianze mosse dall’appellante, giova innanzitutto rammentare che, nel quadro del principio di libera valutazione delle prove, sancito dall’art. 116 c.p.c., il giudice ben può apprezzare discrezionalmente gli elementi probatori acquisiti e ritenerli sufficienti per la decisione, assegnando ad essi valore preminente e così escludendo implicitamente altri mezzi istruttori richiesti dalle parti. In particolare, nella valutazione delle prove, non esiste una gerarchia di efficacia nel senso che, fuori dai casi di prova legale, esse, anche se hanno carattere indiziario, sono tutte liberamente valutabili dal giudice di merito per essere poste a fondamento del suo convincimento, del quale il giudice deve dare conto con motivazione il cui unico requisito è l’immunità da vizi logici (Cass. n. 1747/2003).

Tale apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, purché risulti logico e coerente il valore preminente attribuito, sia pure per implicito, agli elementi utilizzati. La valutazione delle risultanze delle prove e il giudizio

sull'attendibilità dei testi, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito, il quale è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili, senza essere tenuto ad un'esplicita confutazione degli altri elementi non accolti, anche se allegati dalle parti (cfr. Cassazione civile sez. VI, 24/09/2021, n. 25941; Cass. n. 20802 del 2011; Cass. n. 42 del 2009). Si ritiene sufficiente, ai fini dell'idoneità della motivazione, che il giudice esponga, in maniera logicamente adeguata, gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione e le prove ritenute idonee a confortarla, dovendo reputarsi implicitamente disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'iter argomentativo svolto (cfr. *ex multis* Cassazione civile sez. I, 24/09/2021, n. 25981; Cass. n. 29730 del 29/12/2020; Cass. n. 3601 del 20/02/2006).

Nel caso che ci occupa, tuttavia, la motivazione resa dal giudice di prime cure si appalesa incompleta in riferimento alla valutazione delle emergenze istruttorie. Difatti, di tutte le testimonianze assunte nel corso del primo grado sono state prese in considerazione unicamente quelle rese da (*omissis*) e da (*omissis*), ritenute irrilevanti attese le rispettive qualità di socio della (*omissis*) e di amministratore del Condominio (*omissis*) e cioè dell'ente che, secondo il giudice di primo grado, avrebbe concretamente commissionato i lavori e che sarebbe quindi tenuto al pagamento del relativo compenso.

Ebbene, il Tribunale non condivide il giudizio di incapacità ed inattendibilità del teste (*omissis*), il quale all'epoca dei fatti rivestiva la carica di presidente della società Amministrazione (*omissis*), che a sua volta curava l'amministrazione del Condominio (*omissis*), trattandosi, a ben vedere, di soggetto terzo rispetto alle parti coinvolte nella controversia, che vede contrapporsi esclusivamente la (*omissis*) e la sig.ra (*omissis*). Il Condominio (*omissis*), difatti, non è parte del presente procedimento, né è stato evocato in giudizio da alcuna delle parti in causa. Del resto, l'amministratore è incapace a testimoniare solo nel processo in cui rappresenta la società (non potendo assumere contemporaneamente le funzioni di parte e teste) o se nella causa abbia un interesse attuale e concreto e non meramente ipotetico (come è quello relativo ad una solamente ipotizzata responsabilità verso la società) che ne possa giustificare la sua partecipazione al giudizio (Cass. 9826/1996; Cassazione civile sez. II, 07/09/2012, n.14987). In altri termini, un'eventuale incapacità testimoniale sarebbe emersa qualora il Condominio fosse stato parte del presente giudizio per l'inconciliabilità esistente fra la posizione di parte e quella di testimone, diversamente da come avvenuto nella specie.

Positivo si rivela anche il giudizio di attendibilità del medesimo teste, le cui dichiarazioni (volte a dimostrare che il passamano non era stato commissionato dal Condominio) risultano suffragate non solo dalle affermazioni espresse da altri testimoni (cfr. *omissis*) all'udienza del 20.11.2014, il quale ha dichiarato "ricordo che il signore (*omissis*) portò alcuni campioni di passamano e fece scegliere alla signora quello che preferiva; cfr. teste (*omissis*), escusso sempre il 20.11.2014, il quale ha affermato "la circostanza è vera – la sig.ra (*omissis*) ha incaricato personalmente il (*omissis*) della realizzazione del passamano: n.d.r. -, ero presente per i rilievi circa la quantità di cotto da apporre per la stesura del preventivo"), ma soprattutto dal preventivo di spesa del 24.5.2012 redatto dalla (*omissis*) e depositato in atti dalla stessa (*omissis*) (cfr. doc. 4 fascicolo di primo grado appellata) e dalla medesima sottoscritto. Dall'esame del documento in questione emerge, infatti, che quest'ultima fosse ben consapevole delle attività rientranti nel contratto di appalto stipulato dal Condominio con la società appellante, avendovi apposto in calce la sua firma e, soprattutto, del fatto che, tra tali lavorazioni, non rientrasse anche la realizzazione del corrimano in cotto. In effetti, il preventivo di spesa specifica in modo molto dettagliato quali fossero le lavorazioni poste a carico del Condominio (*omissis*), evidenziando altresì come fossero da ritenersi esclusi "eventuali ulteriori interventi eseguiti in altre zone dell'immobile". In altri termini, risulta *per tabulas* che gli interventi commissionati dall'ente condominiale – preventivati nel documento del 24.5.2012 e poi inseriti nel contratto di appalto dell'8.10.2012 – fossero solo quelli elencati, tra i quali non (*omissis*) vi è menzione del corrimano in cotto realizzato sul terrazzo della sig.ra (*omissis*).

Quest'ultima, a riguardo, sostiene che la sottoscrizione del cennato preventivo sia avvenuta solo per la scelta delle piastrelle tipo "savoia vecchia 33,3 x 33,3" da applicare quale pavimentazione sul terrazzo. In realtà, non è dato comprendere per quale ragione, se la sig.ra (*omissis*) era consapevole, avendolo sottoscritto, che il preventivo di spesa predisposto dalla (*omissis*) non ricompredesse anche la realizzazione del passamano in cotto, la stessa non abbia richiesto sia al condominio che alla società appaltatrice di aggiungere, anche a posteriori, tra le spese da porre a carico dell'ente condominiale, anche la posa in opera dello stesso passamano.

In punto di onere della prova, spettava all'appellata dimostrare che, nell'ambito dei lavori affidati dal Condominio alla (*omissis*) fosse da considerarsi incluso anche il passamano in cotto, prova che la sig.ra (*omissis*) avrebbe dovuto rendere in via documentale, stanti i limiti tracciati dagli artt. 2722 c.c., la cui ratio va individuata nella presunzione per cui, se le parti hanno stipulato un contratto in forma scritta è inverosimile che le stesse non formalizzino per

iscritto anche eventuali patti aggiunti o contrari al documento che consacra l'accordo, prevedendo un vero e proprio limite legale alla prova testimoniale. Ne deriva che, non avendo la sig.ra (*omissis*) provato documentalmente che, tra gli interventi commissionati dal Condominio alla società appellante figurasse anche il passamano in cotto, l'affidamento di tale intervento non può essere addebitato all'ente condominiale. Se pure si volesse ipotizzare che i lavori di realizzazione del passamano siano stati concordati successivamente alla conclusione del preventivo e del contratto suddetti, si giungerebbe alle medesime conclusioni, in ragione della previsione contenuta nell'art. 2723 c.c. Pertanto, anche in tal caso sarebbe spettato all'appellata fornire elementi tale da rendere verosimile l'aggiunta o la modificazione verbale del contenuto dei suddetti documenti. Elementi, tuttavia, neppure allegati.

In aggiunta alle considerazioni che precedono, giova precisare che la terrazza ove l'intervento in contesa risulta effettuato parrebbe identificarsi, nonostante le generiche deduzioni sul punto, in un terrazzo a livello, equiparabile, per ciò che concerne il regime delle spese di manutenzione, al lastrico solare, disciplinato dall'art. 1126 c.c. Disposizione che prevede il pagamento, da parte del condomino che ne svolge un uso esclusivo, della quota pari ad 1/3 delle spese, restando i restanti 2/3 a carico dei condomini le cui abitazioni sono servite dal lastrico solare. Giova, tuttavia, precisare che una simile ripartizione delle spese è giustificata, come recita la norma, solo in occasione di attività di riparazione o di ricostruzione, trovando fondamento non nel diritto di proprietà sul lastrico o sulla terrazza medesimi, ma nel principio in base al quale i condomini sono tenuti a contribuire alle spese in ragione all'*utilitas* che la cosa da riparare o da ricostruire è destinata a dare ai singoli lori appartamenti. A tale riguardo, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che rientrano nell'alveo del richiamato art. 1126 c.c. le spese di manutenzione attinenti ad interventi sulle parti di lastrico o di terrazzo a livello deteriorate dall'uso esclusivo, ma comunque collegate alla funzione di copertura dei piani sottostanti, cui il lastrico solare o il terrazzo a livello strutturalmente adempie, nonché le spese di "ricostruzione", ovvero gli interventi che incidono sugli elementi strutturali del lastrico solare o del terrazzo a livello, restando a completo carico del proprietario esclusivo soltanto le spese attinenti a quelle parti del lastrico o terrazzo del tutto avulse dalla funzione di copertura (ad es. spese relative a parapetti, ringhiere) (cfr. Cassazione civile sez. II 25.2.2002 n. 2726).

Nel caso che ci occupa, non solo la sig.ra (*omissis*) non ha allegato né dimostrato che gli interventi in questione attenessero alla manutenzione o ricostruzione del terrazzo, ma non vi sarebbe ragione per addebitare agli altri

condomini le spese relative alla realizzazione di un passamano in cotto che, alla luce dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, non riguarda la copertura o la sicurezza statica del terrazzo, ma un mero rivestimento eseguito verosimilmente per ragioni estetiche, esulando dall'ambito applicativo dell'art. 1126 c.c.

Per i motivi indicati, l'appello risulta fondato e la pronuncia gravata merita di essere riformata, con conseguente conferma del decreto ingiuntivo n. (omissis) emesso dal Giudice di Pace di Teramo.

(1) NOTA

La parte della sentenza che precede in cui si richiama la giurisprudenza della Suprema Corte in tema di sindacato sulla prova nel giudizio di legittimità, appare totalmente superflua in una sentenza di appello in cui l'apprezzamento della prova in termini difformi da quelli della sentenza di primo grado non soffre di alcun limite, se non di quello risultante dal c.d. "effetto devolutivo".

App. L'Aquila, sent. 21 aprile 2022, n. XXXX (est. Iachini Bellisarii)

Giurisdizione civile – Giurisdizione ordinaria e amministrativa – In genere – Azione del titolare di concessione demaniale marittima avverso l'incameramento di manufatti amovibili insistenti sull'area demaniale e di restituzione della parte del canone concessorio determinati per effetto di tale incameramento – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Fondamento

Appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia proposta dal titolare di concessione demaniale marittima avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'incameramento di manufatti amovibili realizzati sull'area oggetto della concessione, nonché la restituzione della parte del canone concessorio determinato sulla base degli anzidetti manufatti.

Con sentenza n. 347/2016, pubblicata il 11.04.2016 il Tribunale dell'Aquila così decise (*omissis*): 2) In accoglimento della domanda avanzata da ... sas, dichiara che gli impianti dello stabilimento balneare attoreo sono di facile rimozione; 3) In accoglimento della domanda avanzata da... sas, dichiara l'attrice non è tenuta a corrispondere le maggiorazioni del canone concessorio dall'anno 2007 in relazione al valore delle pertinenze amovibili, con conseguente condanna delle Amministrazioni convenute al rimborso delle somme percepite in eccesso (*omissis*)

PRIMO MOTIVO DI APPELLO: ERRONEITÀ DELLA SENTENZA. DIFETTO DI GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO.

(*omissis*) L'eccezione non può trovare accoglimento, ma va ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario nella presente controversia.

In primo luogo, va rilevato che l'odierno giudizio è stato introdotto a seguito di riassunzione del giudizio già incardinato presso il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara. Invero, nella sentenza numero 661 del 2008, emessa in data 22 ottobre 2009 e depositata in segreteria in data 5 novembre 2009, il TAR dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione e rimetteva le parti dinanzi al giudice ordinario per la definizione della controversia.

Nel richiamato pronunciamento giurisprudenziale, il giudice amministrativo riteneva che la domanda concernente la rideterminazione dei canoni involge questioni relative semplicemente a "indennità, canoni, ed altri corrispettivi" e non riguarda aspetti discrezionali dell'azione pubblica, ma meri

aspetti patrimoniali, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, il Tribunale Amministrativo Regionale, nella richiamata pronuncia, rilevava che non era ravvisabile, nel caso di specie, un potere discrezionale affidato alla pubblica amministrazione concedente, che si era limitata ad effettuare una mera misurazione delle varie tipologie di aree ed a moltiplicare tali superfici per i coefficienti ed i parametri fissati dalla legge. Non vi era, pertanto, alcun esercizio di poteri pubblicistici.

Uguale discorso veniva condotto per quanto concerne il diritto soggettivo del singolo concessionario a non vedersi assoggettato al pagamento di un canone maggiore di quello imposto secondo le norme di legge. Anche per quanto concerne la quantificazione delle opere come di facile o di difficile rimozione, con conseguente possibile incameramento delle opere inamovibili al demanio dello stato, veniva predicata la giurisdizione del giudice ordinario in quanto l'atto di incameramento ha un valore meramente ricognitivo di un effetto prodotto sulla base della legge. Si tratta, pertanto, di un mero accertamento. Vanno integralmente condivise le determinazioni svolte dal Tribunale Amministrativo Regionale, con conseguente rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione avanzata dalle amministrazioni convenute in quanto, nel caso di specie, la risoluzione della controversia non richiede la valutazione di aspetti discrezionali dell'agire amministrativo, ma riguarda semplicemente l'esatta qualificazione delle opere dello stabilimento balneare ... quali opere amovibili o inamovibili, e il conseguente calcolo del canone concessorio sulla scorta della quantificazione oggettiva del manufatto dell'attore. Al riguardo, la giurisdizione del Giudice ordinario viene riconosciuta anche in relazione alla previsione legislativa dell'articolo 133 del Codice del Processo Amministrativo, per il quale sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti inerenti la concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie che riguardano esclusivamente indennità, canoni, ed altri corrispettivi, che vengono determinati sulla scorta di criteri oggettivi prefissati dalla legge.”

Secondo parte appellante, il primo giudice avrebbe dovuto comunque dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, quantomeno per la parte attinente alla determinazione dei canoni, per essere la controversia devoluta, in virtù della più recente (a suo dire) giurisprudenza, alla cognizione del giudice amministrativo.

A sostegno di tale assunto, vengono citati gli orientamenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, secondo i quali (C.d.S. 5289/2013, C.d.S. 7505/2010; C.d.S. 3348/10): “Sussiste la giurisdizione del g.a. per il contenzioso relativo ai provvedimenti di rideterminazione del canone demaniale per

le concessioni marittime, in applicazione dell'art. 1 comma 251, l. 27 dicembre 2006 n. 296, trattandosi non di mera quantificazione del canone, ma di integrale revisione previa ricognizione tecnico - discrezionale del carattere di pertinenze demaniali marittime delle opere, in precedenza realizzate dal concessionario, nonché in considerazione dell'inamovibilità, o meno, delle stesse".

Secondo parte appellante, la decisione del tribunale aquilano sarebbe errata laddove ha ritenuto che il caso sottoposto al suo esame involgesse soltanto l'apprezzamento dell'entità dei canoni e non riguardasse aspetti discrezionali dell'azione pubblica, di talché la posizione del singolo concessionario aveva la consistenza del diritto soggettivo tutelabile innanzi al giudice ordinario: dovrebbe conseguire, quindi, che andava dichiarata la giurisdizione amministrativa, volta che si era in presenza di una contestazione in merito alla qualificazione del rapporto concessorio ed in presenza di integrale revisione del canone concessorio, da effettuare ex art. 1, comma 251, della legge 27.12.2006, n. 296, previa ricognizione tecnico-discrezionale del carattere di pertinenze demaniali marittime delle opere, in precedenza realizzate dal concessionario, nonché in considerazione dell'inamovibilità, o meno, delle stesse.

Sulla medesima eccezione si è pronunciato il tribunale di prime cure che, richiamandosi alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara n. 661/2008, emessa in data 22 ottobre 2009 e depositata in segreteria in data 5 novembre 2009, ha ritenuto di rigettare in toto la stessa non venendo in rilievo, nella fattispecie esaminata, alcun esercizio di poteri pubblicistici, dal momento che l'art.49 cod. della navigazione si applica ope legis, senza alcuna valutazione discrezionale della p.a., mentre il calcolo dei canoni dovuti richiede semplicemente una moltiplicazione delle tali superfici inamovibili per i coefficienti ed i parametri fissati dalla legge, senza margini di giudizio o valutazione.

La appellata società sostiene il rigetto di questo motivo di appello in quanto il disposto dell'art. 37 c.p.c. trova una limitazione nell'ipotesi di *traslato iudicii*, dal momento che il G.O. può rilevare di ufficio il difetto di giurisdizione soltanto rimettendo la questione alle Sezioni Unite della Cassazione, di conseguenza con il deposito delle comparse costituzionali nel giudizio di primo grado, si è venuto a formare il giudicato sulla giurisdizione del giudice adito.

Ad avviso della Corte la censura è in ogni caso priva di fondamento e va rigettata.

Nel caso che qui ci interessa, l'impugnazione in materia di difetto di giurisdizione è pienamente ammissibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11

commi 1 e 2 c.p.a. (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), non di meno, il gravame va rigettato, in forza del *petitum* sostanziale del presente giudizio.

Invero, nella lunga ed accidentata *quaestio* del riparto giurisdizionale tra g.o e g.a. e, ai fini di allineare la tutela giurisdizionale ai canoni dell'Unione Europea, che non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, il legislatore e la prevalente giurisprudenza si sono orientati verso il c.d. "riparto di giurisdizione per blocchi di materia", attribuendo la cognizione al g.a., oppure al g.o, a seconda della materia oggetto del giudizio e, tendenzialmente, senza distinguere tra tutela di diritti o interessi legittimi.

Per grandi linee, è possibile affermare che, attualmente, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il *petitum* sostanziale della domanda concerne un diritto soggettivo e prescinda dall'impugnazione di atti o provvedimenti emessi dalla p.a. in forza della discrezionalità cosiddetta amministrativa e/o tecnica, ovvero, quando la valutazione che la p.a. sia chiamata a compiere sia strettamente connessa all'applicazione pedissequa di una legge.

"La giurisdizione deve, dunque, essere determinata sulla base della domanda e, ai fini del relativo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione compiuta dalle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto bensì della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati" (ex multis, Cass. S.U. 2 ottobre 2019, n. 24609).

Orbene, il *petitum* sostanziale dell'appellata società ...mirava ad ottenere:

- la dichiarazione di totale amovibilità delle strutture presenti in loco, con preclusione dell'operatività, nel caso specifico, dell'art.49 cod. nav.;
- la restituzione della somma dei canoni pagati in eccesso.

Si trattava, quindi, di azione contro l'incameramento, come tale diretta ad ottenere il riconoscimento di proprietà da parte del concessionario per ragioni estranee al rapporto concessorio e sulla base di accertamenti che prescindevano da discrezionalità amministrativa, sicchè la giurisdizione esclusiva invocata anche in appello dalle Amministrazioni appellanti in

materia di concessioni di beni pubblici non poteva estendersi a fattispecie coinvolgente, in pratica, la sola possibilità di rimozione delle strutture, idonea ad escludere l'accessione gratuita in favore dello Stato e, quindi, l'accertamento della proprietà in favore del privato concessionario.

Nessun ambito di discrezionalità era identificabile in capo alle amministrazioni appellanti, dal momento che, una volta chiarito, con l'ausilio di un

esperto, tramite CTU, ed in puntuale applicazione dell'art.49 cod. nav., se le strutture presenti nello stabilimento fossero amovibili o meno, i canoni andavano restituiti ovvero confermati.

Ritiene, pertanto, questo collegio di rigettare la censura e dichiarare correttamente incardinato il giudizio dinnanzi al giudice ordinario (*omissis*).

Giurisprudenza penale

Corte d'Appello di L'Aquila - Ord. 17.3.2022 - Pres. Manfredi - Est. de Aloysio - Imp. Z.

Ricusazione - Indebita manifestazione del convincimento da parte del Giudice.

Costituisce indebita manifestazione del convincimento l'anticipazione della valutazione sul merito della res iudicanda o sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato in ordine ai fatti oggetto del processo, compiuta all'interno del procedimento, o in uno connesso, senza che esse siano imposte o giustificate dalle sequenze procedurali o allorché esse invadano, senza necessità e nesso funzionale con l'atto da compiere, l'ambito della decisione finale di merito.

Integra indebita manifestazione del convincimento l'intervento del Giudice che, durante l'esame dell'imputato, intervenga più volte, anche interrompendo lo stesso, esponendo il proprio parere sulle affermazioni da lui rese.

(omissis)

Vista la dichiarazione di ricusazione, depositata in Cancelleria in data 11/2/2022 dall'imputato Z., nei confronti dei dottori *(omissis)*, giudici del Tribunale di L'Aquila, nell'ambito del procedimento penale n. *(omissis)* Proc. Rep. L'Aquila;

rilevato che in tale dichiarazione Z., dopo avere premesso di essere stato tratto a giudizio dinanzi al Tribunale di L'Aquila per rispondere dei reati di diffamazione aggravata, calunnia aggravata e rivelazione di segreti d'ufficio, ha esposto che all'udienza tenutasi il giorno 8/2/2022, nel corso dell'esame di esso imputato, il presidente del Collegio giudicante, dott.ssa *(omissis)*, attraverso l'uso di determinate espressioni diffusamente riportate nella suddetta dichiarazione, aveva manifestato indebitamente, con l'acquiescenza dei giudici a latere, il proprio convincimento sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, così incorrendo nella violazione dell'art. 37 c.p.p.; rilevato che, all'udienza del 17/3/2022, fissata per la trattazione del presente procedimento, al termine della discussione, il Procuratore Generale ha concluso chiedendo dichiararsi l'infondatezza della dichiarazione di ricusazione, mentre il difensore dell'imputato ha insistito per l'accoglimento della stessa;

considerato che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte (v. Cass. n. 27996/21, Cass. n. 26974/20, Cass. n. 43965/15), costituisce indebita manifestazione del convincimento, rilevante ai sensi dell'art. 37 c.p.p., l'anticipazione di valutazione sul merito della *res iudicanda* o sulla

colpevolezza o innocenza dell'imputato in ordine ai fatti oggetto del processo, compiuta all'interno del procedimento, o in uno connesso, senza che esse siano imposte o giustificate dalle sequenze procedurali previste dalla legge o allorché esse invadano, senza necessità e nesso funzionale con l'atto da compiere, l'ambito della decisione finale di merito, anticipandone in tutto o in parte gli esiti;

rilevato che, nell'ambito del procedimento penale instaurato nei confronti dell'istante, come emerge dal verbale dell'udienza del 8/2/2022 redatto con il sistema della fono trascrizione, allegato alla suddetta dichiarazione, durante l'esame dell'imputato, la presidente dott.ssa (*omissis*) è intervenuta più volte, anche interrompendo l'imputato, esponendo il proprio parere sulle affermazioni rese da quest'ultimo (v. pag. 31 verb. ud. 8/2/22 da fonotrascr. Presidente: "Non capisco perché si incaponisca ...non capisco perché sono tre ore che discutiamo di questo punto, ma è talmente evidente. Scusi eh") e giungendo, infine, ad asserire che alcune dichiarazioni non erano credibili (v. pag. 44 e pag. 45 verb. ud. 8/2/22 da fonotrascr. Presidente: "allora io le dico, proprio perché voglio che lei si difenda, che tutto questo francamente non è credibile, mentre invece è molto più credibile, al di là di quello che poi è il giudizio, il contrario, ...dica qualcosa che sia quantomeno credibile, sennò non si può credere a questo");

considerato che le affermazioni della dott.ssa (*omissis*) sopra richiamate comportano, in buona sostanza, direttamente una valutazione di infondatezza della versione difensiva dei fatti ed indirettamente, di contro, un giudizio di fondatezza, quanto meno parziale, dell'ipotesi accusatoria;

considerato che le menzionate esternazioni della dott.ssa (*omissis*), rese a margine dell'esame dell'imputato e, quindi, definibili indebite, perché rese in assenza di qualsiasi esigenza valutativa procedimentale, sono idonee a rendere manifesto, seppur indirettamente, un convincimento anticipato sulla consistenza delle accuse mosse nei confronti dell'istante, così integrando la causa di ricusazione prevista dall'art. 37 comma 1 lett. b) c.p.p.;

ritenuto, pertanto, che la dichiarazione di ricusazione in esame debba essere accolta, ma solo nei confronti della dott.ssa (*omissis*), atteso che gli altri due magistrati componenti del collegio giudicante non sono in alcun modo intervenuti nel corso dell'udienza del 8/2/2022, né il loro silenzio può essere interpretato come acquiescenza alle affermazioni della dott.ssa (*omissis*), in quanto non era in loro facoltà intervenire autonomamente nel corso del dibattimento e formulare domande, se non tramite il presidente;

considerato, infine, che all'accoglimento, anche se parziale, della menzionata dichiarazione di ricusazione, deve seguire la declaratoria di nullità dell'esame dell'imputato svoltosi all'udienza del 8/2/2022, avuto riguardo a tutto quanto sopra rilevato;

visti gli artt. 37, 40, 41 e 42 c.p.p.

PQM

Accoglie, nei soli confronti della dott.ssa (*omissis*), la dichiarazione di ricusazione proposta da Z. nell'ambito del procedimento penale n. (*omissis*) Proc. Rep. L'Aquila, (n. *omissis* R.G. Trib). respingendo per il resto la citata dichiarazione.

Dichiara la nullità dell'esame dell'imputato tenutosi, nell'ambito del menzionato procedimento, all'udienza del 8/2/2022.
(*omissis*)

Tribunale di Teramo - Sent. 6.10.2022 - Pres. Conciatori - Est. Ferretti - Imp. D.

Maltrattamenti in famiglia - Abitualità della condotta - Necessità.

Il delitto di maltrattamenti presuppone una condotta abituale, ampia ed unitaria, proiettata ad imporre al soggetto passivo un regime di vita vessatorio, mortificante ed insostenibile che si estrinsechi in più atti lesivi, realizzati in tempi successivi, dell'integrità, della libertà, dell'onore, del decoro del soggetto passivo o, più semplicemente, in atti di disprezzo, di umiliazione, di asservimento che offendano la dignità della vittima.

(omissis)

Con riferimento al reato ex art. 572 c.p. di cui al capo A), occorre premettere che la condotta è integrata dal compimento di più atti, delittuosi o meno, di natura vessatoria, i quali determinano sofferenze fisiche o morali, realizzati in momenti successivi, senza che sia necessario che essi vengano posti in essere per un tempo prolungato, essendo, invece, sufficiente la loro ripetizione, anche se per un limitato periodo di tempo (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, n. 25183/2012).

Il concetto di maltrattamenti, pur non definito in modo analitico dal legislatore, presuppone una condotta abituale che si estrinseca in più atti lesivi, realizzati in tempi successivi, dell'integrità, della libertà, dell'onore, del decoro del soggetto passivo o più semplicemente in atti di disprezzo, di umiliazione, di asservimento che offendono la dignità della vittima risolvendosi in vere e proprie sofferenze morali (cfr. Cass. pen., Sez. VI, ri. 44700/2013).

Il bene protetto dalla norma non può ritenersi tout court compromesso ogniquale volta si verificano fatti che ledono o pongono in pericolo l'incolumità personale, la libertà, l'onore di una persona della famiglia, richiedendosi piuttosto per la configurabilità del reato che tali fatti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, proiettata ad imporre al soggetto passivo un regime di vita vessatorio, mortificante ed insostenibile.

L'incriminazione comporta, difatti, l'assegnazione di particolare disvalore soltanto alla reiterata aggressione all'altrui personalità, assegnando autonomo rilievo penale all'imposizione di un sistema di vita caratterizzato da sofferenze, afflizioni, lesioni dell'integrità fisica o psichica, le quali incidono negativamente sulla personalità della vittima e su valori fondamentali propri della dignità e della condizione umana.

In particolare, ai fini della sussistenza della fattispecie oggettiva, è necessaria una ripetizione di atti che si protragga, con le caratteristiche sopra

indicate, per un apprezzabile lasso temporale.

Il legislatore, quindi, con la previsione in esame, ha attribuito particolare disvalore soltanto alla reiterata aggressione all'altrui personalità, assegnando autonomo rilievo penale all'imposizione di un sistema di vita caratterizzato da sofferenze, afflizioni, lesioni dell'integrità fisica o psichica, le quali incidono negativamente sulla personalità della vittima e su valori fondamentali propri della dignità e della condizione umana. Fatti episodici, pur lesivi dei diritti fondamentali della persona, ma non riconducibili nell'ambito della descritta cornice unitaria, perché traggono origine da situazioni contingenti e particolari che sempre possono verificarsi nei rapporti interpersonali di una convivenza familiare, non integrano il delitto di maltrattamenti, ma conservano eventualmente, se ne ricorrono i presupposti, la propria autonomia come delitti contro la persona (minacce, percosse, lesioni), già di per sé sanzionati dall'ordinamento giuridico.

Esposti sinteticamente i principali elementi di prova rilevanti ai fini del decidere e richiamati i tratti distintivi del delitto di cui all'art. 572 c.p., occorre svolgere alcune considerazioni in ordine alle dichiarazioni della persona offesa, principale fonte di prova a carico del prevenuto. Come è noto tale fonte di prova, perfino laddove sia esperita l'azione civile nel processo penale, può sorreggere l'affermazione della responsabilità, senza necessità di riscontri. Va rammentato al riguardo l'insegnamento della Corte di legittimità per il quale "le dichiarazioni della persona offesa - cui non si applicano le regole dettate dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. - possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone e corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto" (cfr., tra le altre, Cass. Sez. II, n. 43278/2015). Si tratta di principi giurisprudenziali più volte affermati dalla Suprema Corte, anche nella sua composizione più autorevole (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., n. 41461/2012; più di recente, vds. Cass. Pen., Sez. V, n. 21662/2018). La giurisprudenza di legittimità, che non richiede ai fini della valutazione delle dichiarazioni provenienti dalla persona offesa costituita parte civile l'acquisizione di riscontri così come richiesto dall'art. 192 c.p.p. con riferimento ad altre fonti di prova, impone dunque un vaglio critico della narrazione della persona offesa, al fine di scongiurare che dichiarazioni accusatorie provenienti da persone interessate all'esito del procedimento penale, in assenza di valutazione rigorosa quanto alla loro logicità e non contraddittorietà, possano condurre a condanne in difetto di ulteriori elementi di prova.

Orbene, lo scrutinio rigoroso imposto dalla giurisprudenza di vertice non consente di ritenere integrato, con riferimento al caso di specie, il reato di maltrattamenti in famiglia.

(omissis)

Ciò posto, la narrazione effettuata dalla persona offesa non offre elementi utili da cui poter desumere ipotesi di maltrattamenti in famiglia, trattandosi evidentemente di una situazione di crisi coniugale, degenerata in contrasti con discussioni accese e finanche con contatti fisici, senza mai tuttavia trasmodare in aggressioni di natura vessatoria, volte a mortificare in maniera insostenibile la dignità e l'integrità psicofisica del coniuge.

Tribunale di Chieti - Decr. 12.9.2022 - G.I.P. De Ninis - Imp. D.B. + altri.

Sequestro preventivo finalizzato alla confisca - Amministrazione dei beni sequestrati (art. 104 bis disp.att. c.p.p.) - Competenza del giudice che dispone il sequestro.

L'unico organo avente competenze gestionali della procedura di Amministrazione Giudiziaria è sempre il giudice che ha emesso la misura cautelare reale, secondo modalità che si differenziano in ragione della sua struttura monocratica (nel qual caso il giudice penale riunisce in sé le funzioni del collegio e del giudice delegato) o collegiale (nel qual caso si rinvia alla disciplina degli artt. 35 e ss. Codice Antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)).

(omissis)

§ 2. La questione della competenza dello scrivente GIP si pone in ragione dell'imperfetta formulazione, delle successive modifiche e dell'arduo raccordo tra le seguenti disposizioni:

- l'art. 104 bis c. 1 bis disp. att. c.p.p., che attribuisce la nomina dell'A.G., in materia di misure di prevenzione riservata al Tribunale quale organo collegiale (cfr. art. 35 c.1° CAM), al giudice che ha emesso il decreto di sequestro, anche se monocratico.

- l'art. 104 bis c. 1 ter disp. att. c.p.p., che attribuisce al giudice che ha emesso il decreto di sequestro, se monocratico, "i compiti del G.D. delegato alla procedura"; mentre, se il sequestro è emesso da organo collegiale, tali compiti sono affidati al G.D. nominato ex art. 35 c.1° C.A.M.;

- l'art. 42 c. 5° CAM, che riserva al Tribunale quale organo collegiale, "sentito il G.D.", la decisione sull'acconto richiesto dall'A.G..

2.1 Ha osservato il difensore della società in sequestro che, in materia di sequestro preventivo di aziende/società ex art. 104 bis disp. att. c.p.p., né la legge né la giurisprudenza di legittimità hanno definito il perimetro dei compiti del G.D. rispetto a quelli del Tribunale.

Ad avviso dello scrivente tale osservazione, nondimeno assai utile, sconta un pre-giudizio che non è stato preliminarmente dimostrato: cioè che sussista sempre un organo collegiale sovraordinato - sulla falsariga della ripartizione delle funzioni di gestione della procedura tra Tribunale e G.D., come prevista dalla disciplina del CAM richiamata dall'art. 104 bis cit. - anche nell'ipotesi di amministrazione giudiziaria prevista dalla predetta disposizione di attuazione del c.p.p..

L'alternativa ermeneutica è però quella di ritenere invece che, in materia

penale, l'unico organo avente competenze gestionali della procedura di A.G. sia sempre il giudice che ha emesso la misura cautelare reale, secondo modalità che si differenziano in ragione della sua struttura monocratica (nel qual caso il giudice penale riunisce in sé le funzioni del collegio e del G.D.) o collegiale (nel qual caso si rinvia alla disciplina degli artt. 35 e ss. CAM).

L'alternativa che appare preferibile, e che qui si anticipa, è la seconda di quelle appena poste, nonostante l'apparente contrasto con il richiamo ai soli "compiti del G.D." contenuto nell'art. 104 bis c. 1 ter disp. att. c.p.p.: richiamo che sotto il profilo letterale può essere inteso - attribuendo alla congiunzione "ovvero" il significato di "cioè, vale a dire" e non quello di "oppure" - come riferito ai soli casi in cui il giudice penale sequestrante sia organo collegiale.

Si ritiene infatti che l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p. conducano a ritenere, in materia di sequestro preventivo di beni che necessitano di amministrazione giudiziaria, che tutte le competenze del G.D. e del Tribunale disciplinate dal CAM s'incentrino nella figura del giudice penale che ha emesso il sequestro, anche se si tratta di organo monocratico.

Per conseguenza, lo sdoppiamento delle figure del G.D. e del Tribunale collegiale previsto dal CAM permane solo qualora sia collegiale anche l'organo giudiziario che adotta il sequestro, in ragione del richiamo ex art. 104 bis c. 1 ter cit., con conseguente suddivisione di competenze tra collegio e G.D..

Al contrario, nel caso in cui il sequestro preventivo sia adottato da giudice monocratico, tale giudice riunisce in sé tutte le competenze, anche collegiali, previste dal CAM nella disciplina dell'amministrazione giudiziaria.

2.2 La genesi e la ratio della disciplina ex art. 104 bis cit. e succ. modifiche inducono infatti a ritenere che, in caso di sequestro preventivo avente ad oggetto aziende società o beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, vi è un unico organo competente a gestire la procedura: il giudice penale che ha adottato il sequestro.

Osserva al riguardo Cass. Sez. 1^a n° 28212/2019 che

« Questa impostazione, volta "a ottimizzare le operazioni di gestione... concentrando le relative competenze in capo a un unico organo... in una prospettiva... di migliore efficienza delle pratiche gestorie" - v. Sez. I, n. 54867 del 17 maggio 2018, conti. comp. in proc. Sardegna ed altro - è stata poi di recente estesa, dalla legge n. 161 del 2017, a tutti i sequestri aventi ad oggetto beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione.

Con questa legge si è interpolato l'art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen. prevedendo -comma 1-bis - che il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione e - comma 1-ter - che "i com-

piti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni". Si può ora affermare che "in tema di sequestro preventivo, a seguito dell'introduzione, nell'art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen., del comma 1-ter, ad opera della legge 17 ottobre 2017, n. 161, competente a decidere sulle modifiche al regime di amministrazione dei beni sottoposti a vincolo è, anche durante la pendenza del processo, il giudice che ha emesso il provvedimento" - Sez. 1, n. 56412 del 03/05/2018, Trib. Roma, Rv. 274868. »

È vero che tali considerazioni fondano direttamente solo la deroga alle regole ordinarie, per le quali le vicende della misura reale sono competenza del giudice procedente, prevista dall'art. 104 bis c. 1 ter cit.: il quale stabilisce invece che il giudice che ha emesso il sequestro provvede (letteralmente: esercitando i compiti del G.D., ma vedi infra) anche nelle successive fasi e nei successivi gradi del procedimento.

Ma da tale fondamento deriva altresì, con argomento teleologico, che quando il giudice che dispone il sequestro sia monocratico, egli debba rivestire non solo le funzioni che il CAM attribuisce al G.D., ma anche quelle riservate al Tribunale. Nel caso contrario si dovrebbe individuare un collegio, diverso da quello tributario del processo di merito, con il risultato di complicare ulteriormente la gestione della procedura e in piena contraddizione con la finalità indicata dalla Corte di Cassazione.

Per converso si deve allora ritenere che - nei casi in cui il giudice che dispone il sequestro preventivo è organo monocratico, quasi sempre il GIP - non rivestono alcun ruolo di gestione della procedura di amministrazione:

- né il giudice penale procedente nel merito (nelle fasi successive a quella in cui è stato emesso il sequestro): competenza espressamente esclusa dall'art. 104 bis c. 1 ter cit.;

- né un ipotetico specifico collegio avente funzioni sovraordinate al Gip (o comunque al giudice monocratico) che abbia disposto il sequestro preventivo: organo che in materia penale risulta di ardua se non impossibile configurazione.

2.3 Il principio secondo cui il giudice penale che emette il sequestro preventivo nei casi ex art. 104 bis cit. assomma in sé tutti i poteri di gestione disciplinati dal CAM, sia in capo al G.D. sia in capo al Tribunale, fonda sui concordanti argomenti teleologico, letterale e sistematico.

Innanzitutto, come detto, l'argomento teleologico.

Nei casi in cui il giudice del sequestro preventivo è monocratico ritenere necessaria la costituzione di un organo collegiale a lui sovraordinato contraddice lo scopo del legislatore di “ottimizzare le operazioni di gestione... concentrando le relative competenze in capo a un unico organo... in una prospettiva... di migliore efficienza delle pratiche gestorie” (Cass. Sez. I, n. 54867/2018).

Solo qualora l’organo che dispone il sequestro preventivo è esso stesso collegiale, è effettivamente necessaria l’adozione di un modello operativo che concentri le competenze ordinarie in capo al G.D., sulla falsariga di quello disciplinato dall’art. 35 CAM, nominato dallo stesso collegio emittente il decreto di sequestro (art. 104 bis c. 1 ter ult. parte disp. att. c.p.p.).

Tale ripartizione di funzioni non è necessaria, invece, se il giudice del sequestro preventivo è monocratico. Potrebbe ritenersi richiesta solo per ragioni di migliore ponderazione e garanzia.

Ma tali esigenze, certamente fondanti la disciplina del CAM e delle misure di prevenzione, non ricorrono invece nelle amministrazioni giudiziarie dei beni in sequestro preventivo, dove operano le diverse e maggiori garanzie del processo penale.

Per converso, ritenere sempre applicabile la ripartizione delle funzioni disciplinata dal CAM è principio contraddittorio con l’esigenza di concentrazione della gestione che fonda la disciplina ex art. 104 bis disp. att. c.p.p..

2.4 Si pone allora la seguente ipotesi di ricostruzione letterale e sistematica della normativa.

2.4.1 Il comma 1 bis assegna al giudice del sequestro preventivo la competenza alla nomina dell’A.G.: vale dire l’atto che, nella materia del CAM, costituisce la competenza primaria del Tribunale quale organo collegiale, presupposto dell’intero procedimento di prevenzione.

È questo il primo indice dell’autosufficienza del giudice penale monocratico in materia di amministrazione giudiziaria dei beni in sequestro: se il collegio previsto dal CAM sussistesse anche in caso di sequestro preventivo assunto da giudice monocratico, all’organo collegiale e sovraordinato avrebbe dovuto essere attribuito innanzitutto il potere di nomina dell’A.G., che invece è espressamente riservato al giudice del sequestro.

In senso contrario non pare potersi sostenere che anche la nomina dell’A.G., prevista dal comma 1 bis, debba seguire la ripartizione di funzioni tra G.D. e collegio indicata nel successivo comma 1 ter: in ogni caso infatti il richiamo alla ripartizione delle funzioni ex art. 35 CAM varrebbe solo per il caso di giudice penale sequestrante collegiale, attraverso il richiamo alla disciplina dell’analogo organo collegiale previsto dal CAM.

Nessuna specifica disciplina è invece prevista in caso di giudice penale monocratico.

2.4.2 Il comma 1 ter assegna al giudice del sequestro preventivo i compiti del Giudice Delegato alla procedura nel corso di tutto il procedimento (penale): vale a dire che, per il predetto principio di concentrazione, esclude che il giudice competente per il merito debba interloquire sulla gestione dell'amministrazione dei beni in sequestro.

Ma allora perché si limita a richiamare i soli compiti del G.D.? Tale limitazione appare inappropriata perché non chiarisce, in caso di giudice penale monocratico, quale organo svolga le funzioni del collegio previsto dal CAM e come debba essere costituito. Nessuna norma permette infatti di stabilire come, quando e da chi debba essere costituito l'organo collegiale corrispondente al Tribunale previsto dal CAM: previsione che sarebbe stata invece indispensabile, per ritenere necessaria la costituzione di un collegio sovraordinato anche in caso di sequestro preventivo disposto dal GIP o dal giudice monocratico.

2.4.3 Ne consegue, in tale contesto, che deve ritenersi fondata l'interpretazione letterale secondo cui la congiunzione "ovvero" contenuta nel predetto art 104 bis c. 1 ter vada intesa nel senso di "cioè", vale a dire con richiamo alla disciplina CAM sul giudice delegato solo per il caso di giudice penale collegiale; in tal caso la necessità di estendere le competenze del giudice sequestrante monocratico all'intero corso del procedimento, che evidenzia la scarsa precisione della disposizione, fonda su una elementare necessità di coordinamento logico-sistematico, tenendo conto che le funzioni del G.D. sono sempre svolte dal predetto giudice.

2.4.4 Tali logica e finalità della disposizione sono le uniche coerenti con l'attribuzione al giudice penale sequestrante, da parte del precedente comma 1 bis, del potere di nomina dell'A.G..

Per converso - in disparte l'ulteriore circostanza che, nel caso di specie, la nomina dell'A.G. fu originariamente disposta ai sensi dell'art. 53 D. Lgs. 231/2001, quindi necessariamente dallo scrivente GIP - non pare possibile sostenere che il giudice penale sequestrante, se monocratico, debba affidare ad un collegio ad hoc sia la nomina dell'A.G. sia la propria individuazione quale G.D. (vedi *infra*).

Tale alternativa potrebbe in astratto fondare sullo stesso richiamo all'applicazione degli artt. 35 e ss. del CAM (libro I titolo III), prevista dal predetto art 104 bis c. 1 bis. Ma si tratta di una alternativa del tutto insoddisfacente.

Si osservi che l'art. 35 c. 1° CAM dispone che (in materia di misura di prevenzione) "con il provvedimento con il quale dispone il sequestro il

Tribunale [collegiale] nomina il giudice delegato alla procedura e un amministratore giudiziario”: disposizione che, nonostante il generico richiamo agli artt. 35 e ss. CAM., pare incompatibile con la nomina prevista dall’art. 104 bis c. 1 bis disp att. c.p.p. nel caso di giudice penale monocratico.

Non vi sarebbe infatti alcuna logica nel ritenere che il GIP sequestrante debba investire il Tribunale, in composizione necessariamente diversa da quella operante per il giudizio penale di merito, sia per nominare l’A.G. (così contraddicendo il potere diretto di nomina a lui riservato dal c. 1 bis) sia per farsi nominare G.D. (così contraddicendo lo stesso principio di concentrazione della gestione della procedura che fonda l’intera disciplina ex art. 104 bis c. 1 bis e c. 1 ter cit.).

Per converso assai più coerente e rispettoso della finalità di concentrazione è l’interpretazione secondo il richiamo dell’art. 104 bis c. 1 bis agli artt. 35 e ss. del CAM (libro I titolo III), opera nei limiti della loro compatibilità con la natura monocratica o collegiale del giudice che nomina l’A.G..

Solo in caso di giudice sequestrante collegiale, allora, andrà applicata anche la disciplina della ripartizione delle funzioni, come chiarisce il successivo c. 1 ter. Se invece il sequestro è disposto da giudice monocratico tale ripartizione non può esserci ed il giudice penale eserciterà anche le attribuzioni del collegio, a partire dalla nomina dell’A.G..

2.5 Si ritiene pertanto che non solo la nomina dell’amministratore giudiziario, come prevede espressamente l’art. 104 bis c. 1 bis cit., ma anche le altre attribuzioni che il CAM riserva al collegio nella procedura di prevenzione, in materia di sequestro preventivo penale siano sempre attribuite al giudice che ha emesso il decreto di sequestro preventivo, anche se monocratico.

(omissis)

Tribunale di Pescara - Decr. 9.9.2022 - G.U.P. in funzione di Giudice dell'esecuzione de Rensis - Imp. V.

Confisca facoltativa - Competenza del Giudice dell'esecuzione - Abnormalità.

È abnorme il provvedimento del giudice dell'esecuzione che, dopo aver emesso sentenza di applicazione della pena, disponga la confisca facoltativa di un bene dell'imputato, non disposta nella sentenza conclusiva del procedimento di cognizione, potendo il giudice dell'esecuzione operare il rimedio previsto dall'art. 676 c.p.p. soltanto nei casi in cui la cosa sequestrata sia riconducibile ad uno dei casi di confisca obbligatoria.

(omissis)

letta l'istanza inviata dalla difesa in data *(omissis)*;

ritenuto che la stessa sia accoglibile, alla luce dell'insegnamento impartito da Cass. sez. I n. 35779 del 6-7/29-9-2021 secondo il quale: "Secondo quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, il provvedimento con cui il giudice della cognizione, dopo aver emesso sentenza di applicazione di pena su richiesta delle parti, dispone, a seguito di istanza di dissequestro, la confisca facoltativa di un bene dell'imputato, deve considerarsi abnorme, posto che il rimedio per l'omessa decisione sulla confisca pronunciata in sentenza è costituito dall'impugnazione della pronuncia e non può, pertanto, consistere in una separata decisione assunta dopo la sentenza di applicazione della pena concordata (Sez. 6, n. 52007 del 16/10/2018, Ammerti, Rv. 274578 - 01; Sez. 5, n. 26481 del 4/5/2015, Cannone, Rv. 264004; Sez. 6, n. 10623 del 19/2/2014, Laklaa, Rv. 261886 - 01). Ne consegue che il provvedimento impugnato, così come quello genetico di applicazione della confisca, devono essere annullati, avuto riguardo all'adozione della misura ablativa ad opera del giudice della cognizione successivamente all'emissione della sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. 3. In ogni caso, va ricordato che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, in assenza di una esplicita statuizione sulla confisca facoltativa nella sentenza di applicazione della pena, non è possibile, anche dopo la modifica apportata al comma 1 dell'art. 445 cod. proc. pen. ad opera dell'art. 2, legge n. 134 del 2003, che la confisca venga disposta in sede esecutiva, potendo il giudice dell'esecuzione operare il rimedio previsto dall'art. 676 cod. proc. pen. soltanto nei casi in cui la cosa sequestrata sia riconducibile a uno dei casi di confisca obbligatoria (Sez. 1 n. 16005 del 18/1/2016, Ren, Rv. 267712 - 01;

Sez. 3, n. 2444 del 23/10/2014, dep. 2015, Anibaldi, Rv. 262399 -01; Sez. 1, n. 6650 del 5/2/2008, Potorti, Rv. 239310 - 01).”;

PQM

visti gli artt. 667, co. 4, e 676, co. 1, c.p.p. DISPONE il dissequestro e la restituzione a V. della quota di (*omissis*).

Tribunale di Pescara – Sezione Penale – ordinanza 21 luglio 2022 – N. 23/22
RIMCR; est. G. Sarandrea

Fallimento società di persone – procedimento penale – contestazione reati tributari – sequestro preventivo beni appartenenti ai soci – istanza di dissequestro proposta dalla curatela – rigetto – prevalenza della confisca obbligatoria sulle ragioni creditorie del fallimento - sussiste.

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari previsto dal decreto legislativo n. 74/2000 - articolo 12 bis comma 1, prevale sui diritti di credito vantati sul medesimo bene per effetto di qualsiasi procedura concorsuale (concordato preventivo o fallimento), attesa l'obbligatorietà della misura ablatoria alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro; da ciò ne deriva che il rapporto tra il vincolo imposto dall'apertura della procedura concorsuale e quello discendente dal sequestro deve essere risolto a favore della seconda misura prevalendo sull'interesse dei creditori l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene oggettivamente ed intrinsecamente pericoloso, in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. (1)

(omissis)

La curatela del Fallimento L. G. ha impugnato il provvedimento emesso dal Tribunale di Pescara che ha rigettato la richiesta di dissequestro dei beni sopra indicati, assumendo l'erroneità di tale decisione atteso che il suddetto sequestro preventivo finalizzato alla confisca disposto dal Gip dovrebbe lasciare il passo alle vicende relative la procedura fallimentare relativa alla società L.G. e ciò in quanto con la sentenza di fallimento pronunciata dal Tribunale di Pescara il 10.1.2019 il fallito sarebbe stato privato dell'amministrazione e della disponibilità dei beni sociali e dunque incidendo la sentenza di fallimento sulla operatività della confisca obbligatoria. *(omissis)* La questione sollevata dall'appellante attiene al rapporto esistente tra il provvedimento di sequestro in relazione a delitti in materia tributaria ed il fallimento della società in essi coinvolta. Lo stesso giudice nel provvedimento impugnato dà espressamente conto di tale aspetto, non disconoscendo dunque le ragioni su cui la curatela appunta le proprie doglianze, ritenendo al contrario di condividere l'orientamento giurisprudenziale per il quale in tal caso sia la confisca obbligatoria a prevalere sulle ragioni creditorie nell'ambito di una procedura

fallimentare. (*omissis*)

È il caso di evidenziare infatti come la Cassazione, nella sentenza n. 3575 del 26.11.2021 ha rilevato la prevalenza del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari, prevista dall'articolo 12-bis, comma 1 del decreto legislativo n. 74 del 2000, sui diritti di credito vantati sul medesimo bene per effetto di qualsiasi procedura concorsuale e ciò sia se si tratti di concordato preventivo o, come nella specie, di fallimento ed anche, e su ciò erra la curatela, qualora la dichiarazione di fallimento sia intervenuta prima del sequestro. Le ragioni, che questo Collegio intende condividere risiedono proprio nella obbligatorietà della misura ablatoria alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro, per cui il rapporto tra il vincolo imposto dall'apertura della procedura concorsuale e quello discendente dal sequestro deve essere risolto a favore della seconda misura, prevalendo sull'interesse dei creditori l'esigenza di sottrarre i proventi di un determinato reato alla disponibilità dell'indagato (o della persona giuridica che si sia giovata del risparmio fiscale derivante dalla realizzazione del reato tributario, traendo dall'evasione un ingiusto profitto). Secondo tale assunto giurisprudenziale la prevalenza della misura trova un conforto interpretativo anche dalla disciplina fissata dagli articoli 317 e ss. del D. L.vo 12 gennaio 2019 n. 14 (codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155) laddove viene sancito il principio di prevalenza delle misure cautelari reali rispetto alle procedure concorsuali, limitando però tale prevalenza alle sole ipotesi di sequestro preventivo penale strumentale alla confisca disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2 c.p.p. (tra cui rientrano, tra gli altri, i sequestri per reati fiscali) e, invece, escludendo, con alcune eccezioni, la prevalenza del sequestro preventivo penale "impeditivo" (articolo 321, comma 1, del codice di procedura penale) e, in toto, del sequestro penale conservativo (articolo 316 del codice di procedura penale). Dunque non può costituire dato significativo il fatto che i beni del fallimento per soccombere rispetto alle esigenze della cautela debbano essere nella disponibilità del fallito, posto che la natura e la funzione del sequestro a fini di confisca prescindono chiaramente da tale dato e non determinandosi dunque alcuna violazione, come sostenuto dalla difesa, della par condicio creditorum né assumendo rilievo, per tali ragioni, la pronuncia di revocatoria emessa dal Tribunale di Pescara. Alla luce dunque di quanto espresso, condividendosi l'orientamento giurisprudenziale assunto dal Tribunale di Pescara (*omissis*) l'appello presentato dalla Curatela Fallimento L. G. deve essere rigettato.

(1) NOTA – Fallimento e sequestro preventivo

Con l'ordinanza in esame, il Tribunale di Pescara – Sez. Penale, si è pronunciato in ordine al rapporto esistente tra il provvedimento di sequestro preventivo, per delitti in materia tributaria, ed il fallimento della società in essi coinvolta.

Sul punto, il Giudice del gravame assume la necessaria prevalenza del vincolo cautelare del sequestro sugli interessi dei creditori concorsuali nella “esigenza di sottrarre i proventi di un determinato reato alla disponibilità dell'indagato o della persona giuridica che si sia giovata del risparmio fiscale derivante dalla realizzazione del reato tributario, traendo dall'evasione un ingiusto profitto”.

Ebbene, premettendo che, in subiecta materia, la Corte di legittimità si è più volte pronunciata con statuizioni spesso contrastanti tra loro, a parere di chi scrive, una corretta interpretazione ed applicazione normativa non può prescindere dal dato letterale dell'art. 12 bis, comma 1 D. lgs. n. 74/2000 a mente del quale “Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto” ed esegesi del concetto di “appartenenza del bene da confiscare a persona estranea al reato”.

In definitiva, occorre chiedersi se all'esito della declaratoria di fallimento, i beni del soggetto fallito escono o meno dalla di lui sfera di appartenenza e, sul punto, non revocabile in dubbio che, con la dichiarazione di fallimento, il fallito è spossessato dei propri beni in relazione ai quali non ha più alcuna disponibilità in quanto il possesso materiale e giuridico degli stessi passa in capo al curatore che ne gestirà la relativa liquidazione, legittimato a sottoscrivere i relativi atti di trasferimento. (cfr. Cass. Pen. 30.12.2021, n. 47299).

Il fallimento, dunque, priva il Soggetto interessato di qualsivoglia potere dispositivo sul proprio patrimonio, ponendolo in stato di radicale inattività.

Tutto l'ordinamento concorsuale fonda, infatti, su una divisione tra titolarità formale della proprietà in capo al fallito e titolarità sostanziale del diritto rimessa al monopolio del curatore.

È l'art. 42 L.F. (oggi art. 128 CCII) ad assegnare all'organo concorsuale l'amministrazione del patrimonio, nel contempo onerandolo di tutte le operazioni procedurali sotto la vigilanza specifica (non del debitore, ma) del

giudice delegato e del comitato dei creditori.

La discontinuità tra Ente, nei cui confronti il reato si è consumato, e curatela (cui spetta la legittimazione attiva e passiva dei rapporti facenti capo alla società decotta, in sostituzione degli organi sociali) non potrebbe mai giustificare la ricaduta del carico delle misure ablatorie sul ceto creditorio estraneo all'illecito.

Invero, il curatore, nella cui disponibilità affluiscono proventi di un'attività presumibilmente criminosa, è un terzo che non usa i beni illeciti facenti parte dell'attivo, ma svolge un munus publicum amministrando e liquidando gli stessi per soddisfare i creditori concorsuali portatori, a loro volta, di un diritto alla conservazione dei beni appresi alla massa nel proprio interesse, non certo nell'interesse del reo.

Alla luce di quanto sopra, non si ritiene condivisibile l'affermazione del Tribunale adriatico secondo cui la misura cautelare prevarrebbe sulle esigenze del ceto creditorio stante l'esigenza di sottrarre i proventi del reato alla disponibilità dell'indagato posto che, si ripete, nel caso di procedura fallimentare, i beni non appartengono più al presunto reo né alla sua disponibilità. "Invero, il profilo squisitamente privatistico dell'insolvenza, con l'apertura della procedura fallimentare, è superato dai riflessi pubblicistici cui lo stesso procedimento è sotteso, correlati alla necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti e, dunque, posti a salvaguardia delle esigenze economiche della collettività che, implicando la certezza del diritto, non ne consente l'assoggettabilità al vincolo penale per effetto del sequestro finalizzato alla confisca (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 45574 del 29/05/2018 - dep. 10/10/2018, Evangelista, Rv. 273951; Sez. 3, Sentenza n. 17750 del 17.12.2019, non mass.)." (così Cass. Pen. 30.12.2021, n. 47299).

Assunto che trova poi riscontro anche in una recentissima pronuncia della Suprema Corte secondo cui "è illegittimo il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, ex D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 12 bis, su beni già assoggettati alla procedura fallimentare, posto che il vincolo apposto a seguito della dichiarazione di fallimento importa lo spossessamento e il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito e l'attribuzione al curatore del compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento (Sez. 3, n. 47299 del 16/11/2021, dep. 30/12/2021, Fallimento Bellelli Engineering, Rv. 282618; Sez. 3, n. 14766 del 26/02/2020, dep. 13/05/2020, p.m. in c. Sangermano, Rv. 279382; Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, dep. 10/10/2018, E., Rv. 273951). " (Cass. Pen. 08.07.2022, n. 26275).

Peraltro, proprio prendendo le mosse dall'intervento chiarificatore delle

Sezioni Unite (Cass. Pen., Sez. unite, 13 novembre 2019, n. 45936), la successiva giurisprudenza di legittimità ha precisato che “Se, infatti, la disponibilità dei beni è quella che conferisce alla Curatela fallimentare la legittimazione (e che trova a ben guardare riscontro negli artt. 322, 322 bis e 325 c.p.p., laddove legittimano a impugnare - infatti distinguendole - non solo la persona “che avrebbe diritto alla loro restituzione” ma anche la “persona alla quale le cose sono state sequestrate”), non si vede come possa esserle negata, in relazione alla tutela invocata, la posizione di terzietà rispetto al soggetto indagato. Essendo il diritto alla restituzione dei beni sequestrati inscindibilmente connesso alla disponibilità dei beni attinti dalla misura cautelare, ecco che il rapporto di fatto con la res, che prescinde dalla corrispondenza con un diritto di natura reale purché tutelato dall’ordinamento, assurge ad elemento essenziale al fine della configurabilità di una posizione giuridica autonoma del soggetto rispetto al bene, che non può non essere riconosciuta alla Curatela nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio. Dal che deriva che, ai fini dell’esclusione dell’esecuzione del sequestro in presenza di sentenza dichiarativa di fallimento sui beni della curatela, dirimente risulta essere la stessa situazione cronologica di posteriorità del vincolo cautelare penale che interviene su beni sui quali si è ormai costituito un potere di fatto della curatela.” (Cass. Pen. 30.12.2021, n. 47299).

Nella fattispecie in esame, dunque, ferma l’anteriorità della dichiarazione di fallimento rispetto al provvedimento cautelare di sequestro, è possibile ritenere la posizione di estraneità del curatore e, dunque, la non assoggettabilità a misura cautelare dei beni della massa fallimentare.

Sotto altro profilo non appare condivisibile il provvedimento in esame, nella parte in cui afferma che “(...)non può costituire dato significativo il fatto che i beni del fallimento per soccombere rispetto alle esigenze della cautela debbano essere nella disponibilità del fallito, posto che la natura e la funzione del sequestro ai fini della confisca prescindono chiaramente da tale dato e non determinandosi dunque alcuna violazione, come sostenuto dalla difesa, della par condicio creditorum (...)”.

Assunto che, in realtà, si pone in netto contrasto con l’art. 12 bis D.lgs. n. 74/2000 il quale consente “(...) la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato” e, dunque, se è vero come vero che, in caso di fallimento, il fallito subisce lo spossessamento dei beni, logico corollario è l’impossibilità di una prevalenza del sequestro preventivo sul vincolo fallimentare.

Sul punto è intervenuta la Suprema Corte secondo cui “(...) con specifico

riguardo alle ipotesi di confisca obbligatoria avente ad oggetto il profitto od il prezzo del reato commesso, D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 12-bis, disponga che la misura della confisca non possa essere disposta né su beni che appartengano a persona estranea al reato, né, in particolare in caso di confisca per equivalente, su beni che non siano nella disponibilità del reo.” (così Cass. Pen. 28.03.2022, n.11068).

Anche l’affermazione secondo cui, nel caso di mantenimento del sequestro preventivo, non vi sarebbe violazione “della par condicio creditorum”, non può essere condivisa. Invero, in caso di fallimento, la posizione dell’Amministrazione finanziaria si trova in una posizione non dissimile da quella degli altri creditori iure privatorum ed anzi, a ben vedere, nell’ordine dei privilegi di soddisfacimento, ben al di sotto di altre tipologie di creditori (lavoratori dipendenti, professionisti, artigiani etc.) con la chiara conseguenza che, permanendo il sequestro preventivo e la successiva confisca, l’Erario troverebbe un soddisfacimento preferenziale anche a discapito di quei creditori che, nell’ambito di un ordinario piano di riparto fallimentare, sarebbero certamente stati preferiti alle Casse statali.

Conforme, una recentissima pronuncia della giurisprudenza di legittimità quando afferma che : “il consentire la confisca, con devoluzione all’Erario (e quindi alla fiscalità generale) del profitto del reato tributario, (omissis) determina non solo una inammissibile violazione della regola della par condicio creditorum, ma, in potenza, anche la postergazione, rispetto a quella del creditore fiscale tutelato dalla norma penale, non solamente della posizione dei creditori che, per varie ragioni (tutte espressamente disciplinate dalla legge), godano di una posizione privilegiata rispetto alla stessa massa fallimentare o, comunque, alla restante generalità del “ceto creditorio”, ma anche degli stessi crediti tributari, quindi di fonte pubblicistica, che non siano assistiti, per il caso di omissione del loro adempimento, dalla previsione di un illecito penale.” (ad litteram Cass. Pen. 28.03.2022, n. 11068).

A tesi contraria non può soccorrere la necessità della previsione sanzionatoria della confisca, con ciò finendosi con il sanzionare il reo mediante il sacrificio dei creditori fallimentari, soggetti del tutto estranei al reato.

È lecito affermare, infatti, che la supremazia dell’interesse statale – almeno quando la confisca assume dimensione sanzionatoria - trova giustificazione costituzionale soddisfacente solo in rapporto ai diritti del condannato, non certo con riferimento alle situazioni giuridiche di estranei al reato in quanto il sacrificio del diritto d’impresa e della proprietà privata non è ammissibile tout court, ma va giustificata sul piano dell’utilità generale e delle esigenze di sicurezza (art. 41, comma 2, Cost.) ovvero della funzione sociale

(art. 42, comma 2, Cost.). Una simile interpretazione dunque, fa sì che la finalità pubblicistica sottesa alle confische non giustifica la pretermissione in via pregiudiziale dei diritti dei terzi di buona fede, la cui posizione “è da ritenere protetta dal principio dell’affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell’ordinamento giuridico” (in tal senso Corte Cost. 1997, n. 1).

Da ultimo, non propriamente conferente si ritiene il richiamo del Tribunale all’art. 317 del CCII in quanto, fermo il principio “tempus regit actum” che non ne consentirebbe comunque l’applicazione alla fattispecie in esame, si osserva che il successivo articolo 318 disciplina puntualmente il “sequestro preventivo” con ciò prevedendo che “quando disposto sequestro preventivo ai sensi dell’articolo 321, comma 1, del codice di procedura penale, e dichiarata l’apertura di liquidazione giudiziale sulle medesime cose, il giudice a richiesta del curatore revoca il decreto di sequestro e dispone la restituzione delle cose in suo favore”.

In conclusione, preso atto dei divergenti orientamenti giurisprudenziali in materia, la pluralità delle disposizioni normative che, via via succedute nel tempo, non consentono una interpretazione univoca delle stesse, non resta che auspicarsi un prossimo intervento del Giudice di legittimità che, a Sezioni Unite, fornisca le linee guida per riscontrare, in maniera uniforme, gli interessi dei soggetti tutti, siano essi privati che pubblici, coinvolti in una procedura concorsuale e connessi procedimenti penali.

N.B.: in sede di stampa del presente numero della Rivista è giunta notizia, di cui qui si ritiene opportuno dar conto, che con ordinanza n. 7633 del 29 novembre 2022 (pubbl. il 22 febbraio 2023) la Sezione III penale della Suprema Corte, sulla scorta del contrasto giurisprudenziale esistente sul punto in sede di legittimità, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione “se, in caso di fallimento dichiarato anteriormente alla adozione del provvedimento cautelare di sequestro preventivo, emesso nel corso di un procedimento penale relativo alla commissione di reati tributari, avente ad oggetto beni attratti alla massa fallimentare, l’avvenuto spossessamento del debitore erariale, indagato o, comunque, soggetto inciso dal provvedimento cautelare, per effetto della apertura della procedura concorsuale operi o meno quale causa ostativa alla operatività del sequestro ai sensi dell’art. 12-bis, comma I, del dlgs n. 74 del 2000, secondo il quale la confisca e, conseguentemente il sequestro finalizzato ad essa, non opera nel caso di beni, pur costituenti il profitto o il prezzo del reato, se questi appartengono a persona estranea al reato.”

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sez. I – sent. 13 ottobre 2022 n. 374 - Pres. Panzironi - Est. Perpetuini

Illegittimo esercizio dell’azione amministrativa – Risarcimento del danno ingiusto – Principio generale del *neminem laedere* – Individuazione del danno risarcibile – Criterio rilevante della c.d. “causalità giuridica”.

1. L’esercizio della funzione pubblica manifestatosi tanto con l’emanazione di atti illegittimi, quanto con un’inerzia colpevole, può essere fonte di responsabilità per la Pubblica Amministrazione sulla base del principio generale del “neminem laedere”.

2. Nell’ambito della responsabilità extracontrattuale, il danno può ritenersi ingiusto solo “se l’esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest’ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi”, ma non quando manchi l’accertamento sulla fondatezza della pretesa e la violazione riscontrata sia di carattere meramente formale. Lo stesso vale per il danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento, dal momento che il requisito dell’ingiustizia “esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole per il quale aveva presentato istanza.

3. Ai fini dell’individuazione del danno risarcibile, la decisione richiama l’articolo 1223 c.c., espressamente richiamato dall’articolo 2056 c.c., secondo il quale il risarcimento del danno comprende la perdita subita e il mancato guadagno “in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”. Il criterio rilevante sarebbe, pertanto, quello della c.d. causalità giuridica, in base al quale i danni risarcibili, siano essi prevedibili o imprevedibili, sono soltanto quelli rispetto ai quali il fatto illecito “si pone in rapporto di necessità o regolarità causale.

4. Sul piano probatorio, se è vero che sulla base dell’orientamento prevalente, in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad

invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2018, n. 1815), ciò non vale in ordine alla prova del danno subito che, in ossequio al principio dispositivo, deve essere provato dal danneggiato.

(omissis)

La ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno ingiusto in virtù dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa ad opera della Regione Abruzzo, acclarato con sentenza del Consiglio di Stato.

Nell'impugnare la d.G.R. n. 655/2007 dinanzi al questo TAR, la società ricorrente, che gestisce una casa di cura privata, ha lamentato che il collegamento dell'appropriatezza e quindi della remunerabilità dei trasferimenti interni del paziente da un'unità operativa per acuti a una di riabilitazione o di lungodegenza sulla base della durata minima della degenza, calcolata in base ad un mero dato statistico e non in base alle effettive condizioni cliniche del paziente, sia illogico e comunque si ponga in contrasto con quanto stabilito in materia dalla l.r. Abruzzo 20/2006 e dalle Linee guida approvate dalla Conferenza Stato-Regioni in data 7 maggio 1998 con gli stessi obiettivi dichiarati di contenimento della spesa sanitaria, mediante la riduzione dei tempi di degenza e con la definizione di criteri di appropriatezza dei ricoveri basati su elementi clinici e scientifici da applicare al caso concreto.

Il TAR Abruzzo, con sentenza n. 952/2008, ha respinto il ricorso affermando la non illogicità del contenuto del provvedimento, "globalmente considerato", tenuto conto delle finalità cui è rivolto.

In appello, il Consiglio di Stato ha riformato la predetta sentenza e, per l'effetto, ha annullato la delibera di Giunta citata, affermando che "7.2. Non sfugge al Collegio la commendevole finalità cui il provvedimento impugnato è rivolto, alla luce – come, del resto, sottolinea anche l'appellante - dei comportamenti opportunistici imputati ad alcune strutture sanitarie, concretantesi nell'elevato frazionamento di ricoveri (inteso come passaggio del paziente, anche ripetuto più volte durante lo stesso ciclo assistenziale, da ricovero acuto a riabilitazione e viceversa), allo scopo strumentale di aumentare la remunerazione.

Tuttavia, la modalità di funzionamento del criterio della durata minima della degenza risulta ingiustificatamente rigido, al punto da rendere illogico il criterio stesso di valutazione dell'appropriatezza del passaggio di ricovero.

La sentenza del TAR, dopo aver effettuato una puntuale ricostruzione del-

le finalità e della portata della d.G.R. n. 655/2007, ha concluso nel senso che il meccanismo di valutazione dell'appropriatezza del passaggio di ricovero, "così globalmente considerato", risulta non illogico.

Non sembra al Collegio che la sentenza abbia adeguatamente tenuto conto che, nel sistema delineato dalla d.G.R. n. 655/2007, il criterio della durata minima della degenza, collegata al dato statistico nazionale, costituisce parametro autosufficiente e rigido di valutazione della appropriatezza/inappropriatezza del passaggio di ricovero. In pratica, il protrarsi della degenza per un periodo inferiore alla soglia statistica, escluderebbe, di per sé, l'applicazione di quanto previsto dal D.M. 380/2000, vale a dire il riconoscimento, previa compilazione di una nuova cartella clinica e di una nuova SDO, della nuova, diversa prestazione e della spettanza della relativa remunerazione.

Tuttavia, in questo modo:

- la durata minima della degenza nell'area delle acuzie, prima dell'eventuale trasferimento in quella riabilitativa, viene stabilita in base ad un mero dato statistico nazionale (che, come tale, già sconta un'approssimazione per eccesso rispetto ad una percentuale cospicua degli interventi e trattamenti terapeutici), e non in base alle effettive condizioni ed esigenze del paziente;

- la necessità di rispettare un dato puramente statistico contrasta con i principi della buona pratica clinica, che di dette condizioni ed esigenze, in concreto, impongono di tenere conto; tanto più, che le moderne tecniche operatorie hanno nettamente ridotto la durata delle degenze, soprattutto per quanto concerne il trasferimento del paziente in riabilitazione dopo l'intervento ortopedico (l'appellante sottolinea che spunti in tal senso sono rintracciabili anche nella prassi regionale – cfr. Protocollo procedurale in materia di accesso alle strutture riabilitative della ASL di Lanciano-Vasto-Chieti in data 29 marzo 2011), in funzione ovviamente delle condizioni del paziente e ferma restando la necessità di valutarne la stabilizzazione clinica.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente chiede il ristoro dei danni subiti a causa dell'illegittima attività provvedimentale della Regione.

Parte ricorrente individua, poi, due voci autonome di danno:

1) "...mancato guadagno, atteso che il trasferimento dei pazienti in riabilitazione ha subito un considerevole rallentamento durante il periodo di applicazione della deliberazione n. 655/2007 (a partire dal 31.8.2007 e sino al 31.12.2012), determinando, dunque, la riduzione del turn-over dei posti letto interessati, pur a fronte di una persistente domanda dell'utenza";

2) "...mancata remunerazione delle prestazioni sanitarie rese in contrasto con la deliberazione n. 655/2007, perché ritenute inappropriate".

Il collegio ritiene necessario inquadrare la fattispecie in esame anche in

relazione alla natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione che viene ricondotta alla responsabilità extracontrattuale anziché nella responsabilità contrattuale. A tal proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 7 del 2021, ha affermato che l'Amministrazione "mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge con atti di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato", precisando che nel "rapporto amministrativo" si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione "non possa essere assimilata al debitore obbligato per contratto ad adempiere in modo esatto nei confronti del privato". Né il rapporto tra privato e amministrazione potrebbe essere ricondotto "alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di contatto sociale, in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del rapporto amministrativo, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di supremazia, e cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul contatto sociale che si fondano sulla relazione partitaria". Conseguentemente, "l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale del *neminem laedere*". La Plenaria ribadisce che, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, il danno può ritenersi ingiusto solo "se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi", ma non quando manchi l'accertamento sulla fondatezza della pretesa e la violazione riscontrata sia di carattere meramente formale. Lo stesso vale per il danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento, dal momento che il requisito dell'ingiustizia "esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole per il quale aveva presentato istanza".

Ai fini dell'individuazione del danno risarcibile, la decisione richiama l'articolo 1223 c.c., espressamente richiamato dall'articolo 2056 c.c., secondo il quale il risarcimento del danno comprende la perdita subita e il mancato guadagno "in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". Il criterio rilevante sarebbe, pertanto, quello della c.d. causalità giuridica, in base al quale i danni risarcibili, siano essi prevedibili o imprevedibili, sono soltanto quelli rispetto ai quali il fatto illecito "si pone in rapporto di necessità o regolarità causale".

Sul piano probatorio, se è vero che sulla base dell'orientamento prevalente, in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimen-

to amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2018, n. 1815), ciò non vale in ordine alla prova del danno subito che, in ossequio al principio dispositivo, deve essere provato dal danneggiato.

La giurisprudenza che ritiene che la domanda risarcitoria può essere accolta solo se sorretta da una congrua dimostrazione del danno e da una sua puntuale quantificazione. In tal senso Cons. St. n. 5098/2008 secondo cui: "Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. "sentenza sui criteri" di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a. E' evidente pertanto che il meccanismo processuale diviso dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto. Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012)".

La condivisibilità di tale impostazione si desume anche dalla disposizione contenuta nell'art. 124 c.p.a. che, sia pure con riferimento al risarcimento in materia di contratti pubblici, impone la prova del danno al fine di ottenerne il risarcimento per equivalente.

(omissis)

In primo luogo, in relazione al risarcimento del "mancato guadagno, atteso che il trasferimento dei pazienti in riabilitazione ha subito un considerevole rallentamento durante il periodo di applicazione della deliberazione n. 655/2007 (a partire dal 31.8.2007 e sino al 31.12.2012), determinando, dunque, la riduzione del turn-over dei posti letto interessati, pur a fronte di una persistente domanda dell'utenza", il collegio ritiene che la voce sia indeterminata e non sia stato fornito almeno un principio di prova. In verità, la relazione depositata in giudizio, si limita ad individuare le prestazioni di ricovero che sono state ritenute inappropriate e pertanto non remunerabili in ragione dell'applicazione della D.G.R. n. 655/2007.

La domanda relativa alla prima voce di danno, dunque, non può essere accolta.

Quanto alla seconda voce di danno, relativa alla mancata remunerazione

delle prestazioni sanitarie rese in contrasto con la deliberazione n. 655/2007, perché ritenute inappropriate, la ricorrente ha depositato apposita relazione.

All'esito della verifica da parte della Commissione Ispettiva Territoriale della A.S.L. n.2 per l'anno 2008, sono stati ritenuti inappropriate numero 3 (tre) ricoveri (cartelle cliniche: 3213; 4719; 5398) per la mancanza di continuità tra ricovero acuto e ricovero riabilitativo come riportato nella D.G.R. n. 655/2007 con una decurtazione di € 13.985,95.

La domanda relativa al mancato guadagno relativa alle tre cartelle cliniche non può essere accolto.

Si osserva che la motivazione del mancato riscontro dei ricoveri predetti fa riferimento alla "Assenza di continuità tra ricovero acuto e ricovero riabilitativo" che se è certamente uno dei criteri introdotti dalla delibera di giunta annullata, non è stato oggetto del giudizio che ha portato all'annullamento della D.G.R. n. 655/2007. Afferma il Consiglio di Stato nella sentenza n. 282/2013, infatti, che "Va osservato che l'appellante ha chiesto l'integrale annullamento della d.G.R. n. 655/2007. Ma le censure dedotte in primo grado, e comunque in appello, colpiscono soltanto il criterio che attribuisce autonoma rilevanza cogente alla durata minima del ricovero". Non sussiste, dunque, alcuna statuizione in merito al criterio della continuità tra ricovero acuto e ricovero riabilitativo.

All'esito della verifica da parte della Commissione ispettiva della A.S.L. n. 2 per l'anno 2009, sono stati ritenuti non appropriati numero 7 (sette) ricoveri (cartelle cliniche: 1377; 2575; 3825; 4050; 4301; 4737; 4303) in quanto la durata dei ricoveri in fase riabilitativa risultava inferiore allo standard previsto dalla Regione rispetto alla degenza media nazionale per MDC (Major Diagnostic Category/Gruppi Diagnostici Principali), come riportato nell'Allegato B della D.G.R. n. 655/2007, con una decurtazione di € 29.045,63. È stato altresì ritenuto inappropriate un ulteriore ricovero (cartella clinica: 928) per MDC non correlato, cioè la diagnosi di ingresso in riabilitazione non è clinicamente coerente con la patologia acuta che ha indotto il ricovero, con una decurtazione di € 3.665,76.

Il collegio ritiene di non poter accogliere la domanda in relazione alla cartella clinica n. 928 in quanto ritenuta inappropriate in base a valutazioni che prescindono il criterio della degenza minima.

Infine, per l'anno 2010, sono stati ritenuti inappropriate e non remunerabili numero 2 (due) ricoveri (cartelle cliniche: 287 e 3605) in quanto la durata dei ricoveri in fase riabilitativa risultava inferiore allo standard previsto dalla Regione rispetto alla degenza media nazionale per MDC come riportato nell'allegato B della D.G.R. n. 655/2007, con una decurtazione di € 8.555,50.

In definitiva, dunque, le cartelle cliniche ritenute inappropriate a causa dell'applicazione del criterio che attribuisce autonoma rilevanza cogente alla durata minima del ricovero sono:

1) per il 2009, i ricoveri connessi alle cartelle cliniche: nn. 1377; 2575; 3825; 4050; 4301; 4737; 4303;

2) per il 2010, i ricoveri connessi alle cartelle cliniche: nn. 287 e 3605

Quanto alle modalità di risarcimento il collegio ritiene necessario un inquadramento dogmatico della fattispecie di cui è giudizio.

Per «danno ingiusto» risarcibile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto. Ne consegue quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la c.d. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base a una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto (o che non ha ottenuto) e di cui attraverso la domanda giudiziale vorrebbe ottenere l'equivalente economico (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 10/07/2017, n. 3392).

L'annullamento della delibera su cui era fondato il giudizio di inappropriatezza e non remunerabilità non comporta automaticamente la remunerabilità delle prestazioni effettuate.

Come già affermato in precedente analogo: «Deve, infatti, rilevarsi che il procedimento che ha condotto all'adozione della D.G.R. oggetto di annullamento riserva all'amministrazione ampi poteri di valutazione e di ponderazione che non consentono di desumere ex ante il definitivo riconoscimento della pretesa sostanziale.

Ed infatti fermo restando, come statuito da questo Tribunale con la sentenza n. 953/2008, il principio, normativamente fissato dal D.M. 380 del 2000, che il passaggio da fase acuta a riabilitazione o lungodegenza, o viceversa, comporta, sostanzialmente, la soluzione di continuità della prestazione sanitaria resa, che va comunque retribuita separatamente, a condizione che sia verificata l'appropriatezza della scelta terapeutica compiuta, la Regione Abruzzo ha inteso, con la deliberazione di Giunta n. 655/2007, adottare un intervento atto a consentire il controllo delle ASL sulle SDO ospedaliere, ai fini della remunerazione delle prestazioni fornite.

Trattasi in buona sostanza, sotto il profilo sostanziale, di un atto che si connota per la sua valenza generale assunto nel quadro delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo, con definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e con potere di verifica dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione, attribuite all'esecutivo regionale in base all'art. 53, comma 1, dello Statuto abruzzese.

Si è al cospetto, pertanto, di un atto di indirizzo politico-amministrativo rivolto dalla Giunta alle ASL al fine di dare criteri di controllo e valutazione delle SDO (ibidem, sentenza TAR Abruzzo, n. 953/2008) in rigorosa attuazione del D.M. 15/4/1994, art.4, secondo cui la Regione ha il compito di vigilare sulla corretta applicazione da parte delle Aziende sanitarie del sistema di remunerazione ed in particolare sulla corretta compilazione delle SDO, sulla frequenza dei ricoveri anomali, sulla documentazione attestante prestazioni di ricovero, ambulatoriali e di diagnostica strumentale.

La finalità cui è informato l'atto non sta quindi nell'esigenza di regolamentare i ricoveri, ma di fornire direttive e /o criteri generali alle ASL in sede di controllo delle SDO provenienti dalle cliniche al fine di evitare, come rimarcato dal Consiglio di Stato nella cennata sentenza n. 283/2013, quei comportamenti opportunistici imputati ad alcune strutture sanitarie, concretatesi nell'elevato frazionamento di ricoveri allo scopo strumentale di aumentare la remunerazione.

A fronte dell'annullamento di un atto di mero atto di indirizzo programmatico, che ha introdotto il criterio, ritenuto illegittimo, della durata minima della degenza, collegata al dato statistico nazionale, di valutazione della appropriatezza/inappropriatezza del passaggio di ricovero, non può farsi discendere in via automatica il diritto ad ottenere la remunerazione delle prestazioni sanitarie rese in contrasto con la D.G.R. n. 655/2007, perché ritenute inappropriate, atteso che la remunerabilità delle prestazioni è consentita solo a seguito dell'intermediazione del potere amministrativo, che si connota per una elevata discrezionalità, che deve tradursi nell'introduzione di un diverso criterio prescelto, sostitutivo di quello ritenuto illegittimo, che non necessariamente avrebbe condotto all'attribuzione del bene della vita a cui aspira la ricorrente.

La sussistenza di una ampia discrezionalità nella scelta dei criteri remunerativi delle prestazioni è confermata del resto dallo stesso Consiglio di Stato nella sentenza n. 283/2013 laddove ha voluto precisare che le conclusioni sarebbero state diverse (nel senso che la DGR sarebbe stata esente dai vizi censurati), qualora il criterio della durata minima avesse rappresentato solo un indicatore base, da cui far discendere l'esigenza di ulteriori controlli, o anche, al limite, una presunzione di inappropriatezza, tuttavia non assoluta, ma superabile attraverso la dimostrazione della coerenza tra le diagnosi di ingresso e le specifiche giustificazioni collegate ad evidenti e documentate ragioni cliniche (vale a dire, utilizzando congiuntamente altri dei criteri di valutazione previsti dal provvedimento).

In definitiva, i danni lamentati si connotano, come pregiudizi meramente eventuali ed ipotetici, non essendo sufficiente, ai fini risarcitori, la mera astrat-

ta probabilità di conseguimento di un risultato utile.

Ne consegue che la domanda risarcitoria si appalesa del tutto carente, essendosi limitata la ricorrente a far discendere la prova della spettanza del bene della vita preteso dalle argomentazioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato n. 283/2013, mancando dunque quello che (spettanza del bene della vita), per costante giurisprudenza, costituisce un presupposto fondamentale per potersi riconoscere l'invocata tutela risarcitoria (tra le più recenti, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 8 aprile 2021, n.2848; Cons. Stato, Sez. II, 13 gennaio 2021, n. 421; Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 90; Sez. IV, 1 dicembre 2020, n. 7622)" (TAR Abruzzo - L'Aquila, n.197/2022).

Per le ragioni che precedono, la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente merita di essere rigettata.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo - L'Aquila Sez. I - sent. 25 maggio 2022, n. 202 - Pres. Realfonzo - Est. Giardino

Adozione di strumenti urbanistici – Piano demaniale marittimo comunale – Apprezamenti di merito della P.A. – Insindacabilità in sede giurisdizionale – Deroga all’obbligo di motivazione – Osservazioni formulate dagli interessati – Apporto procedimentale – Carattere non vincolante per l’Amministrazione – Titolari di strutture ricettive - Posizione di riserva nella concessione di arenili – Principi euro-unitari di non discriminazione e di parità di trattamento – Violazione – Rinnovo di concessioni – Divieto di favorire i gestori uscenti – Concessioni in prossimità degli esercizi alberghieri – Misura di favore – Illegittimità – Previsioni di piano – Necessaria disapplicazione

1. Alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, le scelte effettuate dall’Amministrazione nell’adozione degli strumenti urbanistici, tra cui anche il piano demaniale marittimo comunale, costituiscono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità, salvo che non siano affette da irragionevolezza e illogicità (v. TAR Abruzzo-L’Aquila sentenza n. 521/2009).

2. Per giurisprudenza costante, le osservazioni formulate dagli interessati non sono vincolanti per l’Amministrazione atteso che “in materia di adozione di strumenti urbanistici, le osservazioni formulate dei proprietari interessati costituiscono un mero apporto collaborativo alla formazione degli strumenti urbanistici e non determinano l’insorgenza di peculiari aspettative, giuridicamente tutelabili, sicché, per il loro rigetto, il Comune non ha un obbligo di puntuale risposta corredata da dettagliata motivazione” (Consiglio di Stato, Sez. II - sentenza 15 febbraio 2021 n. 1401)..

3. La previsione di una posizione di “riserva” nella concessione degli arenili, come prevista dall’art. 5, comma 35 del Piano Demaniale Marittimo Regionale (PDMR) in capo ai titolari di strutture ricettive, si pone in evidente violazione delle regole di evidenza pubblica e dei principi di matrice eurounitaria di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e proporzionalità, di cui all’articolo 1 della legge n. 241 del 1990 e s.m.i, i quali non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono informare il comportamento della P.A. La concessione del demanio pubblico fornisce infatti un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di

trasparenza e non discriminazione. Come recentemente ricordato dal Consiglio di Stato (Cons. St., A.P., 9 novembre 2021, n. 18) il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara. Inoltre nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato.

4. Per le anzidette ragioni l'art. 5, comma 35 del PDMR, nella misura in cui attribuisce ai titolari di strutture ricettive, alberghi, campeggi e villaggi turistici, la concessione di un tratto di spiaggia il più possibile vicino alle strutture, introduce una misura di favore nei confronti di alcune categorie di soggetti che si pone in evidente contrasto con la normativa europea e, pertanto, va disapplicato.

(omissis)

Con ricorso ritualmente notificato la società *(omissis)*, in qualità di proprietaria e gestore di un complesso residenziale turistico denominato "omissis" nonché di un tratto di spiaggia minimo fronteggiante il complesso turistico ricettivo, ha impugnato la deliberazione del C.C. n. 21 del 01/09/2014 di definitiva approvazione della variante al Piano Demaniale Marittimo del Comune di Martinsicuro (in seguito PDMC), nonché tutti gli atti originanti connessi e dipendenti dall'atto impugnato meglio specificati in epigrafe.

(omissis)

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la delibera della Giunta Comunale di Martinsicuro n. 4 del 16/01/2015, con cui è stato riapprovato il bando ed i relativi criteri di aggiudicazione delle nuove concessioni demaniali marittime per ombreggio e servizio di cui all'art. 7.4 delle NTA del PDMC, nonché il bando di cui alla citata deliberazione, deducendo con un'unica articolata doglianza la violazione e mancata applicazione del Piano Demaniale Marittimo della Regione Abruzzo, nella nuova formulazione prevista dalla deliberazione di approvazione del Consiglio Regionale n. 20/4 del 24/02/2015.

Il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti non sono meritevoli di positivo apprezzamento per le ragioni appresso specificate.

Sul piano argomentativo e motivazionale i motivi di gravame possono essere esaminati congiuntamente per ragioni logiche e di connessione, riponendo tutti sul medesimo ordine di problematiche di massima.

In termini generali deve osservarsi che il gravame introduttivo presenta evidenti profili di inammissibilità alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale a termine del quale le scelte effettuate dall'Amministrazione nell'adozione degli strumenti urbanistici, tra cui anche il piano demaniale marittimo comunale, costituiscono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità.

Anche questo Tribunale ha avuto cura di rimarcare la insindacabilità giurisdizionale delle scelte operate in sede di pianificazione dei piani spiaggia, a meno che siano affette da irragionevolezza e illogicità (TAR Abruzzo L'aquila sentenza n. 521/2009). Per quanto attiene il caso di specie, non possono oggettivamente rilevarsi degli elementi di arbitrarietà o irragionevolezza nelle scelte operate.

Anche ove si volesse prescindere da tale profilo, il gravame introduttivo è comunque infondato nel merito.

Non ha pregio giuridico il primo motivo con cui si lamenta la mancata previsione in favore delle strutture ricettive di grande capacità, come quella della ricorrente, della concessione di un fronte superiore di quanto previsto dal regime ordinario (100 ml di spiaggia) previsto dall'art. 13, comma 2 della L.R. n. 16/2003 in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 5, comma 7 del PDM regionale approvato con delibera n. 141/1 del 29/07/2004.

La ricorrente non può invocare in suo favore l'applicazione della previsione normativa di cui innanzi che presuppone, come chiaramente desumibile dalla rubrica dell'art. 13 (Campeggi su aree demaniali gestite in regime di concessione) la sussistenza di campeggi su aree demaniali gestite in regime di concessione. Ad ogni modo la previsione normativa di carattere derogatorio di cui innanzi presuppone che l'ampliamento sia disposto "laddove sia disponibile" ovvero quando via sia sufficiente arenile disponibile, circostanza non riscontrabile laddove, come nel caso di specie, sussistono fenomeni erosivi della costa.

E' infondata anche la seconda censura con cui si contesta la scelta del Comune di destinare una percentuale del 37,06% dell'arenile a spiaggia libera, riservando alle concessioni private una percentuale del 44,45%.

La censura è inammissibile oltre che infondata in quanto impinge nel merito delle scelte pianificatorie della P.A. che, nella specie, non sono inficiate da illogicità o errori di fatto manifesti, tenuto conto, anzi, che con la variante

oggetto di impugnativa vi è stata una riduzione delle spiagge libere che sono passate dal 40,05% al 37,06 % dell'arenile totale.

Sotto il profilo del difetto motivazionale deve peraltro evidenziarsi che l'obbligo generale di motivazione è escluso per tutti gli atti normativi ed a contenuto generale, come quello impugnato, dall'art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241.

Parimenti da respingere è il terzo motivo con cui si lamenta il mancato esame delle osservazioni al PDMC presentate, durante l'iter procedimentale di adozione, dalla ricorrente.

Al riguardo deve osservarsi che il mancato esame è derivato unicamente dalla tardività con cui le osservazioni sono state fatte pervenire da parte della società ricorrente, ben oltre dieci giorni dalla scadenza del termine previsto.

Ad ogni modo per giurisprudenza costante, le osservazioni formulate dagli interessati non sono vincolanti per l'Amministrazione atteso che "in materia di adozione di strumenti urbanistici, le osservazioni formulate dei proprietari interessati costituiscono un mero apporto collaborativo alla formazione degli strumenti urbanistici e non determinano l'insorgenza di peculiari aspettative, giuridicamente tutelabili, sicché, per il loro rigetto, il Comune non ha un obbligo di puntuale risposta corredata da dettagliata motivazione" (Consiglio di Stato, Sez. II - sentenza 15 febbraio 2021 n. 1401).

Deve essere rigettato anche il ricorso per motivi aggiunti in quanto inammissibile, perché il gravato atto di riapprovazione del precedente bando e dei criteri di aggiudicazione è meramente confermativo della delibera di G.M. n. 158 del 25/11/2014 non ritualmente impugnata nei termini di rito, oltre che infondato.

La ricorrente lamenta la mancata applicazione del Piano Demaniale Marittimo della Regione Abruzzo, nella nuova formulazione prevista dalla deliberazione di approvazione del Consiglio Regionale n. 20/4 del 24/02/2015 il cui art. 5, comma 35 del PDMR avrebbe previsto in favore dei titolari di strutture ricettive in "via prioritaria" rispetto alle previsioni di nuove concessioni di aree demaniali la concessione di un tratto di spiaggia il più possibile vicino alle strutture.

Preliminarmente deve osservarsi che il PDMR è entrato in vigore successivamente alla sua pubblicazione nel BURA avvenuta solo in data 15/04/2015, di talché non poteva essere applicato alla data di adozione della impugnata deliberazione di G.C. n. 4 del 16/01/2015, pubblicata il 20/01/2015. L'art. 13, comma 5 del PDMR ha espressamente regolato la fattispecie precisando che tutti i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente provvedimento inerenti all'approvazione di Piani di utilizzazione degli arenili

a livello comunale sono conclusi ai sensi del previgente Piano demaniale marittimo (PDM) approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 141/1 del 29/07/2004.

Peraltro la previsione di una posizione di “riserva” nella concessione degli arenili, come prevista dall’art. 5, comma 35 del PDMR in capo ai titolari di strutture ricettive, si pone in evidente violazione delle regole di evidenza pubblica e dei principi di matrice eurounitaria di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e proporzionalità, di cui all’articolo 1 della legge n. 241 del 1990 e s.m.i, i quali non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono informare il comportamento della P.A.

La concessione del demanio pubblico fornisce infatti un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione.

Come recentemente ricordato dal Consiglio di Stato (Cons. St., A.P., 9 novembre 2021, n. 18) il provvedimento che riserva in via esclusiva un’area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest’ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un’attività d’impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell’ottica della direttiva 2006/123, un’autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara. Inoltre nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato.

Per le anzidette ragioni l’art. 5, comma 35 del PDMR, nella misura in cui attribuisce ai titolari di strutture ricettive, alberghi, campeggi e villaggi turistici, il titolo ad ottenere, in via prioritaria rispetto alle previsioni di nuove concessioni di aree demaniali, laddove richiesto, la concessione di un tratto di spiaggia il più possibile vicino alle strutture, introduce una misura di favore nei confronti di alcune categorie di soggetti che si pone in evidente contrasto con la normativa europea e, pertanto, va disapplicato.

Per effetto di detta disapplicazione la ricorrente non può comunque invocare in suo favore il contenuto dell’art. 5, comma 35 del PDMR.

In definitiva, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti devono essere respinti nei sensi e termini sopra illustrati.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza 2 luglio 2022 n. 291 - Pres. Passoni - Est. Ianigro

Ordinanza contingibile e urgente – Interessi generali e diffusi – Tutela – Controinteressato – Individuazione – Criterio formale e sostanziale – Non necessità di notifica del ricorso - Presupposti per l'adozione di ordinanze contingibili – Situazioni di eccezionalità e di urgenza – Deviazione della tipicità degli atti amministrativi – Igiene pubblica - Assenza di gravi pericoli – Situazione fronteggiabile in via ordinaria - Illegittimità dell'ordinanza – Art. 292 del Regolamento comunale di Sanità – Non applicabilità – Maialino vietnamita – Animale da compagnia

1. In linea di principio, l'ordinanza contingibile e urgente è un provvedimento per sua natura finalizzato alla tutela di interessi generali o diffusi e comunque superindividuali e impersonali, talché è da escludere che nel caso di ricorso proposto per il suo annullamento siano configurabili soggetti controinteressati in senso tecnico nei confronti dei quali occorra a pena di inammissibilità instaurare il contraddittorio. In ogni caso è ben nota e consolidata la giurisprudenza sulla cui base la identificazione del soggetto controinteressato rispetto al quale è prescritto l'onere di notifica del ricorso "a pena d'inammissibilità", richiede la compresenza di due elementi il primo di carattere formale collegato all'identificazione diretta nel provvedimento, ed il secondo di natura sostanziale riconducibile alla situazione giuridica dedotta in causa, di un soggetto recante una posizione simmetricamente opposta a quella di colui che agisce davanti al giudice amministrativo ovvero alla titolarità di una posizione qualificata alla conservazione dell'atto impugnato (cfr da ultimo, Cons. Stato, V, 21 gennaio 2019, n. 495; 17 settembre 2018, n. 5420; 7 giugno 2017, n. 2723; IV, 12 aprile 2017, n. 1701; VI, 11 novembre 2016, n. 4676).

2. L'esercizio del potere sotteso all'emanazione di ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, siano esse adottate ai sensi dell'art. 50 (situazione di imminente pericolo per l'igiene e la salute pubblica) che dell'art. 54 d.lgs. n. 267 cit. (grave pericolo per l'incolumità pubblica), trova la propria legittimazione nell'esistenza di una situazione di eccezionalità non fronteggiabile con gli strumenti giuridici ordinari previsti dall'ordinamento, condizione, quest'ultima, unica in ragione della quale si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi. In particolare, presupposti indefettibili delle ordinanze de quibus, infatti, sono costituiti: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situa-

zione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti extra ordinem, che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle legge (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 24 marzo 2017 n. 621, 9 novembre 2016 n. 5162 e 17 febbraio 2016n. 860; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12 gennaio 2016 n. 69; Cons. di St., sez. V, 26 luglio 2016 n. 3369).

3. L'ordinanza gravata risulta affetta da contraddittorietà laddove pur dando atto dell'assenza di odori molesti o sversamenti di liquami riconducibili all'animale detenuto dai ricorrenti, sanziona l'inosservanza della pregressa prescrizione relativa alla cementificazione dell'area, sulla base di un presunto e non dimostrato stato di pericolo igienico sanitario al fine della migliore tutela dell'igiene pubblica e privata. Il provvedimento gravato non si fonda sull'esistenza concreta di "gravi pericoli" incombenti, di dimensioni tali da costituire una concreta ed effettiva minaccia per l'incolumità dell'igiene pubblica, non fronteggiabile con mezzi ordinari.

4. Al pari improprio è il riferimento alla violazione dell'art. 292 del regolamento comunale che è norma dettata all'evidenza per gli animali d'allevamento domestico che siano detenuti in stalle, ovili porcili o pollai, senza che l'amministrazione si sia preventivamente attivata tramite le autorità competenti ed attraverso le verifiche anagrafiche del caso per accertare la non riconducibilità del maiale di razza vietnamita detenuto dai ricorrenti agli "animali da compagnia" e la sua ascrivibilità a quelli destinati all'allevamento.(1)(2)(3)(4)

(omissis)

Con ricorso iscritto al n. 327/2021 i ricorrenti impugnavano, chiedendone l'annullamento, l'ordinanza sindacale contingibile ed urgente con cui il Sindaco del Comune di Montesilvano, all'esito della segnalazione del -(omissis)- e del sopralluogo congiunto con la Polizia Municipale, e vista la comunicazione del Dipartimento Prevenzione A.u.s.l. di Pescara -(omissis)-, disponeva lo sgombero dal cortile sottostante il Condominio -(omissis)-, di un maiale vietnamita di circa 100 kg per violazione dell'art. 292 del regolamento di Igiene e Sanità adottato con -(omissis)-con la sua delocalizzazione nel termine di giorni trenta, al fine di rimuovere lo stato di pericolo igienico sanitario e di una migliore tutela dell'igiene pubblica e privata.

(omissis)

Preliminarmente va respinta poiché infondata l'eccezione di inammis-

sibilità del ricorso sollevata dal Comune per omessa notifica al Condominio quale soggetto indicato come controinteressato menzionato nel provvedimento impugnato.

In linea di principio, l'ordinanza contingibile e urgente è un provvedimento per sua natura finalizzato alla tutela di interessi generali o diffusi e comunque superindividuali e impersonali, talché è da escludere che nel caso di ricorso proposto per il suo annullamento siano configurabili soggetti controinteressati in senso tecnico nei confronti dei quali occorra a pena di inammissibilità instaurare il contraddittorio.

In ogni caso è ben nota e consolidata la giurisprudenza sulla cui base la identificazione del soggetto controinteressato rispetto al quale è prescritto l'onere di notifica del ricorso "a pena d'inammissibilità", richiede la presenza di due elementi il primo di carattere formale collegato all'identificazione diretta nel provvedimento, ed il secondo di natura sostanziale riconducibile alla situazione giuridica dedotta in causa, di un soggetto recante una posizione simmetricamente opposta a quella di colui che agisce davanti al giudice amministrativo ovvero alla titolarità di una posizione qualificata alla conservazione dell'atto impugnato (cfr da ultimo, Cons. Stato, V, 21 gennaio 2019, n. 495; 17 settembre 2018, n. 5420; 7 giugno 2017, n. 2723; IV, 12 aprile 2017, n. 1701; VI, 11 novembre 2016, n. 4676).

Nella specie, ferma restando l'inconfigurabilità di controinteressati rispetto ad una ordinanza contingibile ed urgente che sia stata adottata a tutela della salute pubblica e quindi a presidio e garanzia di una collettività indeterminata di soggetti, non si ravvisa in capo al Condominio la ricorrenza di alcuno degli elementi formale e sostanziale per poterlo qualificare come controinteressato. Innanzitutto poiché il *-(omissis)-* è menzionato nel provvedimento impugnato esclusivamente al fine di localizzare la sede del sopralluogo esperito il *-(omissis)-* dal Dipartimento di Prevenzione dell'Ausl di Pescara, Servizio Igiene, Epidemiologia e Sanità Pubblica. Ed inoltre dal punto di vista sostanziale non vi è alcun elemento sulla cui base desumere che il Condominio rivesta un interesse specifico alla conservazione dell'atto impugnato non risultando menzionato nel provvedimento impugnato alcun atto formale e/o segnalazione proveniente dal suo amministratore p.t. e/o delibera di pertinenza dell'Assemblea condominiale che abbia dato luogo agli accertamenti posti a base dell'ordinanza impugnata.

L'eccezione va quindi disattesa.

Del pari infondato è il motivo formale con cui il ricorrente contesta l'illegittimità del provvedimento impugnato perché non notificato ad uno dei soggetti ivi indicati come destinatari e precisamente al ricorrente Come noto, l'o-

messa notifica del provvedimento non costituisce un vizio idoneo ad incidere sulla legittimità dell'atto poiché appartiene ad un momento successivo alla sua adozione ossia alla fase integrativa dell'efficacia, che non si perfeziona fino a quando l'atto non sia portato a conoscenza dell'interessato nelle forme legali, e sotto tale profilo ha rilievo ai solo fini della decorrenza del termine decadenziale per poter proporre gravame.

Il motivo va quindi dichiarato infondato.

Il ricorso va accolto nel merito, non ravvisandosi la ricorrenza nella fattispecie dei presupposti che legittimavano l'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente impugnata.

Come noto, l'esercizio del potere sotteso all'emanazione di ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, siano esse adottate ai sensi dell'art. 50 (situazione di imminente pericolo per l'igiene e la salute pubblica) che dell'art. 54 d.lgs. n. 267 cit. (grave pericolo per l'incolumità pubblica), trova la propria legittimazione nell'esistenza di una situazione di eccezionalità -la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione - non fronteggiabile con gli strumenti giuridici ordinari previsti dall'ordinamento, condizione, quest'ultima, unica in ragione della quale si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi.

In particolare, presupposti indefettibili delle ordinanze de quibus, infatti, sono costituiti: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti extra ordinem, che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle legge (T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 24 marzo 2017 n. 621, 9 novembre 2016 n. 5162 e 17 febbraio 2016n. 860; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12 gennaio 2016 n. 69; Cons. di St., sez. V, 26 luglio 2016 n. 3369). Trattasi all'evidenza di strumenti atipici per quanto attiene al contenuto, condizionati unicamente ai presupposti previsti dalla legge per l'esercizio del potere di ordinanza, atteso che l'atipicità è conseguenza della funzione dell'istituto, considerato che le situazioni di urgenza concretamente verificabili non sono prevedibili a priori" (T.a.r. Veneto, Venezia, sez. I, 21 settembre 2016 n. 1055).

4.1 Orbene, nel caso all'esame, come anticipato nella sede cautelare, lo stato di pericolo igienico sanitario posto a base del provvedimento impugnato non risulta riscontrabile nella presupposta relazione del Dipartimento di Prevenzione dell'Ausl di Pescara *-(omissis)-* da cui risultava, piuttosto, che,

all'esito dei sopralluoghi effettuati non erano stati avvertiti odori molesti e che le condizioni igieniche erano buone, né erano stati rilevati liquami sversati sul suolo che al contrario venivano regolarmente asportati con segatura assorbente.

Del pari risulta fondato il vizio di difetto di istruttoria laddove l'amministrazione intimata nell'intervenire in una situazione in cui era necessario adottare misure che incidevano sulla detenzione e sulla convivenza con un animale asseritamente domestico, non si è curata di sollecitare la partecipazione al procedimento del competente Servizio Veterinario dell'A.s.l. tramite il quale sarebbe stato possibile accertare l'effettiva riconducibilità del maiale vietnamita alla categoria degli animali domestici da compagnia, le reali dimensioni dell'animale, e la compatibilità delle sue condizioni esistenziali con il contesto ambientale circostante nonché l'idoneità e l'adeguatezza delle misure igieniche predisposte dai proprietari rispetto all'habitat di inserimento, o di quelle suggerite impropriamente dalla stessa Asl asseritamente a tutela dell'igiene e del decoro dell'abitato. Peraltro, sul punto parte ricorrente ha allegato agli atti la nota *-(omissis)-* del Servizio Veterinario dell'A.s.l. in cui viene dato atto che il Servizio medesimo non era stato coinvolto nel procedimento culminato nell'adozione della gravata ordinanza, con la precisazione che il suino in questione era stato ripetutamente controllato senza mai riscontrare condizioni igieniche precarie o presenza di odori molesti.

L'ordinanza gravata risulta affetta quindi da contraddittorietà laddove pur dando atto dell'assenza di odori molesti o sversamenti di liquami riconducibili all'animale detenuto dai ricorrenti, sanziona l'inosservanza della pregressa prescrizione relativa alla cementificazione dell'area, sulla base di un presunto e non dimostrato stato di pericolo igienico sanitario al fine della migliore tutela dell'igiene pubblica e privata.

Il provvedimento gravato, non si fonda sull'esistenza concreta di "gravi pericoli" incombenti, di dimensioni tali da costituire una concreta ed effettiva minaccia per l'incolumità dell'igiene pubblica, non fronteggiabile con mezzi ordinari. In particolare non è rinvenibile dagli atti di causa alcuna delle situazioni di eccezionalità ed imprevedibilità che porti a far temere emergenze igienico sanitarie o pericoli per la pubblica incolumità.

L'ordinanza risulta quindi frutto di sviamento in quanto utilizzata come strumento improprio per sanzionare l'inottemperanza da parte dei ricorrenti alla prescrizione di realizzare un suolo di cemento per garantire una maggiore pulizia e disinfezione della zona, pur dando atto che le deiezioni dell'animale erano adeguatamente assorbite ed asportate tramite opportuna segatura.

Del pari improprio è il riferimento alla violazione dell'art. 292 del rego-

lamento comunale che è norma dettata all'evidenza per gli animali d'allevamento domestico che siano detenuti in stalle, ovili porcili o pollai, senza che l'amministrazione si sia preventivamente attivata tramite le autorità competenti ed attraverso le verifiche anagrafiche del caso per accertare la non riconducibilità del maiale di razza vietnamita detenuto dai ricorrenti agli "animali da compagnia" e la sua ascrivibilità a quelli destinati all'allevamento.

Va quindi ritenuta l'illegittimità dell'ordinanza impugnata per eccesso di potere nella figura sintomatica del difetto di istruttoria e dell'insufficienza e perplessità della motivazione relativamente ai presupposti di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato
(*omissis*)

(1)(2)(3)(4) *NOTA*

La sentenza merita di essere segnalata per alcuni aspetti processuali e di merito.

Dal punto di vista processuale, in riferimento alla eccezione inammissibilità del ricorso per non essere stato notificato anche al Condominio - su cui insiste la porzione immobiliare oggetto del provvedimento contingibile ed urgente emanato dal Sindaco - il TAR ha rilevato che detto ente non può essere considerato quale controinteressato. Ciò in base alle peculiarità del provvedimento emanato il quale è "per sua natura finalizzato alla tutela di interessi generali o diffusi e comunque superindividuali e impersonali, talché è da escludere che nel caso di ricorso proposto per il suo annullamento siano configurabili soggetti controinteressati in senso tecnico nei confronti dei quali occorra a pena di inammissibilità instaurare il contraddittorio". Il Tribunale ha inoltre richiamato la consolidata giurisprudenza in virtù della quale il soggetto controinteressato che deve necessariamente partecipare al giudizio è quello che, oltre all'identificazione diretta nel provvedimento, deve connaturarsi in una posizione simmetricamente opposta rispetto a colui che agisce davanti al giudice amministrativo ovvero per la titolarità di una posizione qualificata alla conservazione dell'atto impugnato. Nella fattispecie dell'ordinanza contingibile ed urgente adottata a tutela della salute pubblica - e quindi a presidio e garanzia di una collettività indeterminata di soggetti - non è ravvisabile in capo al Condominio la ricorrenza di alcuno dei predetti elementi formale e sostanziale posto che esso è menzionato nel provvedimento impugnato esclusivamente al fine di localizzare la sede del sopralluogo esperito.

La sentenza ha quindi concentrato il focus sulla natura e i presupposti delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, siano esse adottate ai sensi dell'art. 50 (situazione di imminente pericolo per l'igiene e la salute pubblica) o dell'art. 54 d.lgs. n. 267/2000 (grave pericolo per l'incolumità pubblica). Secondo il T.A.R. dette ordinanze "trovano la propria legittimazione nell'esistenza di una situazione di eccezionalità la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione non fronteggiabile con gli strumenti giuridici ordinari previsti dall'ordinamento, condizione, quest'ultima, unica in ragione della quale si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi".

I presupposti "indefettibili delle ordinanze de quibus sono costituiti: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti extra ordinem, che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle legge".

Nel caso in esame il Collegio ha rilevato la carenza nel provvedimento emanato di tutti i predetti presupposti oltre al difetto di istruttoria, laddove l'amministrazione intimata, nell'intervenire in una situazione in cui era necessario adottare misure che incidevano sulla detenzione e sulla convivenza con un animale asseritamente domestico, non si è curata di sollecitare la partecipazione al procedimento del competente Servizio Veterinario della ASL, fondando la determinazione sulla sola relazione degli addetti dell'Ufficio Igiene della medesima ASL che hanno sollecitato l'emanazione dell'ordinanza sindacale impugnata.

Il T.A.R. ha quindi ritenuto la contraddittorietà del provvedimento impugnato, in quanto non fondato sull'esistenza concreta di "gravi pericoli" incombenti, di dimensioni tali da costituire una concreta ed effettiva minaccia per l'incolumità dell'igiene pubblica non fronteggiabile con mezzi ordinari, e lo sviamento sotteso al provvedimento proprio perché utilizzato come strumento improprio per sanzionare l'inottemperanza da parte dei ricorrenti ai desiderata dell'Ufficio Igiene della ASL, assunti senza correlarsi affatto -come già detto- con il Servizio veterinario che ha esposto pareri di senso totalmente opposto.

Il Tribunale ha anche riconosciuto nel provvedimento impugnato il vizio dell'eccesso di potere nella figura sintomatica dell'insufficienza e perplessità

della motivazione, rimarcando il riferimento improprio alla violazione dell'art. 292 del Regolamento Comunale che è norma dettata per gli animali cd. da reddito che siano detenuti in stalle, ovili porcili o pollai, senza che l'Amministrazione si sia preventivamente attivata tramite le autorità competenti ed attraverso le verifiche anagrafiche del caso per accertare la riconducibilità del maiale di razza vietnamita detenuto dai ricorrenti agli "animali da compagnia".

La tutela degli animali è, com'è noto, stabilita sia nelle direttive internazionali (Dichiarazione Universale dei Diritti degli Animali proclamata il 15.10.1978 presso la sede UNESCO di Parigi), europee (Convenzione europea di Strasburgo del 13.11.1987), nazionali (L.14.8.1991 n°281, L. 4.11.2010 n°201), regionali (L.R. Abruzzo 18.12.2013 n°47 e finanche da apposito regolamento adottato dal Comune che ha emanato l'ordinanza...). L'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (cd. Trattato di Lisbona) precisa infatti che «l'Unione e gli Stati Membri devono, poiché gli animali sono esseri senzienti, porre attenzione totale alle necessità degli animali, sempre rispettando i provvedimenti amministrativi e legislativi degli Stati Membri relativi in particolare ai riti religiosi, tradizioni culturali ed eredità regionali». La Legge 28 dicembre 2015 n°221 ("Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali", c.d. Legge sulla "Green Economy"), ha modificato l'art.514 CPC prevedendo l'assoluta impignorabilità degli "animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali", nonché degli "animali impiegati a fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli"; in tal modo essa offre un indiscutibile supporto normativo alla tesi che nega la considerazione degli animali domestici quali res. Il D.Lgs. n. 36 del 28 febbraio 2021 in tema di Riforma dello sport, ha dedicato un intero titolo (IV, artt. 19-24) alle "Discipline sportive che prevedono l'impiego di animali", ed introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento, mediante una fonte avente forza di legge in virtù della delega conferita al Governo con L. 8 agosto 2019, n. 86, una articolata nozione di "benessere" con riguardo agli animali impiegati in attività sportive (art. 19), proprio facendo espressamente leva sull'art. 13 del Trattato di Lisbona che riconosce -come già detto- tutti gli animali "esseri senzienti". La disciplina stessa prevede l'attribuzione ad ogni animale impiegato nello sport di un documento di identità anagrafica (art. 19, 5 comma), ed in particolare l'emissione del "passaporto dell'equide" per identificare il singolo "cavallo atleta" (art. 22). Da ultimo, ma di certo non per importanza, la nostra Carta costituzionale che, in seguito a riformulazione dell'art.9, espressamente stabilisce che «La Repubblica ...

Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»: dunque, anche in forza della nostra prima fonte del diritto, gli animali non possono essere più considerati alla stregua di quanto avveniva in passato.

Ciò, a maggior ragione, per gli animali da compagnia quale Monaldo (questo è il nome del maiale che il provvedimento aveva ordinato di sottrarre dal suo habitat familiare ed ambientale) dato che già la Convenzione di Strasburgo del 13.11.1987 (ratificata dall'Italia con la Legge 4.11.2010 n°201) aveva creato detta definizione riconoscendo tale "ogni animale tenuto o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia". Non a caso la L. 14.8.1991 n°281, all'art. 1, assume che lo Stato «promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti e il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale». Sempre non a caso la riforma del condominio -entrata in vigore il 18.6.2013- ha modificato l'articolo 1138 C.C. ed introdotto il nuovo quinto (ed ultimo) comma, in forza del quale "le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici", sancendo così un vero e proprio "divieto" della previsione regolamentare di limitazioni a carico del singolo condomino sulla detenzione di tali animali.

Nella fattispecie l'animale risulta regolarmente "microchippato" e registrato alla anagrafe canina da parte del Servizio Veterinario ASL e, in quanto tale, come ha stabilito la decisione del T.A.R., esso è riconosciuto a tutti gli effetti quale animale da affezione.

Purtroppo, nella nostra Regione - contrariamente quanto accaduto per esempio in Friuli Venezia Giulia - non è stata ancora adottata una legge che riconosce tra gli animali di affezione i maiali ed anche altri (quali conigli, porcellini d'India, ecc.), sicché il Servizio veterinario - che sotto detto profilo è sicuramente più attento del legislatore regionale - è "costretto" a ricorrere all'escamotage di utilizzare l'anagrafe canina anche per detta specie.

Peraltro, occorre sfatare alcuni luoghi comuni sul maiale, trattandosi di uno degli animali più intelligenti, soprattutto tra quelli domestici. Nella "scala" stabilita dagli esperti in questo campo, le creature più intelligenti in assoluto sono i primati, seguiti dalle balene, i delfini ed i cetacei in genere. Seguono i maiali e poi i cani ed i gatti. I maiali, infatti, sono tra quelle creature dotate non solo di memoria a lungo termine (cani e gatti hanno solo quella a breve termine), ma anche di intelligenza "creativa". Il maiale non è aggressivo, né emana cattivo odore essendo tra gli animali più puliti che ci

siano e, per quanto riguarda gli animali domestici, è secondo in pulizia solo al gatto. Il maiale è assolutamente inodore; semplicemente, assume gli odori dell'ambiente in cui vive sicché, se egli vive in un porcile pieno di fango ed escrementi, assumerà l'odore di detto materiale, mentre se vive in un ambiente pulito sarà inodore.

Sempre in merito alla tutela degli animali va segnalato che la S.C. -con sentenza n°46291 del 3.12.2203- ha stabilito che il maltrattamento agli animali si configura non necessariamente se "agli stessi vengono procurate lesioni fisiche evidenti, ma è sufficiente che essi siano messi in condizione di soffrire" (nella fattispecie l'imputato "incrudeliva contro il cane per futili motivi e la mancanza di ferite non giustifica la sofferenza di animali ritenuti esseri viventi, capaci di percepire con dolore comportamenti non ispirati a simpatia, compassione e umanità). Già precedentemente vi erano state altre decisioni che avevano introdotto il concetto di sofferenza in animali capaci di percepire dolore non solo fisico ma anche psichico. Ulteriori sentenze hanno riconosciuto l'animale come essere senziente: Cass. 21.3.2017 n°20934, S.U. 11.11.2008 n°26972, Cass. 16.6.2017 n°30177 -relativamente ai crostacei ritenuti tali-, Cass. 25.9.2018 n°22728.

Tra le sentenze della giurisprudenza amministrativa in ordine alla tutela degli animali possiamo ricordare la decisione del TAR VENETO, Sez. I - 15 dicembre 2009 n°3600 ["La norma del regolamento di Polizia Urbana che vieta di detenere più di un cane in ogni abitazione in modo assolutamente generalizzato e incondizionato, senza distinguere situazioni oggettivamente diverse (quali, ad esempio, la taglia di detti animali o le dimensioni delle abitazioni, la disponibilità di cortili, ecc...) contrasta con la "tutela degli animali di affezione" di cui all'art. 1 della L. 281/91"], TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 febbraio 2017 n°164 (che si è pronunciato contro l'abbattimento di cani detenuti dal canile comunale) nonché TAR LAZIO Sezione II bis 20.12.2021 n°13172 ("il Comune che impone l'intervento di bonifica igienico sanitaria in un appartamento in condominio dove sono presenti animali domestici non può porre un «divieto di introdurre in termini assoluti animali nell'appartamento, senza termine né modalità o condizioni").

A detta giurisprudenza si aggiunge ora quella qui annotata che assai incisivamente ha tracciato e ampliato il campo di riconoscimento degli animali di affezione facendovi senz'altro rientrare anche quelli non specificamente inclusi nella legislazione regionale. Monaldo, maialino vietnamita, ne è rimasto sicuramente felice, e così gli esseri umani che con lo stesso avevano stabilito un rapporto di serena affezione.

Gianni Piscione

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza 24 maggio 2022 n. 208 - Pres. Passoni
- Est. Balloriani

Titolo edilizio - Permesso di costruire per nuova costruzione - Permesso per ristrutturazione - Differenze - Benefici fiscali – Bonus del 110% - Interesse all’impugnativa - Immobili sottoposti a tutela ex D.lgs. n. 42/2004 - Vincolo diretto - Dichiarazione di interesse culturale - Aree intere - Differenza - Interventi di demolizione e ricostruzione - Limitazioni - Insussistenza - Passaggio in decisione della causa - Modifica normativa sopraggiunta e c.d. Decreto-Bollette - Irrilevanza ai fini del decidere

1. La diversa qualificazione del titolo come permesso di costruire per nuova costruzione invece che per ristrutturazione comporta l'impossibilità per la ricorrente stessa di ottenere i benefici fiscali di legge (c.d. bonus del 110%) e quindi è infondata la deduzione di carenza di interesse per l'impugnativa del rilasciato titolo edilizio.

2. Prima della recente modifica normativa, la lett. d) dell'articolo 3 del dpr 380 del 2001, vigente razione temporis, si riferiva agli immobili sottoposti a vincoli culturali e paesaggistici. Come rilevato da condivisibile, recente, giurisprudenza resa sulla disposizione come ancora vigente (cfr. Tar Marche sentenza breve 170 del 2022; Consiglio di Stato sentenza 1761 del 2022), il riferimento costante da parte del Legislatore agli "immobili" sottoposti a vincolo o a tutela, che è comunque un sinonimo, induce a ritenere che la eccezione riguardi solo i casi di vincoli che colpiscano in modo specifico singoli immobili, quindi vincoli principalmente diretti e comunque non, come nel caso di specie, i casi in cui a essere vincolate siano intere aree. In sostanza, ai fini della individuazione degli immobili sottoposti a vincolo ex D.Lgs. n. 42/2004, si deve avere riguardo solo ai beni sottoposti a vincolo diretto di carattere storico, architettonico e artistico ai sensi della Parte II del Codice dei beni culturali (art. 10 del Codice) e quelli oggetto di specifica dichiarazione di interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 42/2004 (cfr. Tar Marche sentenza breve 170 del 2022). Tanto più che il Legislatore, quando invece ha voluto fare riferimento a limitazioni derivanti dall'inserimento in una determinata area, il Legislatore ha usato, nella seconda parte della lett. d) in esame, una espressione inequivoca e del tutto diversa: "quelli ubicati nelle zone...".

3. La modifica recata dalla legge n. 34 del 2022 di conversione del d.l. dell'1 marzo 2022, n. 17, ove ritenuta retroattiva confermerebbe quanto deciso e, dunque, non avrebbe rilievo; ove ritenuta non retroattiva, invece, non

potrebbe essere considerata ai fini del giudizio in quanto sopraggiunta al passaggio in decisione (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, sentenza n. 21691/16).

(omissis)

...la ricorrente ha impugnato il permesso di costruire n. 104/2021 del 21 febbraio 2022, pratica edilizia n. CE 104/2021, nella parte in cui si configura l'intervento come nuova costruzione, anziché ristrutturazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

(omissis)

- la ricorrente ha chiesto al Comune di Vasto il rilascio del permesso di costruire per un intervento qualificato come ristrutturazione edilizia con demolizione e ricostruzione di una struttura turistico ricettiva sito in area sottoposta a vincolo paesaggistico;

- il Comune resistente, tuttavia, in sede di rilascio del permesso di costruire, ha ritenuto che il progetto dovesse essere qualificato come 'nuova costruzione' ai sensi della lettera 'e) dell'art. 3 del DPR n. 380/2001;

- l'interesse della ricorrente alla diversa qualificazione dell'intervento risiede nella circostanza che solo se definito in termini di ristrutturazione potrebbe accedere agli incentivi fiscali (cd. bonus del 110%) e a quelli di cui agli artt. 3 e 4 della legge regionale 15.10.2012 n. 49;

- il Comune resistente rileva, preliminarmente, che il ricorso sarebbe irricevibile perché notificato il 17 marzo 2022, mentre la nota dello Sportello Unico per l'Edilizia prot. n. 67515 del 15 novembre 2021 – nella quale il responsabile del procedimento rappresentava che "l'intervento in questione non rientra nell'ambito di applicazione di cui all'art. 3 c. 1 lett. "d" del D.P.R. 380/2001, ma trattasi di "nuova costruzione" riconducibile alla lett. "e" del medesimo articolo del Testo Unico"- sarebbe stata trasmessa con PEC in pari data alla dante causa dell'odierna ricorrente e al tecnico dalla stessa incaricato;

- oltre che per tardività il ricorso sarebbe inammissibile perché la ricorrente ha comunque ottenuto il permesso di costruire e dunque non avrebbe interesse a una diversa qualificazione giuridica del titolo necessario;

- nel merito, poi, il Comune ha sottolineato che "l'intervento proposto ricade in zona «sottoposta a vincolo paesaggistico di cui al D.Lgs. 42/2004 art. 136-143 Parte III» e «considerato che trattasi di demolizione e ricostruzione con diversa sagoma, prospetti e sedime dell'edificio esistente», ha ... ritenuto che si trattasse «di "nuova costruzione"...e quindi non ricompresa tra gli interventi di cui all'art. 3 c. 1 lett. "d" del D.P.R. 380/20021»»;

- in sostanza, il Comune non contesta che possano rientrare nell'ambito

della citata lettera d) interventi di ristrutturazione con realizzazione di diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, ma solo che, nel caso di specie, ciò non sarebbe consentito in virtù della eccezione prevista in tale lett. d) quanto agli immobili vincolati;

- alla camera di consiglio dell'8 aprile 2022 la causa è passata in decisione;

- è innanzitutto infondata la deduzione circa la tardività del ricorso atteso che quella cui il Comune si riferisce nel prospettare il decorso dei termini per la impugnazione è la notifica di un atto endoprocedimentale e dunque non immediatamente e definitivamente lesivo, come invece è il successivo permesso di costruire con riferimento al quale il ricorso è invece tempestivo;

- è infondata anche la deduzione di carenza di interesse, atteso che non appare in contestazione che la diversa qualificazione del titolo come permesso di costruire per nuova costruzione invece che per ristrutturazione comporti la impossibilità per ricorrente stessa di ottenere i benefici fiscali di legge;

- nel merito il ricorso è fondato;

- prima della recente modifica intervenuta in sede di conversione, dopo il passaggio in decisione della presente controversia (cfr. l'articolo 28, comma 5-bis, lettera a), del D.L. 1 marzo 2022, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla Legge 27 aprile 2022, n. 34), nel contemplare la eccezione con riguardo agli immobili tutelati, la lett. d) dell'articolo 3 del dpr 380 del 2001, vigente *ratione temporis*, si esprimeva così: "Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché, fatte salve le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, a quelli ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria";

- prima della modifica di cui all'articolo 10 comma 1 lett. b) n. 2) d.l. 76 del 2020, tale disposizione si riferiva agli immobili sottoposti a vincoli;

- come rilevato da condivisibile, recente, giurisprudenza resa sulla disposizione come vigente *ratione temporis* (cfr. Tar Marche sentenza breve 170 del 2022; Consiglio di Stato sentenza 1761 del 2022), il riferimento costante da parte del Legislatore agli "immobili" sottoposti a vincolo o a tutela, che è

comunque un sinonimo, induce a ritenere che la eccezione riguardi solo i casi di vincoli che colpiscono in modo specifico singoli immobili, quindi vincoli principalmente diretti e comunque non, come nel caso di specie, i casi in cui a essere vincolate siano intere aree;

- in sostanza, ai fini della individuazione degli immobili sottoposti a vincolo ex D.Lgs. n. 42/2004, si deve avere riguardo solo ai beni sottoposti a vincolo diretto di carattere storico, architettonico e artistico ai sensi della Parte II del Codice dei beni culturali (art. 10 del Codice) e quelli oggetto di specifica dichiarazione di interesse culturale ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 42/2004 (cfr. Tar Marche sentenza breve 170 del 2022);

- tanto più che, quando invece ha voluto fare riferimento a limitazioni derivanti dall'inserimento in una determinata area, il Legislatore ha usato, nella seconda parte della lett. d) in esame, una espressione inequivoca e del tutto diversa: "quelli ubicati nelle zone...";

- poiché introdotta dopo il passaggio in decisione della questione, il Collegio ritiene di non dover invece tenere conto della modifica recata dalla legge 34 del 2022 di conversione del d.l. 76 del 2020, laddove il Legislatore, probabilmente consapevole del contrasto giurisprudenziale, ha aggiunto opportunamente la precisazione "ad eccezione degli edifici situati in aree tutelate ai sensi dell'articolo 142 del medesimo codice", in linea con la interpretazione appena riferita;

- più in particolare, ove ritenuta retroattiva se ne dovrebbe tenere conto, ma in tal caso confermerebbe quanto deciso, e dunque non avrebbe rilievo, ove ritenuta non retroattiva, invece, non potrebbe essere considerata ai fini del presente giudizio in quanto sopraggiunta al passaggio in decisione (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, sentenza n. 21691/16);

(omissis)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie per le ragioni indicate in motivazione.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza 11 maggio 2022 n. 188 - Pres. Passoni
- Est. Balloriani

Atti processuali di parte – C.d. venire contra facta propria – Invalidità della difesa – Vizio di dolo generali seu praesentis – Controllo d’ufficio del Giudice – Principio di buona fede processuale – Contrasto - Appalto di servizio di refezione scolastica - Rapporto di avvalimento – Esecuzione diretta del contratto di appalto – Avvalimento formativo – Ammissibilità - Annullamento dell’aggiudicazione – Declaratoria di inefficacia del contratto di appalto – Subentro della nuova aggiudicataria - Verifica di anomalia dell’offerta da parte della stazione appaltante – Prestazioni rese dalla precedente aggiudicataria - Salvezza

1. Non è consentito negli atti giudiziari venire contra facta propria, e tale norma di comportamento si riverbera in termini di validità sul piano degli atti giudiziari con i quali tale comportamento risulterebbe vantaggioso; sul piano della validità, difatti, le difese che sono il prodotto del venire contra facta propria non possono essere prese in esame dal giudice perché in ambito processuale si tratta di atti viziati da dolo generalis seu praesentis (rilevabile finanche d’ufficio dal giudice), in quanto contrari al principio di buona fede, quale canone di comportamento rilevante sul piano di validità proprio nel processo (Tar Pescara, sentenza 50 del 2020; Tar Pescara, sentenza 86 del 2019: “costituisce, ... un’ ipotesi di comportamento gravemente contrario a buona fede, nella specie di venire contra facta propria; e tale comportamento rileva anche sul piano della validità, rendendo nulla o comunque inammissibile l’eccezione ..., in virtù della figura giuridica dell’exceptio doli generalis seu praesentis, la quale attiene appunto al dolo “attuale” nell’esercizio dell’azione giudiziaria ed è quindi rilevabile d’ufficio dal Giudice).

2. La giurisprudenza ha chiarito che infatti l’esecuzione diretta del contratto è richiesta solo in casi di avvalimento di titoli o esperienze professionali soggettive e dunque infungibili come si desume dalla lettera dell’articolo 89 d.lgs. 50 del 2016; secondo la giurisprudenza, infatti, tale disposizione è eccezionale e dunque di stretta interpretazione, atteso che in via generale la funzione del contratto di avvalimento non è quella di associarsi ad altri per eseguire il contratto, bensì quella di acquisire “in prestito” le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa pubblica, come si desume anche dall’art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui “il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato

il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati” (Consiglio di Stato sentenza 1308 del 2022; sentenza 3374 del 2021).

3. *Con riferimento al contratto di avvalimento, è da rilevare che il “prestito” del requisito è idoneo e determinato solo se il relativo contratto di avvalimento specifica in quali modi - “che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante” (Tar Lazio sentenza 5880 del 2019; Consiglio di Stato sentenza 864 del 2015) - l'esperienza dell'impresa ausiliaria venga effettivamente trasferita all'impresa ausiliata. Nel caso di specie vi sono quindi tutti gli elementi per la stazione appaltante al fine di controllare che tale trasferimento di competenze sia effettivamente avvenuto, in conformità alla funzione del contratto di avvalimento cd. “formativo”.*

4. *Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. l'annullamento dell'aggiudicazione comporta dunque, in accoglimento della domanda formulata dalla ricorrente, la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto. Ai sensi del medesimo articolo, il Collegio dispone che tale inefficacia decorra : a) dalla data di effettivo subentro nel contratto da parte dell'aggiudicataria; b) oppure dal trentesimo giorno dalla comunicazione del presente provvedimento entro cui dovrà concludersi la verifica dell'anomalia al fine di valutare la conferma dell'aggiudicazione in capo alla attuale ricorrente; fatte salve, in ogni caso, le prestazioni nel frattempo rese dall'attuale aggiudicatario (Tar Lazio, sentenza 4204 del 2021)*

(omissis)

la ricorrente impugna l'aggiudicazione alla controinteressata deducendo che: - la SA appaltante avrebbe illegittimamente ritenuto valido il contratto di avvalimento (stipulato al fine di soddisfare il requisito del fatturato specifico nella refezione scolastica nel triennio e con buon esito, di cui era carente SH Gestioni, la quale, nell'ambito dell'RTI orizzontale, avrebbe dovuto gestire le scuole di Villanova e Vallemare) benché in virtù di esso le prestazioni erano previste non a carico della ausiliaria *(omissis)*, bensì dell'ausiliata *(omissis)*- dal contratto di avvalimento infatti risulterebbe non una effettiva messa a disposizione di personale e risorse ma solo la disponibilità a utilizzare il

personale della ausiliaria per formare quello della ausiliata; - ciò violerebbe la disposizione di cui all'articolo 89 d.lgs. 50 del 2006, laddove imporrebbe che a eseguire le prestazioni oggetto di avvalimento dovrebbe essere necessariamente il personale dell'ausiliaria ("per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"... "A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento"); - oltre che dalla lettera del contratto, tale denunciata circostanza risulterebbe anche dal tipo di personale messo a disposizione dalla impresa ausiliaria: non figure operative necessarie nella gestione del servizio ma solo soggetti con ruoli dirigenziali e/o apicali e/o di supervisione e direzione; - ne conseguirebbe inoltre anche la indeterminatezza dell'oggetto e dunque la nullità del contratto di avvalimento, contemplando questo solo una non meglio specificata attività formativa e non le specifiche risorse umane e strumentali necessarie per conseguire il requisito di esperienza; - sul piano della attribuzione dei punteggi, poi, nella *lex specialis* era previsto, al criterio di valutazione n. 3 ("Chilometro zero e filiera corta (entro 200 km dal punto di produzione e/o allevamento per i seguenti 10 prodotti indicati nel DM (ortaggi, frutta, legumi-cereali, pasta, lattiero-caseari, carne, derivati della carne, uova, olio, passate e conserve di pomodoro)"), un punteggio di massimo 9 punti in relazione a quanti prodotti, di quelli elencati sempre nella *lex specialis*, venivano forniti con tali caratteristiche di filiera (i prodotti valutabili a tal fine in particolari erano 10, ma il punteggio massimo attribuibile era di 9 punti); ciò premesso alla controinteressata sono stati assegnati 9 punti ma invece ne avrebbe meritati 8 perché aveva offerto solo 8 di tali alimenti contemplati nel criterio; - infine, quanto al criterio – denominato "Certificazioni facoltative ("ISO 22005:2008, EMAS, BS OHSAS, 18001:2007, SA8000 in relazione alle misure di gestione ambientale, della sicurezza sul lavoro ed etica"), esso prevedeva l'assegnazione del punteggio massimo di 3 punti al concorrente in possesso di tutte le quattro certificazioni richieste nella *lex specialis*, mentre in caso di numero inferiore era prevista l'attribuzione di un punteggio in misura proporzionale (0,75 punti per ogni certificato – 3:4 -); ciò premesso, RTI (*omissis*) ha indicato il possesso di tutte e quattro le certificazioni richieste ottenendo i 3 punti, ma in realtà sarebbe stato privo della certificazione EMAS;

più in particolare, la mandante SH Gestioni ne sarebbe radicalmente priva, mentre la mandataria “non la possedeva in relazione al servizio di ristorazione scolastica, bensì solo limitatamente ad alcuni stabilimenti” .. relativi “ai siti di Biella, Brescia, Castiglione Olona e Milano”;

- con ricorso incidentale, la controinteressata ha contestato l’attribuzione alla ricorrente di 9 punti relativamente al criterio n. 3, perché numerosi prodotti offerti da Dussmann proverrebbero in realtà da luoghi siti a distanza superiore rispetto ai 200 km contemplati in tale criterio premiale (“calcolata dall’indirizzo del produttore al Municipio di Cepagatti”); ha inoltre contestato l’attribuzione di 2 punti per il medesimo criterio, in quanto la ricorrente non avrebbe offerto due prodotti indicati in elenco;

- alla udienza del 25 marzo 2022 la causa è passata in decisione;

- preliminarmente, il Collegio rileva che dovrebbero essere esaminati per primi i motivi di ricorso che comporterebbero la esclusione della controinteressata, i quali, non essendo viceversa il ricorso incidentale escludente ma solo correttivo del punteggio, non sarebbero prima facie in relazione di pregiudizialità/dipendenza con il ricorso incidentale stesso;

- tuttavia, con il ricorso incidentale, si impugna anche la graduatoria e, quantomeno con la prima censura, in caso di suo accoglimento (perché è l’unica in grado di colmare il divario di oltre due punti tra la ricorrente e la terza classificata), la ricorrente diverrebbe terza e quindi ciò potrebbe, almeno in astratto, avere effetto paralizzante sull’interesse alla impugnazione (seppure a seguito di ulteriore consequenziale attività della SA);

- dunque, benché la questione non sia stata sufficientemente sviluppata dalla ricorrente incidentale, il Collegio ritiene di farsene carico, mentre la seconda censura del ricorso incidentale, per quanto appena detto, non è in grado di incidere sull’interesse alle censure escludenti del ricorso principale, lamentando l’attribuzione di soli due punti alla ricorrente, dunque di un punteggio non sufficiente per colmare la distanza con la terza classificata;

- la censura incidentale relativa alla distanza dal luogo di fornitura è infondata;

- come correttamente rilevato dalla ricorrente, la *lex specialis* (l’allegato C del disciplinare) per la determinazione dei criteri ambientali minimi e comunque in generale per l’attribuzione dei punti secondo i criteri merceologici rinvia al DM del 10 marzo 2020 del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, nel quale è previsto (pag. 24) che “Per filiera corta si intende sia la vendita diretta tra produttore primario o associazioni di produttori primari e centro di preparazione del pasto, sia la vendita tra l’impresa che gestisce la piattaforma per la distribuzione dei prodotti, purché questa

si configuri come unico intermediario con il produttore primario e centro di preparazione del pasto e purché la piattaforma sia collocata entro il Km 0 (o chilometro utile, nel caso dei piccoli comuni), come nel seguito definito. Per «chilometro zero» (o, nel caso dei piccoli comuni «chilometro utile») si intende una distanza tra terreno coltivato/ sito dell'allevamento e centro di cottura, o interno o esterno, di 200 Km ... e, nel caso dei piccoli comuni 70 Km ... Per prodotti agricoli e alimentari a chilometro utile ai sensi della legge 6 ottobre 2017, n. 158 si intendono infatti i prodotti provenienti da un luogo di produzione o da un luogo di coltivazione e allevamento della materia prima agricola primaria utilizzata nella trasformazione dei prodotti, situato entro un raggio di 70 chilometri dal luogo di vendita, ...»;

- ciò premesso appare evidente che la definizione di km 0 e km utile è accomunata dal modo di calcolo secondo il “criterio del raggio” e non della strada concretamente da percorrere per unire i due luoghi;

- del resto, come evidenziato dalla ricorrente, anche la controinteressata ha utilizzato il “criterio del raggio” nel calcolare le distanze nella propria offerta, sicché tale censura apparirebbe inammissibile in quanto frutto di abuso del diritto potestativo a esercizio processuale;

- più in particolare, appare contraddittorio e dunque un venire contra facta propria, da parte della controinteressata, dapprima interpretare i criteri della lex specialis nello stesso modo della ricorrente e poi proporre in sede giudiziaria una interpretazione diversa tesa ad ottenerne un vantaggio in proprio favore e a danno della ricorrente stessa;

- come noto, non è consentito negli atti giudiziari venire contra facta propria, e tale norma di comportamento si riverbera in termini di validità sul piano degli atti giudiziari con i quali tale comportamento risulterebbe vantaggioso; sul piano della validità, difatti, le difese che sono il prodotto del venire contra facta propria non possono essere prese in esame dal giudice perché in ambito processuale si tratta di atti viziati da dolo generalis seu praesentis (rilevabile finanche d'ufficio dal giudice), in quanto contrari al principio di buona fede, quale canone di comportamento rilevante sul piano di validità proprio nel processo (Tar Pescara, sentenza 50 del 2020; Tar Pescara, sentenza 86 del 2019: “costituisce, ... un' ipotesi di comportamento gravemente contrario a buona fede, nella specie di venire contra facta propria; e tale comportamento rileva anche sul piano della validità, rendendo nulla o comunque inammissibile l'eccezione ..., in virtù della figura giuridica dell'exceptio doli generalis seu praesentis, la quale attiene appunto al dolo “attuale” nell'esercizio dell'azione giudiziaria ed è quindi rilevabile d'ufficio dal Giudice (del resto, al pari dell'abuso del diritto, tale exceptio, in sostanza, riguarda il sindacato del giudice

sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento, tra cui appunto rientra il principio di buona fede, e con le finalità insite nel loro normale esercizio, cfr. Cassazione sentenza 5273 del 2007; e, come noto, anche l'abuso del diritto è rilevabile d'ufficio dal Giudice, cfr. Cassazione sentenza 24024 del 2015");

- ciò premesso, per le ragioni illustrate, si può passare dunque all'esame delle censure escludenti contenute nel ricorso principale;

- è infondata la censura relativa alla invalidità del contratto di avvalimento;

- innanzitutto, occorre chiarire che nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non è richiesta l'esecuzione diretta del contratto da parte dell'ausiliaria, trattandosi di requisiti di esperienza della impresa e non di titoli o esperienze professionali di singole figure soggettive dell'azienda;

- a tal proposito la giurisprudenza ha chiarito che infatti l'esecuzione diretta è richiesta solo in tali casi di avvalimento di titoli o esperienze professionali soggettive e dunque infungibili (circostanza che non ricorre nel caso di specie, trattandosi invece del requisito di capacità tecnica e professionale concernente l'aver gestito una quota di refezione scolastica, con cottura e somministrazione effettuate direttamente, continuativa nel triennio 2017/2018/2019 di importo non inferiore ad euro 1.249.200,00 IVA esclusa), come si desume dalla lettera dell'articolo 89 d.lgs. 50 del 2016 ("per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"); secondo la giurisprudenza, infatti, tale disposizione è eccezionale e dunque di stretta interpretazione, atteso che in via generale la funzione del contratto di avvalimento non è quella di associarsi ad altri per eseguire il contratto, bensì quella di acquisire "in prestito" le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa pubblica, come si desume anche dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati" (Consiglio di Stato sentenza 1308 del 2022; sentenza 3374 del 2021);

- con riferimento alla seconda censura riguardante il contratto di avvalimento, è da rilevare che il "prestito" del requisito è idoneo e determinato solo se il relativo contratto di avvalimento specifica in quali modi - "che possono

essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante” (Tar Lazio sentenza 5880 del 2019; Consiglio di Stato sentenza 864 del 2015) - l'esperienza dell'impresa ausiliaria venga effettivamente trasferita all'impresa ausiliata;

- nel caso di specie, ad avviso del Collegio, dal contratto di avvalimento si evince tale specificazione, che è da ritenere idonea a valutare l'adeguatezza del programma di formazione al fine di trasferire l'esperienza maturata (come appena visto, in giurisprudenza è ammesso anche il cd. avvalimento formativo);

- nel contratto di avvalimento è infatti specificato (allegato B al contratto) che “Compass Group Italia (impresa ausiliaria) mette a disposizione di SH Gestioni (impresa ausiliata) il seguente personale qualificato in possesso di adeguate competenze, qualifiche ed esperienza professionale nella gestione di appalti di servizi di ristorazione scolastica per fornire adeguata formazione al personale dell'impresa ausiliata in materia di gestione di appalti di servizi di refezione scolastica con elevati volumi di pasti”; e segue un elenco di qualifiche professionali a tal fine deputate e messe a disposizione; e nell'allegato D al contratto di avvalimento è indicato inoltre lo specifico programma di formazione, i suoi fini e il personale preposto;

- vi sono quindi tutti gli elementi per la stazione appaltante al fine di controllare che tale trasferimento di competenze sia effettivamente avvenuto, in conformità alla funzione del contratto di avvalimento cd. “formativo”;

- è invece fondata la censura, non escludente ma correttiva, del ricorso principale, riguardante l'attribuzione del punteggio sul criterio n. 3, atteso che, come si evince dal disciplinare di gara (nel criterio 3 dell'allegato C sono elencati i prodotti separati da virgole, e i legumi e cereali, come anche i prodotti lattiero-caseari, sono uniti da un trattino e non separati da alcuna virgola) e dal chiarimento n. 9 della stazione appaltante (“Si conferma quanto scritto. Sono stati accorpati solo legumi/cereali da intendersi come unica voce. Si prega di approfondire il D.M. del 10.03.2021 come indicato al punto 3) dell'offerta “Documentazione a comprova dell'Offerta”), i legumi e i cereali devono intendersi come una voce, e dunque non posso ricevere un punteggio distinto come se fossero due voci, e come poi è invece avvenuto in favore della controinteressata;

- né, come pretenderebbe la SA, si può a tal fine invocare il DM 10 marzo 2021 o qualsiasi altra norma che prevarrebbe sul bando di gara, atteso che nel caso di specie la interpretazione della *lex specialis* fornita dalla stazione appaltante è univoca e non vi sono lacune colmabili con norme ad applicazione

diretta; in caso di contrasto sarebbe stato necessario un atto di autotutela e la riedizione della gara, rimettendo in termini tutti i concorrenti; viceversa la stazione appaltante non può invocare la illegittimità del proprio operato, nel redigere la *lex specialis* e nel fornire un chiarimento, in favore di un concorrente e in violazione della *par conditio* di tutti i partecipanti;

- alla controinteressata è stato dunque attribuito un punto in modo illegittimo;

- ciò premesso, visto che la sottrazione di tale punteggio alla controinteressata sarebbe sufficiente per invertire il risultato della gara, facendo diventare prima la ricorrente e seconda la controinteressata, appare adesso necessario valutare la fondatezza della ulteriore censura contenuta nel ricorso incidentale, tesa appunto ad aumentare tale divario, incidendo così sull'interesse all'accoglimento di siffatta censura (cfr. nel ricorso incidentale: "Dussmann ha illegittimamente ottenuto (almeno) due punti...l'allegato C cit. attribuiva tale punteggio per "carne e derivati della carne nella quantità interamente utilizzata". Ebbene, Dussmann ha indicato solamente prodotti a base di carne (fresca) e non pure i derivati della medesima, quali prosciutto cotto, crudo e bresaola, espressamente indicati dal DM 10 marzo 2020 in punto di criteri ambientali minimi (CAM), richiamato dalla stessa legge di gara");

- tale censura appare infondata;

- a tal fine è sufficiente rilevare che, nell'allegato B del disciplinare, dopo l'elencazione delle varie tipologie di carne, distinte in base agli animali da cui provengono, vi è un paragrafo a parte per le "Carni macinate e preparazioni di carne", così come, più avanti, per i "prodotti di salumeria";

- sicché deve intendersi che l'espressione "carne e derivati della carne", in virtù della differente modalità di elencazione contenuta nel ricordato allegato C, debba ricondursi rispettivamente, secondo la *lex specialis*, da un lato, alle carni elencate nell'allegato C in base agli animali di provenienza, dall'altro, alle "Carni macinate e preparazioni di carne" o ai "prodotti di salumeria";

- ne consegue che resta assorbita la censura relativa alle certificazioni, avendo la ricorrente, con il solo accoglimento della succitata censura relativa alla illegittima attribuzione di 1 punto alla controinteressata, ottenuto il soddisfacimento della pretesa al sovvertimento dell'esito della gara in proprio favore;

- a tal proposito, la SA nella propria memoria ha riferito che comunque la offerta della ricorrente dovrebbe essere sottoposta, in caso risultasse prima in graduatoria, a verifica di anomalia;

- ciò premesso, ne consegue che l'accoglimento del presente ricorso comporta l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata, a condizione

dell'esito positivo della suddetta verifica, ove effettivamente necessaria (trattandosi di potere valutativo non ancora esercitato);

- la ricorrente ha poi chiesto "la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove quest'ultimo dovesse essere stipulato nelle more del giudizio, e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione e conseguente affidamento dell'appalto alla ricorrente per l'intera durata del contratto originariamente prevista";

- nelle more del giudizio, essendo stata respinta la istanza cautelare, è stato stipulato il contratto con la controinteressata;

- ai sensi dell'art. 122 c.p.a. l'annullamento dell'aggiudicazione comporta dunque, in accoglimento della domanda formulata dalla ricorrente, la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto;

- ai sensi del medesimo articolo, e alla luce delle considerazioni appena svolte in merito alla eventuale verifica di anomalia prospettata dalla SA, il Collegio dispone che tale inefficacia decorra : a) dalla data di effettivo subentro nel contratto da parte dell'aggiudicataria; b) oppure dal trentesimo giorno dalla comunicazione del presente provvedimento entro cui dovrà concludersi la verifica dell'anomalia al fine di valutare la conferma dell'aggiudicazione in capo alla attuale ricorrente; fatte salve, in ogni caso, le prestazioni nel frattempo rese dall'attuale aggiudicatario (Tar Lazio, sentenza 4204 del 2021);

(omissis)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale, per le ragioni indicate in motivazione.

(omissis)

III

INTERVENTI E RASSEGNE

Autonomia contrattuale e *hardship*

Il 2020 è stato un anno particolare che ha portato la nostra società a scontrarsi con una situazione pandemica che richiama, fortunatamente non in termini di vittime, bensì in termini di aggressività e mutabilità del contagio, altre epidemie del passato che, come quella attuale, apportarono importanti cambiamenti nei più diversi ambiti dell'attività umana.

Una delle questioni più dibattute nel panorama giuridico di questi ultimi anni ruota attorno al seguente quesito: se e in che termini la pandemia causata dal diffondersi del virus denominato Covid-19 abbia scalfito il fondamentale principio dell'autonomia contrattuale che da secoli regola i rapporti fra privati e le relazioni commerciali. In altre parole, se gli effetti dell'emergenza sanitaria ed economico-sociale, generati dall'inesorabile diffondersi del contagio, abbiano provocato un deterioramento di tale principio e, al contempo, eroso un'altra regola fondamentale che da tempi risalenti agli antichi romani assicura la certezza del diritto negli scambi commerciali: mi riferisco al principio "*pacta sunt servanda*", in forza del quale i patti devono essere rispettati.

Il principio da ultimo menzionato si manifesta nella realtà empirica attraverso l'autonomia privata intesa quale libertà negoziale, seppur entro la cornice e i limiti della cosiddetta "signoria della volontà". Quest'ultimo è un concetto definito da autorevole dottrina, Galgano, come il fatto che la legge riconosce ai singoli privati un potere più o meno ampio di provvedere alla costituzione, modificazione ed estinzione di rapporti contrattuali mediante un proprio libero atto di volontà. Tale potere, infatti, si esercita nel rispetto di determinati limiti come quelli che l'articolo 1322 del Codice civile prescrive in relazione al contratto, il cui contenuto può essere liberamente determinato dai contraenti, ma «*nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative*»¹. In sostanza, l'autonomia contrattuale si può intendere in primo luogo come libertà di concludere o meno un contratto e in secondo luogo come libertà di scegliere quale tipo di contratto concludere e secondo quali modalità.

La parola stessa "autonomia" evoca un'idea di libertà corrispondente alla libertà di autodeterminarsi riconosciuta dalla Costituzione in capo a ciascun individuo; pertanto, l'attuazione dell'autonomia contrattuale risulta essere una componente essenziale della libertà di tutti i consociati. Tuttavia, la dottrina appare divisa nel sostenere la tesi che riconosce all'autonomia contrattuale

1. Inoltre, il secondo comma del medesimo articolo prevede la possibilità per le parti di concludere liberamente anche contratti non appartenenti a quelli caratterizzati da una disciplina tipica, pertanto atipici, «*purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*».

lo *status*, per così dire, di diritto fondamentale della persona corredato della relativa tutela costituzionale riconosciuta allo stesso quale momento di esplicazione della personalità umana².

Sul tema in questione l'orientamento prevalente sembra escludere che nella Costituzione sia presente una tutela diretta dell'autonomia privata, mentre ritiene che si dovrebbe parlare più propriamente di una tutela indiretta della stessa³. Inoltre, tale tutela si attiverebbe tutte le volte che la violazione posta in essere nei confronti dell'autonomia privata sia tale da provocare la lesione di altri diritti riconosciuti e tutelati direttamente dalla nostra Costituzione quali l'art. 41 Cost. posto a protezione dell'iniziativa economica privata e l'art. 42 Cost. a proposito di proprietà privata⁴.

Invece, per quanto riguarda il rapporto tra la libertà negoziale e l'odierno Codice civile italiano vale tutto un altro discorso. Infatti, sia il principio dell'autonomia contrattuale che la regola *pacta sunt servanda* sono stati recepiti dalle principali codificazioni successive all'entrata in vigore del *Code Napoléon*. Per quanto riguarda il secondo dei due principi appena menzionati, vale la pena osservare che al suo riconoscimento non seguì, almeno in un primo momento, anche quello dei limiti intrinseci al principio stesso. Infatti, come è noto, tale principio è sì generale, ma non assoluto poiché è normalmente soggetto ad alcune eccezioni che giustificano il mancato adempimento dell'obbligazione derivante dal contratto da parte di uno dei contraenti. Si tratta di eccezioni riconducibili da un lato alla fattispecie dell'impossibilità, "*impossibilium nulla est obligatio*"⁵, derivante dal diritto romano, e dall'altro alla clausola "*rebus sic stantibus*", assente durante il periodo romano ed elaborata in epoca medioevale da glossatori e canonisti⁶, in virtù della quale il contratto vincola le parti fintanto che, in corso di esecuzione dello stesso, non si verifica un mutamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della sua conclusione tale da determinare, ad esempio, una eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione a carico di uno dei contraenti. In realtà, è proprio con la codificazione del '42 che l'ordinamento italiano ha parzialmente accolto tale principio da ultimo menzionato prevedendo oltre alla fattispecie

2. L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 35.

3. C. cost. sentenza n. 37 del 21 marzo 1969 dove si afferma che «l'autonomia contrattuale... non riceve dalla costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale che, come gli art. 41 e 42, riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia... che deve cedere di fronte a motivi di ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Costituzione».

4. L. Balestra, *Introduzione al diritto*, cit., 36ss.

5. *Corpus Iuris Civilis, Digesta* 50.17.185 (533) (Celsus lib. 8 digest).

6. J. Gordley- A.T. Von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge, 2009, 503.

dell'impossibilità sopravvenuta, ampiamente normata nella Sezione II del Titolo II del Libro IV relativo alle obbligazioni, anche quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nella successiva Sezione III del codice⁷.

Con l'avvento dell'attuale Codice civile il legislatore ha esplicitamente definito l'autonomia contrattuale all'art. 1322. Essa si manifesta nella realtà empirica, innanzitutto, come libertà in negativo nel senso che nessuno può essere costretto a cedere i propri beni o ad eseguire una prestazione a favore di terzi senza che ciò corrisponda alla propria volontà. Pertanto, in linea di principio ogni individuo soggiace esclusivamente alla propria volontà e può essere vincolato da altri solo nei casi previsti e consentiti dalla legge⁸.

L'autonomia contrattuale si manifesta anche in termini positivi come libertà di poter scegliere tra i diversi contratti tipizzati dalla legge quello più consono agli scopi perseguiti dai contraenti, come libertà di determinare il contenuto contrattuale pur sempre entro i binari tracciati dalla legge, come libertà di poter concludere contratti atipici in quanto non ancora disciplinati dalla legge poiché propri del mondo degli affari⁹, purché siano finalizzati «a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322, comma 2°)¹⁰.

A questo punto della trattazione dovrebbe sorgere spontanea una domanda: in che modo si esercita concretamente la libertà negoziale insista nel principio di autonomia contrattuale. La risposta è parzialmente suggerita proprio dalla parola “contrattuale”. Infatti, fin dall'antica Roma e dagli albori del diritto romano, il contratto rappresenta lo strumento per eccellenza attraverso il quale gli individui conducono i propri affari e perseguono i propri interessi.

Il previgente codice civile italiano del 1865 definiva il contratto all'art. 1098 come «l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico». Il cuore della definizione era evidentemente incentrato sulla generica creazione di un vincolo giuridico senza che fosse data menzione al carattere della patrimonialità di cui, invece, sappiamo

7. Mi riferisco agli articoli 1463 e seguenti per quanto concerne la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta e agli articoli 1467 e seguenti per l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

8. In questi termini si esprime l'art. 1321 c.c. quando afferma che nel contratto l'accordo delle parti vale per costituire, regolare o estinguere «tra loro» un rapporto giuridico patrimoniale o l'art. 1372 in merito all'efficacia del contratto laddove afferma che «il contratto ha forza di legge tra le parti» e che «non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge».

9. Ai contratti innominati «possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante degli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme» Cass., sez. I, sentenza 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Mass. Foro it.*, 2000.

10. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, 183ss.

essere oggi particolarmente intriso l'art. 1321 del Codice civile del '42, il quale definisce il contratto come «*l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*».

L'attuale nozione di contratto, infatti, si incentra su due elementi fondamentali: l'accordo delle parti e la patrimonialità del rapporto giuridico. Per quanto attiene al concetto di "accordo" è bene segnalare come sia il ruolo svolto dalla volontà delle parti a produrre l'effetto giuridico del rapporto che interessa i contraenti. L'accordo è il vero nucleo nonché centro di gravità attorno al quale si esplica l'intero fenomeno contrattuale, essendo anche uno dei quattro requisiti del contratto sanciti dall'art. 1325 c.c.¹¹. Non a caso, l'assenza dell'accordo impedisce la sussistenza stessa della fattispecie contrattuale. E su questo, a grandi linee, *common law* e *civil law* sembrano coincidere dal momento che il contratto viene ad esistenza solo in presenza di un *agreement*, ossia di una intenzione esteriorizzata, definita e certa di volersi vincolare¹².

Inoltre, il rapporto giuridico costituito, regolato o sciolto per mezzo del contratto deve essere connotato dall'elemento della patrimonialità, ossia dovrà avere ad oggetto una *res* oppure prestazioni personali in grado di poter essere valutate economicamente¹³. In sostanza il contratto deve costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici di tipo patrimoniale.

Una volta definito cosa si debba intendere per contratto ci avviciniamo al cuore della trattazione, ovvero quali declinazioni e sfaccettature ha assunto il confronto tra la pandemia da Covid-19, il principio dell'autonomia contrattuale e la regola aurea *pacta sunt servanda*. Agli occhi di chi scrive, è risultato particolarmente interessante analizzare le mille sfaccettature assunte negli ultimi anni da tale confronto in relazione al contratto di locazione ad uso abitativo e ad uso commerciale, ossia contratti di durata a prestazioni corrispettive. In quanto tali, generalmente le prestazioni sono destinate ad essere eseguite per periodi più o meno lunghi di tempo, nel caso di specie il pagamento del canone pattuito a scadenze predefinite per tutta la durata del contratto. Inoltre, dal momento che si tratta di contratti a prestazioni corrispettive, queste sono legate da un rapporto di interdipendenza¹⁴ tale per

11. Gli altri sono «*la causa, l'oggetto, la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*».

12. AA. VV., *Atlante di diritto privato comparato a cura di F. Galgano*, Bologna, 2011, 73.

13. È proprio l'elemento della patrimonialità la chiave di lettura che permette di distinguere nettamente il contratto dal matrimonio. Quest'ultimo, infatti, pur essendo effettivamente un atto bilaterale avente come scopo quello di dar vita a rapporti giuridici pecca inevitabilmente dell'elemento patrimoniale ed è per questo che non è possibile classificare il matrimonio nella categoria del contratto.

14. Nei contratti a prestazioni corrispettive vige un rapporto di corresponsività e di reciprocità tra le prestazioni che viene definito "sinallagma". Con questo termine di eredità na-

cui l'una trova la propria ragion d'essere nell'altra.

In particolare, è durante l'esecuzione di tale tipologia contrattuale che si possono verificare delle situazioni del tutto peculiari e in grado di determinare l'inadempimento della prestazione, oppure il fatto che la prestazione di una delle parti si riveli essere impossibile per una causa ad essa non imputabile o, ancora, che la prestazione di una delle parti diventi eccessivamente onerosa in relazione alla propria controprestazione. In siffatte ipotesi si verifica uno squilibrio tra le prestazioni, ossia un'alterazione del sinallagma che comporta il cosiddetto "difetto funzionale della causa", cioè il presupposto per l'attivazione del tradizionale rimedio della risoluzione contrattuale.

Un avvenimento sopravvenuto, straordinario e imprevedibile è in grado di generare proprio le situazioni appena illustrate. In ambito contrattuale, tale fenomeno si può verificare durante l'esecuzione di un contratto di durata e può produrre lo specifico effetto di incidere sull'assetto negoziale e sull'equilibrio economico voluto dalle parti.

Come si è già anticipato, l'emergenza sanitaria ed economico-sociale causata dal diffondersi del Covid-19 pone notevoli interrogativi agli operatori giuridici tenuti a disciplinare e a dare attuazione alle norme che regolano gli scambi commerciali e i rapporti giuridici in generale.

La pandemia in quanto tale è sicuramente riconducibile al caso di scuola di evento straordinario e imprevedibile, cioè che le parti non hanno previsto in sede di formazione e conclusione del contratto. In quanto evento imprevedibile rientra sicuramente nell'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c. inerente al contratto con prestazioni corrispettive e al caso in cui, durante l'esecuzione del negozio, *«la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili»*. Inoltre, la pandemia da COVID-19 risulta possedere tutti gli elementi per poter essere considerata un evento sopravvenuto, poiché se fosse originario avrebbe impedito sul nascere la formazione del vincolo giuridico scaturente dal contratto. A tal proposito, è opportuno segnalare che la giurisprudenza richiede due requisiti affinché un evento possa definirsi "causa di forza maggiore": la straordinarietà e l'imprevedibilità. Il primo requisito è sicuramente di tipo oggettivo ed esige che l'evento in questione sia anomalo e allo stesso tempo quantificabile in base alla sua estensione e intensità, invece, il secondo ha natura soggettiva, poiché prende come riferimento la diligenza dell'uomo medio che versi nelle stesse condizioni¹⁵. Infatti, è stato evidenziato come in

poleonica si configura un profondo legame, un rapporto di dipendenza reciproca che trova attuazione durante la fase dell'esecuzione del contratto nella quale ciascuna parte esegue la propria prestazione.

15. Cassazione civile, sez. III, sentenza 25 maggio 2007, n. 12235.

realtà «non siamo di fronte ad una “normale” sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica che ha toccato e tocca, sia pure con diverse punte di intensità, se non tutte sicuramente la maggior parte delle attività economiche¹⁶».

Infatti, in risposta agli eventi pandemici e all'emergenza sanitaria il legislatore ha risposto con una duplice tipologia di provvedimenti. La prima corrisponde agli aiuti all'economia che sono stati realizzati con provvedimenti dotati di efficacia “verticale”, in un rapporto intercorrente tra lo Stato e i privati, cioè mediante incentivi, sovvenzioni e crediti d'imposta aventi come scopo quello di recuperare o limitare il più possibile le perdite causate dal *lockdown*. La seconda tipologia di interventi racchiude i provvedimenti contenenti norme dotate di efficacia “orizzontale”, in quanto dirette ad incidere sulle relazioni tra privati senza alcuna mediazione statale, andando ad intaccare i rapporti contrattuali e obbligatori ad essi connessi.

Per raggiungere risultati soddisfacenti, dal 2020 ad oggi sono stati emanati una lunga serie di atti normativi, quali D.P.C.M., decreti-legge e le relative leggi di conversione, che hanno determinato, tra le varie conseguenze, le chiusure e le sospensioni di attività economiche. In tali casi si può ragionevolmente affermare che la pandemia ha determinato due conseguenze indirette. La prima è quella di aver dato origine all'impossibilità della prestazione, generalmente del debitore, o l'interesse del creditore a riceverla, dal momento che il temutissimo *lockdown* ha avuto tra i tanti effetti quello della chiusura dell'attività produttiva o dell'esercizio commerciale, perché è divenuto impossibile procurarsi un certo bene sul mercato, perché le misure atte a garantire la distanza interpersonale rendono notevolmente più impegnativa o più dispendiosa la realizzazione di servizi o di beni in sicurezza. La seconda conseguenza, invece, riguarda tutte quelle situazioni nelle quali l'evento pandemico non impatta immediatamente sulla prestazione oggetto del contratto, bensì su ciò che le parti si sono proposte di realizzare attraverso quello specifico accordo, ad esempio perché le condizioni che riguardano la sfera soggettiva del debitore sono mutate a tal punto da rendere l'adempimento della propria obbligazione come un qualcosa di estremamente “difficoltoso/oneroso” oppure, perché si sono modificati i presupposti in virtù dei quali era stato concluso il contratto. Per quanto riguarda la prima situazione, si riscontrano esempi nell'ambito delle locazioni ad uso abitativo e commerciali ove la pandemia può aver modificato *in peius* la situazione economica del conduttore rendendo, di conseguenza, molto più difficile per

16. N. Cipriani, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, Rivista di Diritto Bancario dottrina e giurisprudenza commentata, 2021, I, 661ss.

questa parte continuare a pagare il canone o il prezzo pattuito. Tuttavia, in materia di obbligazioni pecuniarie, cioè aventi ad oggetto somme di denaro, vige il brocardo latino “*genus numquam perit*” in base al quale non potrà mai verificarsi l’impossibilità assoluta e oggettiva di procurarsi la somma necessaria ai fini dell’adempimento.

L’altro lato della medaglia è rappresentato dai provvedimenti emanati dal Governo e dalle Regioni per far fronte all’emergenza causata dal COVID-19, i quali rappresentano un esempio di scuola del cosiddetto *factum principis*, cioè un evento imprevedibile e inevitabile rientrante nella categoria giuridica della cosiddetta forza maggiore¹⁷. La conferma deriva dall’art. 3, comma 6-*bis*, del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, introdotto dal 1° comma dell’art. 91 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modifiche dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, il quale ha statuito che «*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*»¹⁸. La norma sembra essere di ampio respiro, poiché effettua un generale riferimento all’impossibilità della prestazione dalla quale deriva l’esclusione della responsabilità contrattuale da inadempimento o da ritardo con la conseguente esenzione dell’obbligo di risarcire la controparte.

A fronte della situazione appena descritta, l’ordinamento prevede una serie di rimedi giuridici tipici incentrato sui tradizionali istituti dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione e dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, rimedi ablativi per eccellenza, poiché hanno come effetto quello di determinare la caducazione del vincolo contrattuale. Durante questo periodo pandemico, tali istituti sono stati criticati da parte della dottrina, poiché ritenuti inadeguati¹⁹ dal momento che spesso l’interesse delle parti coincide con la conservazione del rapporto negoziale e non con lo scioglimento del vincolo giuridico. A tal proposito si segnala una interessante e attuale pronuncia del Tribunale

17. Il *factum principis* equivale al concetto di forza maggiore avente come effetto quello di liberare il debitore esclusivamente nel caso in cui tale evento sia assolutamente inevitabile e insuperabile. A tal proposito, si segnala che secondo la giurisprudenza in conseguenza di un provvedimento emanato da un’autorità, l’obbligato non deve assumere un atteggiamento passivo né soggiacere a tale emanazione senza porvi rimedio, dovendo, piuttosto, realizzare tutto ciò che è in suo potere per superare la resistenza o l’opposizione della pubblica autorità.

18. R. Fornasari, *Sopravvenienze e contratto dopo il COVID-19: problemi di contenuto e di metodo*, Contratto e Impresa, 2020, 1666s.

19. In tal senso R. Di Raimo, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, Emergenza COVID-19, Speciale n. 2, 2020, 151ss; F. Macario, *COVID-19 e sopravvenienze contrattuali: un’occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. comm.*, suppl. 3/2020, 80ss., spec. 81s.

di Roma nella quale si afferma che «*lo strumento della risoluzione del contratto squilibrato volta alla cancellazione del contratto, nella misura in cui quest'ultimo non contenga alcuna clausola di rinegoziazione derogatrice della disciplina legale, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all'interesse della stessa parte che, subendo l'aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto squilibrato e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali squilibrate*»²⁰.

Non a caso, in questi ultimi anni caratterizzati dalla pandemia da Covid-19, dottrina e giurisprudenza si sono interpellate ripetutamente sulle risposte che l'ordinamento e il legislatore hanno dato al problema e se in seno all'attuale sistema normativo sia rinvenibile o meno l'esistenza di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, divenute "squilibrare" a causa di sopravvenienze come quelle causate dall'emergenza sanitaria ed economico-sociale ancora in atto, e, infine, se in caso di risposta affermativa esistono strumenti idonei a tutelare una sua eventuale violazione. A tal proposito si è affermato che una soluzione incentrata sulla rinegoziazione del contratto "squilibrato" potrebbe fungere da incentivo per le parti al fine di addivenire ad un nuovo accordo che tenga conto delle mutate condizioni socio-economiche (il che garantirebbe, al contempo, certezza del diritto, circolazione della ricchezza e un effetto deflattivo del contenzioso²¹). Altri, spingendosi oltre, hanno affermato che l'evento pandemico in atto non imponga solo l'obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali statuite prima del suo manifestarsi, bensì anche una rilettura e una rinnovata ricerca degli obblighi che spettano alle parti di un rapporto giuridico obbligatorio non più esistente, poiché l'evento pandemico in questione rappresenta una fonte di comportamenti «*esigibili in chiave conservativa e solidaristica*»²².

Anche l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione ha ipotizzato una soluzione incentrata sull'obbligo di rinegoziazione in capo alle parti, fondato sul principio costituzionale di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. e sul dovere di comportarsi «*secondo le regole della correttezza*» ex art. 1175 c.c., di cui la clausola generale della buona fede²³ ne

20. Tribunale di Roma, 27 agosto 2020, accoglimento/ordinanza ex articolo 700 cpc, giudice Grauso, su il *caso.it*.

21. R. Fornasari, *Sopravvenienze e contratto*, cit., 1684.

22. C. Berti-B. De Paola, *Il "fatto storico" COVID-19 come criterio di riqualificazione dell'"atto" e del "rapporto"*.

23. La buona fede deve essere rispettata nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.), in quella dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), ma anche durante la sua interpretazione (art. 1366 c.c.).

rappresenta il riflesso in seno al Codice civile. Secondo l'impostazione fornita dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, nel caso in cui una sopravvenienza determini l'alterazione dell'equilibrio che caratterizza le prestazioni oggetto del contratto, in prima battuta, è essenziale che il contratto sopravviva, ma modificato con tutti quei correttivi, che nel caso di specie, risultano essere necessari per superare le difficoltà che si sono presentate²⁴. A fronte di questa esigenza e delle considerazioni già esposte, applicare i tradizionali rimedi consistenti nella risoluzione e nel risarcimento del danno equivarrebbe a realizzare proprio il risultato che l'obbligo di rinegoziazione vorrebbe evitare, ossia la caducazione del vincolo derivante dal contratto²⁵. Attraverso gli obblighi di cooperazione, che discendono dai principi sopra citati, si riesce a sanare *«l'apparente antinomia fra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti»*²⁶. Appare verosimile pensare che l'impulso alla rinegoziazione partirà dalla parte che risulta essere svantaggiata a causa delle sopravvenienze, la quale proporrà le modifiche al regolamento contrattuale in origine pattuito, mentre spetterà alla controparte partecipare alle nuove trattative in modo costruttivo. Infatti, secondo l'impostazione suggerita dai giudici dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione, sulle parti di un contratto discende un obbligo di collaborazione specifica che impone di condurre le trattative secondo buona fede, ma non anche di concludere il negozio eventualmente modificato. Invece, si verificherà un inadempimento *«se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo»*. Infine, nella relazione citata viene esposto il rimedio per l'ipotesi in cui una delle parti disattenda l'obbligo di rinegoziazione, ossia la possibilità, alla luce dell'art. 1374 c.c.²⁷, di un intervento giudiziale, diretto a costituire con una sentenza il contratto che non è stato possibile concludere a causa del comportamento tenuto dalla parte inadempiente, pur sempre nel rispetto dei criteri di mercato, dalla volontà delle parti e da quanto esse abbiano

24. Relazione n. 56 dell'ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, 8 luglio 2020.

25. Nella "Relazione tematica" n. 56 si afferma che *«il venir meno dei flussi di cassa è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono ammesse»* e che *«l'obbligo di rinegoziazione ex bona fide non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso: l'obbligo infatti, assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti»*.

26. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 322.

27. Articolo che prevede l'equità quale criterio deputato ad integrare il contenuto del contratto.

eventualmente già statuito²⁸.

La soluzione prospettata nella “Relazione tematica” n. 56 ha suscitato non poche critiche, in particolare, proprio l’applicazione dell’art. 2932 c.c. nell’ipotesi in cui le parti dovessero fallire un tentativo di rinegoziazione. Infatti, alcuni autori hanno rilevato che se una parte ha violato l’obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali rifiutandosi di intavolare nuove trattative, l’intervento giudiziale avrebbe ad oggetto ben pochi elementi sui quali basarsi per addivenire ad una nuova regolamentazione degli interessi delle parti e, di conseguenza, il giudice rischierebbe di creare un contratto modificato che sia il frutto di una sua invenzione, rischiando di incamminarsi verso un eccessivo paternalismo giudiziario che se incoraggiato risulterebbe poi complicato arrestare²⁹. Inoltre, è stato correttamente sottolineato che l’impatto economico della pandemia è “*blind*”, poiché essa riversa i suoi effetti sia sul contraente debole sia sul contraente forte, eppure, la “Relazione tematica” sembra riconoscere l’accesso alla rinegoziazione come un diritto spettante alla sola parte danneggiata *in executivis*, ossia il debitore³⁰.

D’altro canto, anche la risposta della giurisprudenza di merito è stata abbastanza frammentaria e non rispettosa delle linee guida fornite dall’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione. Ad esempio, nella pronuncia del Tribunale di Roma già richiamata, il giudice capitolino, a fronte del rifiuto della parte “forte” di rinegoziare le condizioni contrattuali e in assenza di una generale obbligazione di rinegoziare il contratto squilibrato, applicando il principio “*rebus sic stantibus*”, ha impiegato la cosiddetta “buona fede integrativa” per ricondurre il contratto entro il suo “naturale” *balance*, determinando una diminuzione del canone di locazione da corrispondere al locatore anche per i mesi futuri al *lockdown*. Il Tribunale del capoluogo emiliano, invece, ha esteso gli spazi di applicazione dell’art. 91 d.l. 18/2020, statuendo che gli «*inadempimenti che, in condizioni normali, sono di non scarsa importanza, possono ricevere una valutazione di scarsa importanza, invece in periodo di pandemia. In tal modo non consentendosi la risoluzione...*»³¹.

A parere di chi scrive, l’obbligazione di rinegoziazione fondata sul

28. Secondo i giudici autori della “Relazione n. 56” non si tratterebbe di alcun «*rimedio eccentrico al sistema*», ma si sarebbe di fronte ad una «*rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto*».

29. A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-COVID. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *GIUSTIZIACIVILE.com*, 7 ottobre 2020, 6s.

30. T. V. Russo, *L’arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della “manutenzione” dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, *Rivista di Diritto Bancario dottrina e giurisprudenza commentata*, Trento, 2021/2022, 143.

31. Tribunale civile di Bologna, 4 giugno 2020, ordinanza, giudice M. D’Orazi, su *Giuraemilia* 15 giugno 2020.

principio costituzionale di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. e sul dovere di comportarsi «secondo le regole della correttezza» ex art. 1175 c.c., costituirebbe proprio quella reazione forte di cui l'ordinamento avrebbe bisogno in momenti analoghi a quello che stiamo vivendo ancora oggi causato dalla pandemia da Covid-19. Infatti, non bisogna dimenticare che il d.d.l. n. 1151 del 2019, in discussione al Senato e contenente la delega al Governo per introdurre alcune modifiche al Codice civile, prevede esplicitamente l'inserimento di una norma contenente proprio «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti». In questo modo verrebbero anche sanati quei dibattiti a livello dottrinale citati in precedenza in base ai quali alcuni ritengono che la sussistenza in seno all'ordinamento di un generale obbligo di rinegoziare il contratto squilibrato sia possibile solo se ciò sia stato esplicitamente previsto dalla volontà delle parti o se espressamente sancito dalla legge³². Inoltre, la modifica che vorrebbe apportare il d.d.l. 1151 del 2019, poc'anzi citato, avrebbe anche il pregio di “svecchiare” il nostro Codice civile allineandolo con i codici moderni di altri paesi europei che già hanno adattato sul punto i propri ordinamenti agli *standard* internazionali³³.

Infatti, fin dal secolo scorso il diritto internazionale privato ha elaborato soluzioni giuridiche innovative idonee a fronteggiare sopravvenienze come guerre, gravi recessioni, rivoluzioni e pandemie. È in tale contesto che sono stati elaborati istituti come la *Force majeure*, l'*Hardship* e la *Gross disparity*. Normalmente nei contratti internazionali tali istituti sono inseriti in apposite clausole che per ragioni di semplicità e omogeneità sono state tipizzate dai più importanti organismi internazionali di diritto privato.

In particolare, i Principi elaborati dall'*Institut international pour l'unification du droit privé* (UNIDROIT)³⁴ riconoscono piena efficacia e validità alla libertà negoziale e al principio *pacta sunt servanda* rispettivamente all'art. 1.1 Principi UNIDROIT 2016, «le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto», e al successivo art. 1,3, «un contratto validamente concluso è vincolante per le parti». L'articolo da ultimo

32. Così A. Briguglio in *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti COVID-19*, precedentemente citato.

33. La Francia nel 2016 e la Germania nel 2002 hanno apportato importanti modifiche ai rispettivi codici civili introducendo rimedi analoghi a quello contenuto nell'*Hardship Clause* dei Principi Unidroit 2016.

34. Un insieme di regole generali elaborate da commissioni di massimi esperti del diritto privato applicabili in materia di contratti commerciali internazionali.

richiamato oltre a prevedere la regola generale richiama espressamente le sue eccezioni, cioè i casi nei quali un contratto perde il suo carattere vincolante e può essere modificato o risolto. Una sua eccezione è rappresentata proprio dalla situazione emergenziale determinata dal diffondersi del Covid-19 che, come si è visto, può generare l'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali. Infatti, può aver determinato l'insorgere della situazione per cui la prestazione oggetto di un contratto, seppur possibile, è divenuta eccessivamente onerosa per una delle parti in virtù del sopraggiungere di eventi imprevisi e fuori dalla sua sfera di controllo.

L'art. 6.2.1. Principi UNIDROIT 2016 richiama ancora una volta il principio *pacta sunt servanda* fissando la regola generale per cui «*se l'andamento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'hardship*». Il principio dell'obbligatorietà del contratto non ha carattere assoluto, poiché, ai sensi delle norme contenute nei Principi, se dovessero verificarsi circostanze tali da provocare «*una sostanziale alterazione dell'equilibrio del contratto*», queste determinerebbero una situazione assolutamente eccezionale tale per cui troveranno applicazione i successivi due articoli sull'*Hardship*. L'art. 6.2.2 Principi UNIDROIT 2016 fornisce una precisa definizione del fenomeno in esame descrivendolo nei seguenti termini: «*una situazione in cui si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto*»³⁵, a patto che tali eventi soddisfino le condizioni richieste dai subparagrafi da (a) a (d). L'equilibrio del contratto potrà essere alterato, a causa dell'incremento dei costi di esecuzione della prestazione di una delle parti oppure in virtù della diminuzione del valore della controprestazione³⁶. Gli ulteriori requisiti richiesti dalla norma consistono nel fatto che «*gli eventi si verifichino o vengano a conoscenza successivamente alla conclusione del contratto*», altrimenti la parte svantaggiata sarebbe stata nella condizione di tenerli in debita considerazione e avrebbe potuto pattuire diverse condizioni contrattuali o non addivenire ad alcuna conclusione dell'accordo; che «*gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata*»; che «*gli eventi sono al di fuori del controllo della parte svantaggiata*»,

35. Tale caratteristica propria dell'*Hardship* permette di cogliere una prima distinzione rispetto la *Force majeure*. Infatti, le due clausole non operano sullo stesso piano e si distinguono per il fatto che, da una parte, la «*force majeure*» si riferisce all'ambito dell'adempimento dell'obbligazione la quale viene resa impossibile a causa dell'evento dedotto più o meno chiaramente nel contratto, mentre l'«*hardship*» riguarda l'aspetto dell'equilibrio economico che caratterizza le prestazioni, il quale diviene eccessivo, ossia squilibrato, per il verificarsi dell'evento medesimo.

36. R. Campione, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra Force Majeur, Material Adverse Change/Effect e Hardship*, in *Contratti internazionali*, 2021, 81.

cioè quest'ultima non può concretamente e oggettivamente opporre alcun tipo di resistenza; che «*il rischio non deve essere stato assunto dalla parte svantaggiata*»³⁷. Da ultimo, l'art. 6.2.3 Principi UNIDROIT 2016 rappresenta sicuramente il tratto saliente dell'istituto oggetto di analisi. Tale norma, occupandosi degli effetti dell'*hardship*, pone l'accento sulla prosecuzione del rapporto contrattuale, non sulla sua caducazione come invece dispone l'art. 1467 del nostro Codice civile. Gli effetti dell'*hardship* si sostanziano nel diritto spettante alla parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione del contratto, il fatto che se entro un termine ragionevole le parti non dovessero trovarsi d'accordo su una congrua modificazione del regolamento contrattuale a ciascuna di esse spetterà il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria alla quale competerà, se dovesse accertare che ricorre un'ipotesi di *hardship*, risolvere il contratto oppure modificare lo stesso «*al fine di ripristinare l'originario equilibrio*»³⁸. È del tutto evidente come tale disciplina risulta essere finalizzata ad assicurare la continuità del rapporto contrattuale, mentre lo scioglimento del rapporto risulta essere un'ipotesi estrema e residuale³⁹. L'applicazione dell'*hardship clause* consentirà l'apertura di una nuova fase del contratto, caratterizzata non più soltanto dai tradizionali momenti delle trattative-conclusione-esecuzione, poiché si tratterà di una fase «*nuova, eccezionale e intermedia tra la conclusione e la completa esecuzione; un momento di stop & go*» che consente alle parti di instaurare un nuovo scambio proposta-accettazione durante la vita del contratto finalizzato a riequilibrare il sinallagma contrattuale attraverso la rinegoziazione delle condizioni del regolamento negoziale in relazione alle mutate circostanze⁴⁰.

37. L'*hardship* assume rilevanza solo rispetto alle prestazioni che non sono ancora state eseguite, mentre nel caso in cui la prestazione è stata eseguita solo parzialmente e si dovesse verificare uno squilibrio contrattuale analogo a quello fin qui descritto, allora l'*hardship* potrebbe benissimo essere invocata per le parti della prestazione ancora non eseguite.

38. L'art. 6.2.3 Principi UNIDROIT 2016 merita di essere menzionato integralmente: «*in caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di hardship, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio*».

39. Sotto il profilo degli effetti, è possibile cogliere una ulteriore distinzione tra la clausola di *hardship* e quella di *force majeure*. La forza maggiore comporta *in primis* la sospensione delle obbligazioni di una delle parti, esimendola dall'adempiere ad esse, e, solo successivamente e in via del tutto eventuale, lo scioglimento del rapporto contrattuale tramite risoluzione nei casi in cui l'obbligazione non può più essere eseguita o l'altra parte non vi abbia più interesse. Invece, l'*hardship clause* genera una rinegoziazione avvenute come obiettivo quello di modificare il sinallagma e di adeguarlo agli effetti determinati dal verificarsi dell'evento dedotto in contratto.

40. S. Campanale, *Pacta Sunt Servanda e Mutatis Mutandis al Tempo del Covid-19*, in *La Nuova Procedura Civile*, 7 maggio 2020.

In conclusione, il nostro ordinamento non si è solo “difeso” dalla pandemia da Covid-19, ma si è anche messo in discussione. Gli interpreti e gli operatori forensi hanno rilevato che il ricorso all’applicazione dei soli rimedi tipici e incentrati sulla caducazione del vincolo contrattuale non rappresenta l’unica strada possibile da percorrere nel caso in cui dovessero verificarsi degli eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili. L’ordinamento ha in sé altre e ulteriori strade perfettamente agibili e percorribili, come la rinegoziazione delle condizioni contrattuali il cui equilibrio risulta essere stato alterato dal verificarsi degli eventi fin qui descritti. Infatti, è stato rilevato come questo rimedio manutentivo, molto noto e applicato nella prassi del commercio internazionale, in realtà non limita l’esercizio dell’autonomia contrattuale che la legge riconosce ai privati, ma, al contrario, la esalta e le attribuisce una linfa nuova che le parti possono sfruttare per trarre i vantaggi insiti nella continuazione del proprio rapporto contrattuale riequilibrato entro i binari originariamente pattuiti. Al contrario, dalla sua caducazione potrebbero derivare svantaggi non solo per gli stessi contraenti, ma anche per l’intera collettività, dal momento che la società moderna necessita di stabilità e ricchezza di scambi e di relazioni commerciali.

Francesco Luppino

IV
VITA FORENSE

Psicopatologia della sentenza quotidiana: il clamoroso “fallo” della Suprema Corte

Nel grigiore del copia/incolla quotidiano (per i meno informatici: mi riferisco alla parte poco creativa e ripetitiva del nostro operare) una luce, addirittura accecante, ha squarciato la coltre di nubi che ottenebra la vita lavorativa: una sentenza della Suprema Corte riporta (all'interno del testo, ma completamente fuori contesto¹) la parola “cazzo”. Da non credere, proprio quella con due zeta.

Va subito precisato, sul punto, che, nonostante la tempestività, non sono riuscito a trovare, nelle fonti ufficiali, il documento originale (è stato cestinato alla velocità della luce ??) e che mi baso sulla notizia apparsa sul web (invero confortata dalla pubblicazione della fotografia della parte “incriminata” del testo, con tanto di firma di Presidente e di Relatore).

Ovviamente, si è scatenato l'inferno (soprattutto da parte degli Avvocati) com'era ragionevole aspettarsi.

Personalmente, la cosa mi ha regalato qualche minuto di ilarità e, credo che, nel futuro mi (e ci) aspetterà una sequela infinita di calembour (più o meno da caserma) con i Colleghi (evviva! ogni tanto, ci vuole anche questo...).

Tuttavia, sul “fatto” un qualche riflessione potrebbe essere svolta, chiedendo (assai indegnamente) aiuto al nostro buon vecchio Freud, secondo il quale la domanda non potrebbe che essere: quale nascosto significato si cela dietro tale singolare evento?

Vale la pena, quindi, di tentare un minimo di analisi psicopatologica dell'accaduto.

Per prima cosa, colpisce la reazione degli Avvocati (di noi avvocati): non gli (ci) è sembrato vero di poter additare pubblicamente la Suprema Corte di esser incappata in un così clamoroso scivolone.

È evidente, in questo, il segno di una frustrazione repressa che, francamente, è del tutto giustificata.

Invero, quante volte ci siamo infastiditi (ma soprattutto amareggiati) per quel passaggio del testo di una sentenza dove, del tutto inutilmente (ai fini del giudizio) veniva sottolineato quello che (a dire del Giudicante) l'Avvocato non aveva fatto o aveva fatto ma in un modo non idoneo?

Quante volte la stessa cosa è avvenuta in udienza?

Quante volte, a fronte di un siffatto furore censorio, ci eravamo chiesti, nel

1. V. riproduzione fotografica in calce.

nostro intimo, ma perché Giudice mi hai fatto questo? Perché hai sottolineato ‘sta cosa che, tanto, mi davi (e mi hai dato) torto comunque e per ben altre ragioni? Ma lo sai che adesso io mi devo giustificare col cliente il quale, ignorate strumentalmente tutte le sue pecche, guarderà solo alla mia (sostanzialmente irrilevante ai fini del decidere)? Ma lo sai, Giudice, che i clienti già ci “tolgono la vita” e che non hanno alcun bisogno di essere aiutati in tale esecrabile attività?

E allora, di conseguenza, adesso che la Suprema Corte mostra le terga, giù botte senza pietà! Dai a sghignazzare sulla pruriginosa caduta di stile degli Ermellini!

La reazione (a valanga sui “social”) è un po’ meschina ma ci sta e ci consegna la consapevolezza che il rispetto (tra persone e tra categorie) è un cammino reciproco e che non può che fondarsi su una visione dell’altro che parte e comprende le nostre personali (non le altrui) manchevolezze. Solo così è possibile comprendere qual è la cosa giusta da fare, qual è il corretto comportamento da adottare e la migliore valutazione da sposare, soprattutto nel momento in cui ci sembra di essere in una posizione di superiorità (perché è l’altro ad aver errato).

Per seconda cosa, colpisce l’approssimazione operativa che è certamente causa dell’accaduto.

A parte le ragioni “tecniche” che sembrano aver determinato l’errore di inserimento (qualcuno, sempre sui “social”, ha adombrato l’ipotesi che l’estensore stesse utilizzando la funzione software di dettatura vocale che ha inavvertitamente registrato, come testo della sentenza, un’imprecazione momentanea) quello che emerge è la mancata rilettura del testo (che certamente non è stata effettuata).

Se l’estensore del simpatico dispositivo (le due zeta si trovano appena dopo il “pqm”, in posizione graficamente assai evidente) avesse riletto il testo non avrebbe potuto, in alcun modo, ignorare la presenza del “fallo”.

Viene da chiedersi, ma è questo il modo di operare? Ma è possibile che non abbiamo (i Giudici, come anche noi Avvocati) più il tempo nemmeno per rileggere due paginette di testo? Ma siamo sicuri che tutto questo fa parte di un “servizio” ben reso? Ma questa è la produttività che da più parti viene invocata o, addirittura, pretesa?

È evidente non solo che la risposta a queste domande non può che essere negativa, ma anche che, purtroppo, tutto deriva da sistemi e flussi (sociali, economici, finanche storici) che sono più grandi di noi e sui quali il nostro operare di singoli professionisti può ben poco.

Se dovessi fare un collegamento richiamerei il noto (e profetico) film

“Matrix” di qualche anno fa, nel quale gli esseri umani si illudevano di vivere una vita normale (fatta di relazioni, lavoro, svago) ed invece erano tutti inseriti in una mostruosa macchina (fatta di miliardi di “baccelli”) che, da una parte gli induceva cerebralmente tale illusione, e dall’altra gli succhiava (letteralmente) l’energia vitale.

A parte le allegorie, è questo un destino che ci accomuna tutti e che meriterebbe, senza ombra di dubbio un ripensamento delle dinamiche che abbiamo supinamente accettato e, fors’anche, un colpo di reni di ribellione.

Luigi Salciarini

fascicolo processuale; il provvedimento è stato notificato all'imputato il 9 Aprile 2021 e la parte avrebbe dovuto impugnarlo o dolersene nell'ambito del giudizio di appello.

La tardività dell'impugnazione concorre nel rendere il ricorso inammissibile.

L'inammissibilità del ricorso impone la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 3000 in favore della cassa delle ammende

P.Q.M. cazzo

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 3000 in favore della Cassa delle ammende

Roma 3 giugno 2022

il consigliere estensore

Maria Daniela Borsellino



Il Presidente

Geppino Rago



